ARMIN KAUFMANN

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

Para Héctor Carreón

con el afecto de una amistad

profunda

Eberhard Schüssler

ARMIN KAUFMANN

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980)
por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo
(Universidad de Extremadura)

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2006 BARCELONA

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Armin Kaufmann
© De los traductores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-9768-310-2
EAN: 9788497683104
Depósito legal: M-14348-2006

Diseño de la cubierta: n estudio gráfico

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
Polígono El Nogal
Río Tiétar, 24, 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2006

ÍNDICE

Pág.

PRÓLOGO 15

ADVERTENCIA PRELIMINAR 21

CAPÍTULO PRIMERO

MANDATO, DEBER DE ACTUAR E INFRACCIÓN DE DEBER

A. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DEL MANDATO 23

I. Bien jurídico y valor de hecho 23
II. Valor de acto y obligación de actuar 24

B. OBJETO DEL MANDATO 25

I. La actividad final humana como objeto del deber 25
II. Distinción entre mandato y prohibición 25

C. EL DEBER DE ACTUAR 29

I. La concreción del mandato en deber de actuar 29
II. Requisitos del deber de actuar 30
III. Equivocidad del concepto de «deber» 31

D. CONTRARIEDAD A DEBER Y ANTIJURICIDAD 34

E. RESUMEN Y PROSPECTIVA 36

I. Resultado provisional de la investigación 36
II. El recurso a «estructuras lógico-objetivas» 37

Pág.

d) La omisión consciente ... 95
e) Síntesis ... 97

E. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO COCNEPTO GENERAL QUE ENGLOBA AL ACTUAR Y AL OMITIR ... 97

I. Sentido y forma de plantear el concepto de comportamiento ... 97
II. La capacidad de acción como elemento común ... 99
III. El comportamiento ... 100

F. AVANCE DOGMÁTICO ... 102

I. Resultado dogmático intermedio ... 102
II. El principio de inversión ... 103

CAPÍTULO TERCERO

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA

A. EL TIPO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA CUASI-DOLOSOS ... 109

I. El concepto de tipo en los delitos de omisión ... 109

a) La propuesta de estructura de *Finger* ... 109
b) La función del tipo ... 112

II. La ausencia de la acción prescrita y la capacidad de acción como elementos del tipo ... 113

a) La ausencia de la acción prescrita y la «situación típica» como elementos del tipo ... 113
b) La integración de la capacidad de acción en el tipo ... 116

III. La tentativa interrumpida de cumplir el mandato ... 122

a) Observación previa ... 122
b) Significado de la tentativa interrumpida de cumplir el mandato ... 123

IV. La tentativa fallida de cumplir el mandato ... 125

a) El obrar con tendencia a cumplir el mandato ... 125
b) Solución deductiva ... 126

V. Omisión consciente y dolo ... 127

a) Omisión «consciente» e «inconsciente» («El deber de examen»). 127
b) El límite entre el delito de omisión «cuasi-doloso» y la imprudencia ... 130
c) ¿Basta con modificar el concepto de dolo? ... 131
d) La exigencia de dolo por parte de la ley y el obrar con tendencia a cumplir el mandato ... 136
e) El dolo eventual «inverso» ... 140
f) Resultados ... 141

VI. ¿Es elemento del tipo el deber de actuar? ... 143

Pág.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA OMISIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

A. PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS 43

B. LA OMISIÓN DEL ACTUAR FINAL 45

I. Criterios básicos de la omisión 45

a) La negación del actuar 45
b) La referencia a una acción final de un individuo determinado 46
c) La delimitación por la posibilidad de acción 47

II. Omisión y posibilidad de acción en la doctrina científica 48
III. Desarrollo de los elementos de la omisión a partir del decurso de la acción 55

C. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN EN PARTICULAR 55

I. La posibilidad física de acción 55
II. La capacidad de dirección final 56
III. Capacidad de acción y posibilidad de motivación 57
IV. Requisitos intelectuales de la capacidad de acción 60

a) La base cognoscitiva: conocimiento del fin de la acción 60
b) La cognoscibilidad de la vía de realización 62
c) La influencia del error en la capacidad de acción (la «capacidad de tentativa») 63
d) Síntesis 65

V. Las consecuencias imprevistas de la acción posible y el concepto de omisión 65
VI. El significado de la capacidad de acción para el concepto de omisión. 68

D. OBJECIONES AL RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN 69

I. ¿Es la omisión un mero concepto jurídico? 69

a) Omisión y ordenamiento jurídico 69
b) La teoría de la expectativa 70

II. ¿Es la persona causal de su omisión? 76

a) El problema causal en nuestra investigación 76
b) La causalidad del no hacer 77
c) La persona no es causal de su no obrar 79
d) La cuestión causal práctica, la cuestión de la causalidad potencial. 82

II. ¿Hay omisiones finales? 84

a) Estado del problema 84
b) ¿Es la dirección final elemento esencial de la omisión? 87
c) La omisión «querida» 90

Pág.

VII. Resumen de la estructura del tipo 148
a) La incardinación de la tentativa de cumplir el mandato 148
b) Articulación del tipo en el delito de omisión «cuasi-doloso» 149

B. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN CUASI-DOLOSO 150
I. Especiales elementos de la antijuricidad 150
II. Las causas de justificación 150
a) Justificación legal 150
b) Justificación supralegal 151

C. LA REPROCHABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA 153
I. La doctrina de la culpabilidad y las contravenciones de mandatos 153
II. La cognoscibilidad del deber jurídico en particular 154
a) El deber de obrar como elemento de referencia 154
b) «Teoría del dolo» y «teoría de la culpabilidad» 155
c) La evitabilidad del error sobre el deber de obrar 157
d) El límite entre el error sobre el deber y el error excluyente del tipo 161
III. La inexigibilidad 166
a) Alcance de la inexigibilidad 166
b) ¿Comporta la inexigibilidad que quede excluida la culpabilidad?. 168
c) La exigibilidad como problema de la cuantificación de la culpabilidad 170
d) Acerca de la teoría de la responsabilidad por el hecho 173

D. EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA IMPRUDENTE 180
I. Observación preliminar 180
II. Imprudencia y principio de inversión 183
a) La realización no querida de la consecuencia pretendida por el mandato 183
b) La no realización de la consecuencia pretendida por el mandato y perseguida por el obligado 184
III. La contrariedad a cuidado en el obrar con tendencia a cumplir el mandato 186
a) La estructura de esta infracción del cuidado 186
b) Concepciones discrepantes sobre la existencia o el alcance de la imprudencia en el delito de omisión propia 189
c) La punibilidad del delito de omisión propia imprudente 191
d) La «temeridad» del § 138 III en particular 191
IV. El «elemento comisivo» de la imprudencia por omisión 193
a) Problema que se plantea 193
b) Grupos de casos 195
c) Elemento omisivo y elemento comisivo de la imprudencia 197

Pág.

E. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA 199

I. El omitir la participación en el cumplimiento del mandato 199

a) La «participación» como objeto del deber 199
b) Problemas dogmáticos 200

II. ¿Existen formas de autoría en el delito omisivo? 202

a) ¿Coautoría? 202
b) ¿«Autoría omisiva mediata»? 203

III. ¿Inducción a, y complicidad en, la omisión? 203
IV. El «disuadir del hacer prescrito» 204

a) El fenómeno 204
b) La disuasión y el principio de inversión 204
c) Problemática que se plantea 205

V. ¿Delitos omisivos por comisión? 208

a) Los grupos de casos problemáticos 208
b) Resultados fortuitos 209
c) La cuestión central 211
d) Resultado 215

F. LA OMISIÓN INTENTADA Y EL OMITIR LA TENTATIVA DE CUMPLIR EL MANDATO 216

I. Estado de la doctrina 216
II. Mandato de evitar el resultado y mandato de actividad 217

a) Mandatos de evitar el resultado 218
b) Mandatos de evitar una lesión de bien jurídico 220

III. La tentativa de omitir 221

a) La piedra de toque de la «tentativa de omisión» 222
b) ¿Existe la tentativa inacabada de omisión? 223
c) ¿Existe la tentativa fracasada de omisión? 229

IV. El omitir la tentativa de cumplir un mandato 232

a) La acción imaginada y negada 232
b) La capacidad de tentativa 232
c) El principio de inversión en el omitir la tentativa de cumplimiento 234
d) El desvío con respecto al curso previsible del suceso en el delito de omisión 237
e) ¿Existe el arrepentimiento activo en el delito de omisión? 238
f) El omitir la tentativa de cumplimiento supersticiosa 240

V. Tipos de tentativa con signo inverso 240
VI. Resumen 247

Pág.

III. Acerca de la participación por omisión 297

a) Fricciones dogmáticas de la «complicidad por omisión» 297
b) La complicidad por omisión y el problema de la equiparación 300

IV. ¿Es la omisión impropia menos merecedora de punición que el correspondiente delito comisivo? 306

E. ESTRUCTURA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA 308

I. ¿Presenta especificidades dogmáticas la omisión impropia? 308
II. La posición de garante como elemento típico y elemento de la autoría. 309
III. El deber de garante en la estructura del delito 311
IV. Dolo y cuasi-dolosidad en la omisión impropia 313

CAPÍTULO QUINTO

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA 325

Pág.

CAPÍTULO CUARTO

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

A. PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN «IMPROPIA» 249

B. ¿ES EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA UN DELITO COMISIVO? 251

I. Objetivos y vías de los esfuerzos dogmáticos 251

a) El objetivo de política jurídica 251
b) Vías de construcción dogmática 253

II. Crítica de la «solución del tipo» 260

a) ¿Realiza la «omisión impropia» el tipo del delito comisivo? 260
b) ¿Está abarcada la omisión del garante por la prohibición de realizar el resultado? 264
c) Resultado de la crítica 268

III. Crítica de la «solución de la antijuricidad» 269

a) La construcción de BELING 269
b) La «solución de la antijuricidad» de SAUER 272

IV. Crítica de las soluciones de la causalidad y de la acción 273

a) Soluciones que fundamentan la causalidad o el carácter de acción en la existencia de deber de obrar 274
b) Las teorías de KRUG, GLASER, A. MERKEL y BINDING 275
c) La solución de Hellmuth MAYER 276

C. ESENCIA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA 279

I. Consecuencias derivadas de las críticas a las soluciones estudiadas 279

a) Consecuencias negativas 279
b) Consecuencias positivas 281

II. El concepto del delito de omisión «impropia» y su delimitación 282

III. Solución que se propone como continuación del desarrollo de otras concepciones 284

D. MERECIMIENTO DE PENA DE LA OMISIÓN DE EVITAR EL RESULTADO 287

I. Taxatividad típica 287

II. Sobre la determinación de los mandatos de garante 289

a) El resultado dogmático de la investigación y el problema axiológico de la equiparación 289
b) Mandatos de evitar resultados y mandatos de garante 289
c) La configuración de los tipos de mandato de garante pertenece a la problemática de la Parte Especial 293

PRÓLOGO

Hace unos cuarenta y cinco años que Armin KAUFMANN *publicó la* Dogmática de los delitos omisivos *como ejercicio de habilitación. Su esquema conceptual se basa en el trabajo intelectual previo realizado en su tesis doctoral «Lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding» (Gotinga, 1954; trad. española con el título de* Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna, *de Enrique* BACIGALUPO *y Ernesto* GARZÓN VALDÉS, *Buenos Aires, 1977). Como estudiante, me topé con la* Dogmática *con ocasión de asistir a un «curso de Derecho penal» de Armin* KAUFMANN*; creo que fue en el Tratado de* WELZEL (Derecho penal alemán, *6.ª ed., 1958) donde se me suscitó el interés por esta obra. Tanto me fascinó que la compré y estudié a fondo. De la* Dogmática *pasé a la* Teoría de las normas. *En tanto que teoría fundamentadora acerca de la relación entre las normas (de conducta) y el concepto de la acción final, no se ha visto superada hasta la fecha, y desarrolla un esquema concluyente, desde el punto de vista teórico, de la Parte General del Derecho Penal.*

Este escrito de habilitación sobre los delitos omisivos ha estimulado y marcado de manera decisiva el debate posterior. Lo cual se debe a varios factores. En primer lugar, fue la sustancia intelectual la que habló y habla por sí misma y la que —no exagero al decirlo— ejerció efecto revolucionario. Pero había otros factores más.

Karl ENGISCH, *junto a* MEZGER *y* WELZEL *uno de los dogmáticos más influyentes entonces y que no ha dejado de serlo hasta hoy, aportó en una recensión muy pormenorizada —desde luego no favorable a su contenido— una profunda crítica de las tesis de Armin* KAUFMANN (Juristenzeitung, *1962, p. 189). Pero consideró la obra, aun impugnando sus tesis, como un logro científico sobresaliente. Esta crítica de* ENGISCH *constituye un documento de una actitud científica ya rara entonces, pero hoy mucho más.*

cípulo, Wolfgang SCHÖNE[1], *que ha examinado el Código penal alemán desde la perspectiva de si, y hasta qué punto, los preceptos de la Parte Especial abarcan ya supuestos de omisión. También el* Systematischer Kommentar zum StGB[2] *se ha adherido a este planteamiento y, en la interpretación de cada tipo penal, ha tratado específicamente la cuestión de si (y cómo) la realización de las condiciones requeridas es factible por omisión. Tal «pensar por anticipado» —esto es, plantearse la hipótesis anticipadamente, aun cuando no se tenga que decidir aún sobre ella— es especialmente importante para la práctica judicial, pues ésta tiene que resolver en un plazo razonable y no puede invocar que no se ha reflexionado aún lo suficiente sobre el problema.*

Con respecto a la estructura conceptual de la omisión desarrollada por Armin KAUFMANN *no se ha avanzado nada entre tanto. No hay progresos ni desarrollo ulterior del concepto de omisión que él analizara. Antes al contrario: apenas se tiene en cuenta el análisis de la estructura del comportamiento tributario del concepto de la acción final.*

Lo cual tiene —presuntiblemente— varias razones. La doctrina final de la acción hasta hoy se ha visto rechazada por la mayoría. Bien es verdad que su resultado más importante y llamativo para el delito doloso es aceptado casi en general por la ciencia en Alemania: el injusto del delito viene constituido por el dolo. Dicho de otro modo: el dolo es elemento del tipo. Sin embargo, siguen aduciéndose reservas estereotipadas con respecto a la estructura del delito imprudente, las cuales se basan en confundir cuestiones de la estructura de la acción con cuestiones de la descripción legal de la conducta típica. Tampoco el esquema de KAUFMANN *de la imprudencia y de la omisión imprudente está exento de tales equívocos.*

En realidad, hoy se reconoce en lo sustancial que las nociones y preceptos sobre la omisión sólo pueden concretarse y diferenciarse en función de la estructura o las propiedades de la acción que se ha omitido. Sólo la descripción y la captación conceptual de lo que se ha omitido —esto es, la descripción de la acción omitida— permite diferenciaciones. Omitir una acción no significa, en primer lugar, más que la ausencia de una acción, pero la mera constatación de esta ausencia no permite determinar más la propia ausencia, lo que quiere decir: diferenciarla conceptualmente.

En la introducción a la reimpresión del Concepto de acción *de* RADBRUCH *(Darmstadt, 1967) escribe Arthur* KAUFMANN *(p. XI): «Los conceptos genéricos superiores —p. ej., el concepto de acción y el de omisión— se encuentran meramente yuxtapuestos. La reflexión sobre conceptos genéricos es "reflexión separadora"». Armin* KAUFMANN *ha aceptado y reforzado esta «reflexión separadora» al oponerse al encanto (conceptual*

---

[1] *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, 1974.

[2] RUDOLPHI, HORN, SAMSON *et al.*, *SK*, 2003.

Cito las dos frases con que se inicia la recensión: «Este trabajo de habilitación presentado en Bonn por Armin Kaufmann, discípulo de Welzel, cabe conceptuarlo como una de las monografías más importantes, si no la que más, de los últimos años en el ámbito de la dogmática penal. Con la mayor agudeza, "aplicación paciente" y exhaustiva minuciosidad se exploran todas las cuestiones constructivas vinculadas con los delitos de omisión propia e impropia en Derecho penal y se intenta superarlas en un sistema intelectual cerrado».

La influencia en el debate posterior se debe también a la circunstancia de que Welzel *asumiera el novedoso esquema de Armin* Kaufmann *de los delitos omisivos en su tratado* El Derecho penal alemán *a partir de la 7.ª edición: «La nueva redacción del capítulo dedicado a los delitos omisivos (§§ 25-27) debe lo esencial a los resultados de la investigación de Kaufmann». Según* Welzel, *éste «ha puesto del todo de relieve por vez primera la idiosincrasia y los problemas especiales de los delitos omisivos»* (op. cit., *p. VII).*

Que Armin Kaufmann *ha marcado pautas lo atestiguan numerosos escritos de habilitación y tesis doctorales relativas a los delitos omisivos, publicados en relación con su obra. Por no citar más que unos pocos:* Schünemann, Schöne, Rudolphi, Freund, *etc.*

El interés sustancial se dirigió sobre todo a la fundamentación y sistematización de posiciones de garante. Dado el estado del debate y de la legislación en aquel momento, Armin Kaufmann *se pronunció con reserva acerca de esta cuestión. Sin embargo, propuso una clasificación de las fuentes y del alcance de deberes de garante que aún perdura: garantes de custodia o de protección de determinados bienes jurídicos o de titulares de bienes jurídicos (p. ej., el padre respecto de sus hijos), por una parte, y responsabilidad de determinadas fuentes de peligro, por otra [p. ej., hacer precedente —injerencia— o los denominados deberes de aseguramiento de la relación (cerramiento de una obra pública),* Dogmatik, *pp. 283 ss.]. Esta clasificación no resuelve, lógicamente, la cuestión normativa de si hay que apreciar posición de garante; pero señala la dirección del problema que ha de resolverse: ¿qué bienes jurídicos se trata de proteger (garante de protección)?, ¿de qué fuente de peligros hay que proteger a un bien jurídico (garante de control)? Esta clasificación se ha impuesto en la actualidad, sin que se cite a su autor. Que una idea haya llegado a ser de dominio público sin que se mencione su autor puede considerarse como una evolución loable de un problema. Y si bien cabe lamentar que se haya perdido de vista la procedencia de esta distinción, así de olvidadiza es hoy una ciencia que no se acuerda de sus orígenes.*

Armin Kaufmann *considera la cuestión de la fundamentación de posiciones de garante, en definitiva, como problema de la Parte Especial del Derecho Penal. Sobre esta base teórica reposa la obra de su (primer) dis-*

y terminológico) imperante de la identificación (equiparación) entre acción y omisión (piénsese en el inenarrable debate en torno a la desconexión de aparatos reanimadores, con respecto al que Armin KAUFMANN no se pronunció nunca).

Dicho simplificadamente, KAUFMANN partía de la tesis hoy aceptada en general de que una omisión siempre es la omisión de una acción. Para un finalista era evidente que la acción omitida tenía que ser una acción final. Sobre la base de esta premisa Armin KAUFMANN —bien puede expresarse así— revolucionó el concepto de omisión. Sus análisis sobre el concepto —pre-jurídico— de omisión (capítulo segundo) son fascinantes y hasta hoy válidos.

A la postre, confirman la tesis de RADBRUCH de que acción y omisión están entre sí en la relación «a y no-a». A pesar de ello, Armin KAUFMANN no extrajo, como RADBRUCH, la consecuencia de que acción y omisión se encuentran como «antítesis contradictorias» y «meramente yuxtapuestas». Y es que el concepto de omisión no se agota con la mera negación de una acción (como sugiere el esquema «a y no-a»), sino que supone el omitir una acción que le es posible a la persona concreta cuyo delito se cuestiona.

Armin KAUFMANN ha buscado y hallado los puentes con la dogmática del delito de acción. Quede al margen el que exista o no un «concepto superior» para acción y omisión, como entendía Armin KAUFMANN. En todo caso, hay relaciones conceptuales o paralelismos entre acción realizada y omitida. Este puente lo denominó «principio de inversión». El principio de inversión no constituía la idea rectora de sus investigaciones. Esto me lo indicó Armin KAUFMANN en una conversación personal. Sólo se le «ocurrió», en el más genuino sentido de la palabra, una vez que hubo alcanzado por otras vías los resultados concretos.

El principio de inversión no permite un traslado esquemático de las reglas del delito comisivo a la omisión. Tampoco Armin KAUFMANN lo entendió ni manejó en tal sentido. Sin embargo, representa un instrumento excelente para controlar las ideas acerca de qué reglas son trasladables y cuáles requieren modificación. Que Armin KAUFMANN, en su euforia por haber descubierto este principio, expuso las relaciones en parte de forma asombrosamente simplista lo he intentado demostrar en otro lugar [3].

Hasta ahora, de las tesis de KAUFMANN sobre la estructura de la omisión hay puntos esenciales que no se han tomado en consideración o no se han entendido.

---

[3] STRUENSEE, «Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte», *JZ*, 1977, p. 217; traducción española de Beatriz CRUZ MÁRQUEZ y Alejandro KISS, «La estructura de los delitos de omisión imprudentes», en STRUENSEE, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Asunción, 2005 (= *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, núm. 16, julio de 2005, pp. 243 ss.).

Con esto me refiero ante todo a los elementos objetivos de la omisión. La posibilidad individual de realizar la acción posible en concreto se sigue situando aún como requisito independiente, junto a la denominada causalidad de la omisión [4]. *Pero en el ámbito objetivo, la cuestión de la causalidad de la omisión es idéntica a la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción. La denominada causalidad de la omisión —adaptando la teoría de la equivalencia— se indaga sobre la base de una hipótesis: ¿habría evitado el resultado típico la acción posible para el obligado? Con lo cual se pone de manifiesto que es absurdo considerar como requisitos cumulativos (distintos) la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción y la de la causalidad de la omisión. También pervive el elemento de la «expectativa» de la acción (ausente) como criterio constitutivo del concepto de omisión, a pesar de la crítica demoledora de* KAUFMANN (Dogmatik, *pp. 49 ss.)* [5].

Es chocante para un finalista la tesis de KAUFMANN *de que en el ámbito prejurídico no hay omisión final y en el ámbito jurídico-penal no hay omisión dolosa. Esta tesis es consecuencia del riguroso análisis del concepto de omisión sobre la base del concepto de acción final. En vez del dolo aparece sólo la representación de circunstancias y procesos típicos. La «voluntad», como elemento del dolo ampliamente aceptado y como columna vertebral de la acción final, carece de papel en la omisión. Materialmente se acepta esto, pero se hace difícil incorporar esta idea en el esquema teórico tradicional del concepto de dolo (desarrollado en el delito comisivo). Lo cual se pone de manifiesto especialmente en el debate que aún perdura acerca de si (y de qué manera) la intención —como modalidad de dolo legalmente requerida o como elemento que se añade al dolo— puede transformarse en requisito de los delitos de omisión. Aquí se hace ostensible —como en tantos otros puntos— que el intento de trasladar reglas del delito comisivo al delito omisivo también localiza puntos flacos en la dogmática de la comisión.*

Que «la dogmática de los delitos de omisión» aparezca en español sólo ahora —más de cuarenta y cinco años después de su aparición en Alemania— es de lamentar. Que aparezca, no obstante, después de tanto tiempo, atestigua que pervive como obra estándar clásica. La traducción, además, es señal de la estrecha vinculación secular entre la ciencia del Derecho penal en lenguas alemana y española.

Münster, noviembre de 2005.

Eberhard STRUENSEE
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Münster

---

[4] BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht, AT*, 11.ª ed., 2003, núms. margs. 15 ss. y 22 ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Strafrecht, ATm*, 5.ª ed., 1996, § 59.II y III; ROXIN, *Strafrecht, AT*, II, 2003, § 31, núms. margs. 8 ss. y 37 ss.; STRATENWERTH y KUHLEN, *Strafrecht*, I, 5.ª ed., 2004, § 13, núms. margs. 52 ss. y 58 ss.; WESSELS y BEULKE, *Strafrecht, AT*, 35.ª ed., 2005, núms. margs. 708 ss. y 711 ss.

[5] *Vid.* ROXIN, *AT*, I; 3.ª ed., 1997, § 8, núms. margs. 54 ss.; el mismo, *AT*, II, 2003, § 31, núms. margs. 6 ss.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Cualquier investigación acerca de los delitos *omisivos* parece referirse sólo a un sector muy reducido del amplio círculo de los delitos. Pero las apariencias engañan. Cierto es que en la práctica del foro los delitos comisivos superan con mucho en número a los de omisión, si bien la legislación va cambiando continuamente esta relación en favor de los delitos de omisión. Pero esta relación estadística no importa para la problemática doctrinal. A este respecto importa más bien —como suele decirse— que cabe cometer también «por omisión» la mayoría de los delitos comisivos. Que esto sea cierto o no, y hasta qué punto, en todo caso requiere comprobación, poniéndose así de manifiesto que en modo alguno puede hablarse de que la investigación se limita, entonces, a un sector reducido de delitos.

Al mismo tiempo, se revela la dificultad que ya existe con respecto a la determinación del objeto de la investigación: no está claro qué puede calificarse como delito de omisión desde la perspectiva dogmática; los casos de «comisión por omisión», según la concepción dominante, están marcados con el estigma de doble ilegitimidad o impropiedad, el de no ser ni delitos de omisión propia ni impropia. También tendrá que aclarar la investigación esta posición híbrida.

No es ésta una cuestión clasificatoria de escaso peso dogmático. Lo sería si el límite del delito de omisión se pudiera trazar del mismo modo que, p. ej., el ámbito de los delitos contra el patrimonio. Aplicando *esta* manera de delimitar, quedaría intacto que la «Parte General» «rige» por igual para todos los grupos de delitos. La línea divisoria entre delitos de omisión y delitos comisivos, por el contrario, como división de *todos* los delitos, es posible que discurra por en medio de la Parte General. Por eso, el planteamiento sólo es suficientemente radical si no se aplica ninguna parte de la teoría general sin reparos a los delitos de omisión, pues es indudable, desde la perspectiva de la evolución dogmática, que «la» dogmática penal se ha desarrollado en primera instancia a la medida del delito comisivo, y para éste. Así pues, una investigación de la *dogmática* de

los delitos de omisión supone nada menos que la tarea de clarificar y —en su caso— configurar la Parte General para «la otra mitad» del sistema del delito.

Pero también nada más: las cuestiones particulares de los delitos de omisión concretos son cometido de la Parte Especial y rebasarían el marco de la investigación. Otro tanto cabe decir de la determinación de los múltiples «deberes de evitar el resultado» y «posiciones de garante». Este cometido *axiológico*, no resuelto por el legislador (y quizá irresoluble), sigue siendo un desafío importante y actual de doctrina y jurisprudencia; pero sería incorrecto, ya desde el punto de vista metodológico, esperar aquí una respuesta exhaustiva en cierto modo como subproducto de una investigación que se ocupa de la *estructura* dogmática del delito de omisión. Ahora bien, precisamente esta clarificación dará sus frutos con respecto al problema del «deber de garante».

Para resolver la tarea así esbozada, la investigación va a seguir el siguiente camino:

Para comenzar, se determinará en el apartado primero la relación, desde la perspectiva de lógica de las normas, entre el delito de omisión y el *mandato*. Aquí simplemente hay que extraer las conclusiones que intenté fundamentar metodológica y materialmente en mi tesis doctoral sobre la teoría de las normas de BINDING. Lo que se expuso en ella acerca de normas, deberes e infracciones de deberes con vistas primordialmente a las prohibiciones, ahora se trata de aplicarlo al mandato y a su infracción.

Ya este breve apartado primero lleva a un resultado dogmático provisional. Dotar de contenido a este esbozo del delito omisivo recurriendo a la *estructura* prejurídica *del omitir* —tras la justificación metodológica de este proceder (pp. 36 ss.)— constituye el cometido del capítulo segundo. Con este análisis ontológico se sientan las bases para las consideraciones dogmáticas posteriores y se aborda al mismo tiempo un problema agudo: se ha desvanecido la controversia en torno a la *causalidad* de la omisión, ha comenzado la lucha en torno al significado de la *finalidad* para la omisión. Es uno de los resultados de la investigación el que la doctrina final de la acción también aquí —«cambiándola de signo»— se revele fructífera.

Lo fructífero que este concepto de omisión, que constituye lo análogo al concepto final de acción, puede llegar a ser para la dogmática tanto de los delitos de omisión propia como de los de omisión impropia, habrá que demostrarlo luego en la parte dogmática de la obra.

CAPÍTULO PRIMERO

MANDATO, DEBER DE ACTUAR E INFRACCIÓN DE DEBER

SUMARIO: A. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DEL MANDATO. I. Bien jurídico y valor de hecho. II. Valor de acto y deber de actuar.—B. OBJETO DEL MANDATO. I. La actividad final humana como objeto del deber. II. Distinción entre mandato y prohibición.—C. EL DEBER DE ACTUAR. I. La concreción del mandato en deber de actuar. II. Requisitos del deber de actuar. III. Equivocidad del concepto de «deber».—D. CONTRARIEDAD A DEBER Y ANTIJURICIDAD.—E. RESUMEN Y PROSPECTIVA. I. Resultado provisional de la investigación. II. El recurso a «estructuras lógico-objetivas».

A. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DEL MANDATO [1]

I. Bien jurídico y valor de hecho

El punto de partida de toda ética social viene constituido por juicios de valor *positivos*, aplicables a los valores vitales relevantes de la generalidad o del individuo. El sustrato de tales juicios de valor, el mundo de los *«bienes jurídicos»*, es de gran diversidad, comprendiendo desde la vida a la asignación de valores económicos, desde el honor del individuo a la existencia del Estado, desde la formación del niño en edad escolar a las funciones de la economía. La suma de estos juicios de valor positivos, que se interrelacionan de diversos modos, caracteriza al estado jurídicamente querido, al «orden social» [2].

Este orden social puede verse *perturbado* por sucesos muy diversos. Mientras que tales perturbaciones entrañan una valoración *negativa*, en

[1] Acerca de la relación entre norma (mandato jurídico) y juicio de valor, *vid.* más en detalle KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 67 ss.

[2] Cfr. al respecto WELZEL, *Strafrecht*, pp. 2, 4 ss.; *Naturalismus*, pp. 84 ss.

Como norma que ordena realizar acciones, el mandato es la *forma mental abstracta de la obligación jurídica de actuar en concreto* [6].

B. OBJETO DEL MANDATO

I. La actividad final humana como objeto del deber

a) Con este último aserto queda perfilado *a quién* puede referirse el deber del mandato: a la *persona* como sujeto [7], esto es, como unidad psicofísica. El ámbito de las personas de las que se exige algo puede indicarse en el propio mandato; teniendo en cuenta la caracterización especial del sujeto de la norma, se habla aquí de mandatos *especiales* [8].

b) De la consideración antropológica de la naturaleza humana se desprende *lo que* el mandato puede exigir a la persona: el empleo de su poder, de la capacidad específicamente humana de fijarse tareas, elegir los medios para realizarlas y emplear la voluntad como factor determinante de realización. Así pues, sólo cabe ordenar acciones finales: no es el «causar» lo que puede ser contenido de la obligación de hacer, sino sólo la aplicación consciente de la dirección de voluntad, el *poner* causas con vistas a fines conseguibles [9]. Así pues, el nexo final limita el círculo de lo que constituye el contenido posible del deber. El mandato sólo puede abarcar lo que ha de realizarse mediante actuar final.

Por consiguiente, la materia *del mandato* (el contenido de la obligación, lo debido, el contenido del mandato) es siempre una *acción final*.

II. Distinción entre mandato y prohibición

a) En función del *contenido* del deber, las normas se clasifican en mandatos y prohibiciones. Si el mandato *exige* realizar una acción (final), la prohibición *veda* ejecutar una acción (final). Allí se ordena un actuar final, aquí se exige omitir una acción. No es la redacción de la norma lo que determina lo que es omitir o actuar, sino que —como con razón destaca ENGISCH— «a la inversa, el carácter de la norma como mandato o pro-

---

[6] Al respecto mi *Normentheorie*, pp. 48 ss.; acerca de la equivocidad del concepto «norma», cfr. SOMLÓ, *Grundlehre*, pp. 56 ss.; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 36 ss.

En profundidad ha vuelto MAIHOFER (*Lehrbuch*, I, pp. 186 ss.) a fundamentar «la constitución de la norma prescriptiva y su incardinación entre el reconocimiento del bien y la consecuencia penal». Cfr. acerca de todo ello, asimismo, ENGISCH, *Einführung*, pp. 21 ss.

[7] MITTASCH, *Wertbeziehendes Denken*, p. 135.

[8] Al respecto mi *Normentheorie*, pp. 132 ss.

[9] Cfr. al respecto WELZEL, *Strafrecht*, p. 31; *Naturalismus*, p. 85; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 105 ss.

cambio todos los sucesos que impiden esas perturbaciones se valoran *positivamente*. Lo que evita que se produzca una muerte o una pérdida de propiedad aparecerá como algo positivo jurídicamente.

También han de valorarse *positivamente* todos los *acontecimientos que determinan la consecución* o perfeccionamiento *del orden social*, cuando éste aún no se ha alcanzado, pues el estado jurídicamente querido no existe necesariamente ya en todas sus partes; en puridad, se trata de un orden que «debe existir». Esta idea puede parecer extraña a la consideración específicamente jurídico-penal, ya que tanto numéricamente como en importancia predominan los tipos *de prohibición* que versan sobre perturbaciones del orden social y, además, el fin de política jurídica de la mayor parte de los tipos *de mandato* se orienta a la *conservación* de bienes jurídicos. Sin embargo, ello no debe inducir indebidamente a la conclusión de que el mundo de los bienes jurídicos sea siempre algo dado, estático e inmutable, que sencillamente hace falta «proteger» contra alteraciones. También se establecen leyes penales en pos de *configurar* el orden que debe existir. Así, los preceptos penales de la ley de escolarización obligatoria se encaminan a la *consecución* de un estado de formación considerado necesario tanto para el individuo como para la colectividad.

II. Valor de acto y deber de actuar

Los hechos que impiden o remedian las perturbaciones del orden social o que determinan la consecución de este orden se remiten en su mayor parte a la obra humana, a *actos humanos*. Son, o bien acciones que se proponen precisamente esta conservación o consecución del orden social, o bien actos que entrañan una consecuencia de ese género. Por eso son valiosas tales acciones para el orden jurídico, por presentar un «valor de acto» o valor de acción [1].

Sin embargo, el juicio de que una acción tiene «valor» entraña la consecuencia de que esta acción debe tener lugar. «Y es que todo valor tiene, una vez concebido, la tendencia a materializarse» [2]. Del juicio de valor sobre el acto surge el juicio de deber; el que deba acaecer una acción se convierte en obligación de actuar: *la acción deviene objeto de mandato* [3].

---

[1] La falta de estos actos en vista de una situación concreta en que pueden llevarse a efecto representa una carencia sensible, justamente la *falta* de un valor de acción (GALLAS, *ZStW*, 67, 40, habla aquí de un «desvalor de acción negativo»). Así pues, no es el «desvalor de acto» lo que expresan los referidos juicios de valor, sino la *falta* de un *«valor de acto»*. Mientras que, por consiguiente, el juicio de valor *negativo* sobre un acto constituye directamente el desvalor de acción y, por tanto, el injusto personal, partiendo del juicio de valor *positivo* sobre el acto que favorece el orden social, sólo por faltar éste ha de deducirse el injusto (personal).

[2] Nicolai HARTMANN, *Ethik*, p. 171. Cfr. al respecto, más pormenorizadamente, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp 74 ss.

[3] Cfr. Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 75, y los autores que cita; de acuerdo, GALLAS, *ZStW*, 67, p. 30, nota 77.

hibición se determina en función de si tiene por contenido un hacer o un omitir» [11].

En concreto, puede resultar dudoso, por el tenor literal de la norma, si se requiere actuar u omitir. Así, en el § 142 [12] es cuestión de interpretación —sobre todo teleológica— si el precepto entraña la exigencia de un actuar o de un omitir, o incluso de ambos [13]. Nada se altera, sin embargo, por ello en la distinción entre mandatos y prohibiciones.

b) Tal es, asimismo, la concepción dominante [14]. Con todo, KELSEN ha replicado que lingüísticamente toda prohibición puede transformarse en mandato y todo mandato en prohibición [15]. No obstante, tales formulaciones lingüísticas, en su mayor parte rebuscadas, nada cambian en el hecho de que en un caso ha de realizarse determinada acción y en otro debe no efectuarse determinada acción.

También se basa en un malentendido la afirmación de Karl WOLFF [15] de que materialmente ha de distinguirse entre «exigencias de alterar», en las que lo debido consiste en la modificación de un estado, y «exigencias de persistir», en las que se requiere «la persistencia de un estado». Partiendo del objetivo de política jurídica de la norma, WOLFF se basa en lo que, en definitiva, ha de conseguirse: la permanencia o modificación de un

---

[11] *Weltbild*, p. 37, nota 70; *MoKrimPsych.*, 1933, p. 239 ss.; *MoKrimBiol.*, 1939, p. 424. Por ello, tampoco hay que concederle a BINDING (*Normen*, II, p. 101, nota 5) —que en lo demás comparte el punto de vista que aquí se defiende— que haya «un punto cero entre la prohibición y el mandato». La orden de «¡firmes!» exhorta a adoptar una actitud y a mantenerla, *prescribiendo*, pues, un *obrar*; nadie que haya tenido que cumplir alguna vez la orden dudará de este carácter de acción. BINDING se ve inducido a error por una consecuencia asociada con toda acción y, por tanto, con todo cumplimiento de mandato: la ejecución de determinada acción excluye siempre el llevar a cabo simultáneamente otras acciones que le serían posibles en otro caso al sujeto agente. Así, acertadamente ENGISCH, *MoKrimBiol.*, 1939, p. 423. Cfr., asimismo, H. LEHMANN, *Unterlassungsbegriff*, pp. 7 ss.

[12] 142 StGB, r. a. «*Fuga del lugar de un accidente*. I. El que, tras un accidente de circulación, eludiere dolosamente, mediante fuga, que se pudiere verificar su identidad, la de su vehículo o el tipo de participación suya en el accidente, aun cuando por las circunstancias habría que plantearse la posible contribución de su comportamiento a causar el accidente, será castigado con prisión de hasta dos años, o con arresto y multa, o con alguna de estas penas» [N. de los TT.]

[13] Cfr., acerca de estas cuestiones controvertidas, MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 592; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 343 ss.; SEIBERT, *NJW*, 55, p. 1428; SCHMIDHÄUSER, *JZ*, 55, pp. 433 ss.; BGH en *NJW*, 55, p. 472.

[14] Cfr., p. ej., BINDING, *Normen*, I, pp. 108 ss.; ENGISCH, *Weltbild*, p. 37, nota 70; H. A. FISCHER, *Rechtswidrigkeit*, p. 16; GALLAS, *ZStW*, 67, p. 31; HAFTER, *Lehrbuch*, I, pp. 75 ss.; H. LEHMANN, *Unterlassungspflicht*, pp. 7 ss.; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, pp. 190 ss., MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 93 ss.; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pp. 189 ss.; V. WEBER, *Grundriß*, p. 53; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 32 ss.; *Das neue Bild*, pp. 7 ss.; WELZEL, *Grundprobleme*, p. 39, nota 1.

[15] *Hauptprobleme*, p. 669. Análogamente, ya LUDEN (*Abhandlungen*, II, p. 220) había declarado indiferente la distinción entre mandatos y prohibiciones —con la conocida consecuencia de que la muerte del niño de pecho al que su madre no le dio de mamar se habría originado por estar ella haciendo calceta—. En el sentido de KELSEN también KORMANN, *System*, p. 75. De opinión distinta WINDSCHEID (*Pandekten*, I, p. 71, nota 1), quien señala que la «prohibición» también podría denominarse «mandato de omitir».

[15] *Verbotenes Verhalten*, pp. 142 ss.; *Grundlehre*, pp. 54 ss.

estado. Sin embargo, esta consideración nada cambia en que —como ya se expuso *supra*— *tanto* para proteger *como* para realizar el orden social se requieren acciones u omisiones según la configuración del caso. Por eso, con razón subraya V. WEBER [16] que tanto en las infracciones de prohibiciones como en las de mandatos, la consecuencia puede ser, o bien «una alteración del estado existente, jurídicamente protegido» o «una no alteración del estado existente», cuya modificación «la espera y aprueba el Derecho». Lo cual se pone especialmente de manifiesto cuando Karl WOLFF [17] considera «sinónimos» la prohibición: «No eludirás el pago de impuestos» y el mandato: «Pagarás tus impuestos». Huelga explicar que no toda omisión de pagar impuestos constituye elusión fiscal.

Más sólidos son los reparos que se derivan de la teoría del «deber negativo» de Gerhart HUSSERL contra la concepción de que mandato y prohibición se distinguen en su contenido. También HUSSERL comienza distinguiendo entre hacer y omitir en sentido extrajurídico [18]. Pero «no tienen por qué coincidir los supuestos de hecho de la omisión extrajurídica y de la jurídica», pues «en sentido jurídico, omitente» es aquel que observa «el comportamiento negativo requerido por una norma de deber negativo» [19]. Pero también los tipos de los llamados «delitos de omisión propia» se basan en «normas de deber negativo», en «normas de prohibición»; parece «más correcto decir que esta norma jurídica prohíbe un no-comportamiento» [20]. Inversamente, «una omisión en sentido jurídico puede ser requerida por una norma *de mandato*». Así, «dondequiera que la omisión es *prestación*, esto es, objeto de comportamiento de una relación de culpabilidad, existe un comportamiento positivo en sentido jurídico» [21]. Así pues, la norma de mandato y la de prohibición se distinguen, en el sentido de HUSSERL, en que se basan en un sí o un no del ordenamiento jurídico a determinado comportamiento, en una voluntad jurídica «positiva» o «negativa». Y entonces, para esta naturaleza positiva o negativa del deber es indiferente que el comportamiento referido, para una consideración *extra*jurídica, sea positivo (hacer) o negativo (omitir) [22].

Con arreglo a la lógica del deber en que se basa la presente investigación [23], no resulta posible una distinción entre deber positivo y negativo en

[16] *Grundriß*, p. 57.
[17] *Verbotenes Verhalten*, p. 143.
[18] *Negatives Sollen*, pp. 18 ss.
[19] *Negatives Sollen*, p. 39.
[20] *Negatives Sollen*, p. 38.
[21] *Negatives Sollen*, pp. 39-40 (cursiva en el original).
[22] G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, pp. 37 ss. Al respecto observa ENGISCH (*MoKrimPsych.*, 1933, p. 240): «Pero estas consideraciones tienen que comportar distinciones, como la de que la norma "Debes... comportarte no así", como norma prescriptiva, que se infringe en sentido jurídico omitiendo, ha de distinguirse de la norma "No debes... comportarte así", que es una norma prohibitiva y que se infringe en sentido jurídico obrando. Ahora bien, ¿quién va a estar dispuesto a extraer esas diferencias, que no son ideales, sino puramente externas, de una ley que en absoluto establece estas distinciones?».
[23] Cfr. sobre las consideraciones que siguen mi *Normentheorie*, pp. 48 ss.

to de cuidado. Resulta evidente que tales razonamientos no están exentos de objeciones. Esta problemática se volverá a abordar en el contexto del debate doctrinal [25].

C. EL DEBER DE ACTUAR

I. La concreción del mandato en deber de actuar

Como hemos visto, el mandato es la expresión ideal *abstracta* de la obligatoriedad de determinado actuar. Como juicio de deber jurídico sobre una acción, el mandato —como toda norma— pertenece a la esfera de lo ideal, de lo espiritual y no real. En su existencia ideal, la norma es válida.

Sin embargo, de la existencia abstracta del mandato aún no se deduce que el señor X esté obligado *hic et nunc* a realizar determinada acción. El mandato que se deriva del § 330 c StGB puede rezar (simplificando): ¡Hay que socorrer en los accidentes! Pero en seguida se evidencia que así no se ha dicho aún nada sobre la obligación concreta de auxiliar para X. Bien es cierto que no hace falta, p. ej., que X sea quien produjo el accidente para, conforme a lo prescrito, socorrer *en el* accidente. Por tanto, la eficacia obligante sólo surge en la situación aludida por el mandato y descrita abstractamente en él: tiene que haber ocurrido un accidente.

Pero es evidente que tampoco bastará la concurrencia de esta «situación de deber», pues de lo contrario estaría obligado A, que se halla a distancia remota; le afectaría el deber a B, que —si bien está cerca— ignora el accidente; y le correspondería el deber de actuar al tetrapléjico C, que presencia el accidente desde la ventana de su cuarto. En abstracto, la norma «rige» para ellos como para todos; pero no surge efecto obligatorio concreto para A, ni para B, ni para C, pues *no pueden* «socorrer»; no están en condiciones de llevar a cabo la acción requerida por el mandato. *Ultra posse nemo obligatur!* [26]

Únicamente cuando se da la *capacidad de acción* —ha ocurrido el accidente y resulta posible intervenir para socorrer— despliega la norma su eficacia obligante en concreto [27]. Por tanto, el mandato se concreta sólo para quien es capaz de acción; sólo a éste le afecta, aquí y ahora, el deber jurídico [28]. Hay que distinguir con nitidez, pues, entre la validez

---

[25] WELZEL, *Strafrecht*, p. 46; *Das neue Bild*, p. 15; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 46 ss. y 90 ss.

[26] En el mismo sentido MEZGER, *Lehrbuch*, p. 137.

[27] Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 138 ss.

[28] ALSFELD, *Lehrbuch*, p. 113, nota 44: «El deber jurídico, evidentemente, no va más allá de la posibilidad de obrar. Con ésta, decae el deber»; WELZEL, *NJW*, 53, p. 329: «Quien, en función de sus capacidades y habilidades, no puede socorrer, no está obligado a hacerlo»; *BGHSt*, 2, p. 296: «Está obligado a socorrer todo aquel que puede hacerlo según sus capacidades y medios». Análogamente

tales términos. La norma es la expresión conceptual de proposiciones jurídicas de obligar. La norma expresa su efecto obligatorio mediante el verbo «deber», pero el efecto vinculante es, por su propia naturaleza, siempre «positivo»; la negación del efecto obligatorio supondría la negación de la norma (de contenido determinado). El propio lenguaje patentiza esta relación cuando sustituimos «deber algo» por la expresión sinónima «estar obligado a algo». «Todos deben llevar a cabo la acción *b*» es sinónimo de «Todos están obligados a la acción *b*». Asimismo, la frase: «No hay que llevar a cabo la acción *a*» es traducible *únicamente* por «Se está obligado a no realizar la acción *a*» (sería absurdo decir: «No se está obligado a realizar la acción *a*»). No es el juicio de deber lo que se niega, sino que lo negativo es un objeto, una omisión. Lo cual rige, asimismo, para la «norma de deber negativo» de HUSSERL («No hay que hacer no *c*») tal cual subyace a los delitos de omisión propia. Y es que este juicio de deber sólo cabe expresarlo de otro modo así: «Se está obligado a no hacer no *c*». Así pues, en esa doble negación *no* es que uno de los signos menos se refiera a la *validez* del deber, sino que *ambas* negaciones se refieren al *objeto* del deber, entrañando por tanto la afirmación: ¡Hay que hacer *c*! Por consiguiente, no existe un «deber negativo» en sentido estricto; la exigencia de deber sólo puede caracterizarse como negativa aludiendo a su contenido, requiriéndose un no hacer, un omitir. La prohibición no es una «norma negativa», sino una norma de contenido negativo de la que se derivan deberes de omitir [25]. El acento negativo no recae en el deber, sino en lo debido. Toda clasificación jurídica de las normas ha de partir de la distinción atinente a la naturaleza del objeto de la norma; no existe ningún otro punto de partida, ni siquiera para la división entre mandatos y prohibiciones. El género de la «voluntad jurídica» en que puede haberse basado la promulgación de la norma únicamente alcanza significado para la división de las normas en tanto que surte efecto en la estructura del objeto del deber.

c) Así pues, norma de mandato y norma de prohibición se distinguen por su respectivo objeto. De donde se deduce lo dificultoso que es deducir de una infracción de un mandato la infracción de una prohibición, como con frecuencia hace la doctrina penal: al vulnerar el autor un mandato de evitar un resultado de muerte infringe al mismo tiempo una prohibición de matar. Al infringir el autor un mandato *de cuidado*, ya *por eso* su comportamiento es típico y antijurídico en el sentido de una *prohibición*. O, en otra faceta de la misma idea: la contravención de la prohibición de lesionar ha de imputarse o reprocharse al autor porque ha infringido un *manda-*

[25] *Cfr.* mi *Normentheorie*, pp. 138 ss. En el concepto de la prohibición se reúnen conceptualmente la vigencia del deber y el carácter negativo de lo debido. *Por eso* solemos considerar como «objeto de la prohibición», como «materia de prohibición», una acción, y no una omisión. En puridad, la negación no pertenece al *objeto* del deber, esto es, la materia de la norma prohibitiva es el no llevar a cabo una acción: una omisión; en esta medida necesitan complementarse más consideraciones anteriores sobre la materia de prohibición (*Normentheorie*, p. 107).

abstracta de la norma de mandato y el deber jurídico que surge en concreto.

II. Requisitos del deber de actuar

a) Como «capaz de acción» no se alude aquí, en el sentido de la «capacidad de realizar la acción debida» [29] de BINDING, a aquel que *conoce la norma* y puede observarla; no se requiere ni conocimiento ni cognoscibilidad del mandato. Tampoco se refiere aquí la capacidad de acción a la capacidad volitiva en el sentido de la capacidad general de llevar a cabo cualquier acción. Ni tiene que ver este poder actuar con la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), pues también el inimputable puede ser capaz de realizar determinada acción. Capaz de acción es aquel que, en determinadas circunstancias en un momento determinado, puede llevar a cabo una acción concreta, precisamente la acción descrita abstractamente en el mandato. El que se dé esta capacidad de acción está sujeto a un juicio existencial.

Como los mandatos tienen por objeto acciones *finales* [30], la capacidad de acción requiere la posibilidad de realizar una acción final, el «potencial dominio del hecho final» [31]. La posibilidad de actuar finalmente requiere, de entrada, adoptar la decisión de realizar la acción descrita en la norma [32], así como la posibilidad de ejecutar esta decisión. Los requisitos de la capacidad de acción se tratarán exhaustivamente más adelante [33].

Llamo *deber* a esa vinculación, derivada de la norma abstracta, de un individuo en concreto, capaz de acción en este sentido. Así pues, el deber de actuar afecta a aquel que puede realizar en concreto la acción descrita abstractamente en el mandato.

b) El concreto efecto vinculante de la norma requiere que se dé capacidad de acción. Sin embargo, ello no significa que la capacidad de acción sea el *único* requisito para que nazca el deber individual concreto. Existen *otros requisitos adicionales* de la obligación: han de haberse realizado los requisitos que —en su caso— plantea la norma al específico *sujeto* de la

---

MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 408; KOHLRAUSCH, *Lange*, § 330 ss, nota IV, 1; *RGSt*, 64, p. 199: «Quien no puede socorrer, no está obligado a hacerlo». Igualmente SCHÖNKE, *Schröder*, § 330 c, nota II, 2c; ROSSE, *LK*, II, 7.ª ed., § 330 c, nota 2 d); HÖPFNER, *ZStW*, 36, p. 126: «El primer requisito evidente para imponer un deber jurídico de socorrer es que el sujeto esté *en condiciones* de socorrer». Cfr., asimismo, Nicolai HARTMANN, *Ethik*, p. 171: «Yo debería hacer lo que debe ser siempre que no "sea" ya, y siempre que esté en mis manos».

Sobre las concepciones divergentes se volverá a tratar más adelante.

[29] *Normen*, II, pp. 317 ss.

[30] Cfr. *supra*, p. 25.

[31] WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.

[32] Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 140 y 284; coincide GALLAS, *ZStW*, 67, p. 41.

[33] Cfr. *infra*, apdo. C.

acción, los elementos de la autoría de las normas especiales [34]. Asimismo, que surja el deber puede depender de otros elementos especiales del deber jurídico [35]. Finalmente, la aplicación de una causa de justificación puede impedir que nazca un concreto deber jurídico [36].

III. Equivocidad del concepto de «deber»

El concepto de deber (jurídico) en general y el de deber de actuar en particular se emplean con múltiples sentidos. Por un lado, gran parte de la equivocidad de la «norma» [37] afecta, asimismo, al concepto de deber. Además, la distinción (necesaria tanto material como terminológicamente) entre norma abstracta (mandato abstracto) y deber concreto (de actuar) o no se suele realizar, o sólo se lleva a cabo insuficientemente. Por último, se suele referir la norma de mandato (o el deber) a objeto distinto que a la acción (final) y/o se vincula el nacimiento del concreto deber de actuar a requisitos distintos a los expuestos más arriba.

De esa maraña de divergencias en parte conceptuales se seleccionarán en lo que sigue algunos puntos, cuyo esclarecimiento evitará equívocos a partir de ahora y ejemplificará la necesidad de separar material y terminológicamente «norma» y «deber». Al mismo tiempo, surgirán algunas indicaciones críticas, a las que se dedicará la parte genuinamente doctrinal del presente trabajo.

a) El deber concreto de actuar nada tiene que ver con el sentido del concepto «deber» u «obligación» que encontramos con tanta frecuencia sobre todo en Derecho civil, pero también en Derecho público. Los «deberes de hacer» imperantes en estas ramas jurídicas afectan tanto al adulto como al niño, tanto al recién nacido como a la persona jurídica. Evidentemente, allí donde el recién nacido está «obligado» a pagar impuestos, a indemnizar o a cumplir un contrato, no se trata de mandatos *de actuar* ni de deberes *de actuar* concretos [38]. Aquí se regula, más bien, la distribución y asignación de bienes. Se establecen «principios de distribución». Cuestión distinta es que, para alcanzar la deseada distribución, existan auténticas normas de actuar y auténticos deberes de actuar.

b) La distinción entre norma y deber, entre mandato abstracto y obligación de actuar concreta, también parece necesaria con vistas al llamado

---

[34] Al respecto mi *Normentheorie*, pp. 132 ss., 141 ss.; *vid.*, asimismo, *infra*, p. 34, nota 49; KUNERT, *Normative Merkmale*, pp. 71 ss.

[35] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 72 ss.; *Das neue Bild*, p. 23; *JZ*, 52, pp. 19, 133; *JZ*, 53, p. 119; *ZStW*, 67, p. 227; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 285 ss., 96 ss., 257 ss.

[36] WELZEL, *Strafrecht*, p. 47; *Das neue Bild*, p. 15; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 238 ss., especialmente p. 256.

[37] Al respecto Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 36 ss.

[38] Cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 127 ss. y 264 ss.; análogamente H. LEHMANN, *Unterlassungspflicht*, p. 3.

tracto un deber actuar o un deber omitir intemporal, mientras que el deber de actuar u omitir concreto alude al deber de *esta* persona en *este* momento.

e) De *no* distinguir entre norma abstracta y obligación concreta, se da pábulo al malentendido de que *en la norma* tendrían que estar descritos *todos* los requisitos para que naciera un deber concreto de actuar. Lo cual tiene múltiples consecuencias doctrinales. Así, se prejuzga de este modo el entendimiento de las causas de justificación, ya que quien sólo conoce la norma, o sólo el deber, únicamente puede concebir la «autorización» como componente negativo de tal norma de deber.

Es evidente que análogamente sucede con la relación entre supuesto de hecho o tipo (materia de la norma), por una parte, y causas de justificación o elementos especiales de la antijuricidad, por otra. Así, se estrecha el campo de visión para superar los problemas dogmáticos, si no se capta, o queda confusa, la diferencia entre norma y deber.

En cambio, con el planteamiento que aquí se defiende no se prejuzga, por ejemplo, *que haya o no* preceptos de autorización o elementos especiales del deber jurídico; la distinción entre norma y deber se deriva de la propia naturaleza de las cosas, con independencia de cuestiones de estructura del delito. Para verificar si existen o no preceptos de autorización, o elementos especiales de la antijuricidad, hacen falta consideraciones ulteriores [41].

f) Pero también pueden surgir malentendidos siguiendo la dirección inversa. Así, en el edificio del Derecho penal surgen «deberes» en los pisos más dispares: en la teoría del tipo, como requisitos del ilícito, para fundamentar la responsabilidad por el hecho o en la teoría de la culpabilidad. Su objeto es múltiple: «deberes de cuidado», «deberes de examen o comprobación», «deberes de observar la ley», «deberes de evitar el resultado», etc. Se les suele concebir como surgidos en (o de) una *situación concreta*, haciéndoseles depender muy a menudo de la *posibilidad* —al menos objetiva— de llevar a cabo la acción. Pero allí donde puedan surgir tales deberes de actuar debe corresponderles también una norma de mandato abstracta. Y a su vez a todo mandato le corresponde un supuesto de hecho propio descriptivo de la omisión de la acción prescrita. ¡No hay infracción de deber (de actuar) sin tipicidad (de mandato)! Sobre esta cuestión se tratará más adelante.

g) De este modo se incide en otro malentendido: los deberes de actuar nacen, como hemos visto, de normas de mandato. Bien es verdad que nada menos que BINDING —sin duda, un consecuente teórico de las normas— afirmó: «Toda norma, entendida del modo más profundo, prohíbe todas sus contravenciones evitables» [42]. Y derivó de toda «norma prin-

[41] Acerca de estas cuestiones cfr. Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 238 ss. y 285 ss.

[42] BINDING, *Normen*, IV, p. 341.

«problema de los destinatarios». No de otro modo puede desentrañarse este complejo de cuestiones, que he tratado en otro lugar [39].

c) El concepto de BINDING de los «deberes jurídicos personalísimos» parece a primera vista coincidir en gran medida con el concepto de deber aquí desarrollado. Ciertamente, BINDING considera «principal misión» de la norma «fundamentar deberes personalísimos de personas físicas dirigidos a hacer o a omitir» [40]. Y este «deber personalísimo» presupone la capacidad de observar la norma, la «capacidad de acción *ad hoc*» [41]. Sin embargo, BINDING requiere demasiado —como ya he señalado— para la «capacidad de acción»: a saber, imputabilidad y conocimiento de la norma. Por otra parte, la relación entre la «norma» y el «deber personalísimo» en el sentido de BINDING queda sin aclarar; no se realiza con nitidez la distinción entre el deber abstracto y la obligación concreta [42].

d) Tampoco resulta suficiente distinguir al «deber» de la norma sobre la base de ser aquél la norma desde la perspectiva del destinatario [43], pues norma y deber no se distinguen por el punto de vista desde el que se produce la consideración. Ciertamente, no es incorrecto que el deber esté «visto desde la perspectiva del destinatario»; sólo desde ahí se aprecian sus requisitos. Pero lo decisivo sigue siendo que la norma expresa en abs-

---

[39] KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 121 ss., 86 ss. NOWAKOWSKI (*Strafrecht*, p. 51) reitera una antigua objeción en contra de los «mandatos que se dirigen personalmente al destinatario singular de la norma (normas de determinación)». Carece de sentido «prescribir a quienes personalmente no entienden el mandato o no pueden cumplirlo», p. ej., «a enfermos mentales o menores de edad», pues entonces «no cabría concebir injusto inculpable». La objeción no afecta a las normas desarrolladas en el texto, de las que se desprenden deberes personalísimos: 1. La reprochabilidad requiere la posibilidad de percatarse del deber jurídico; de donde se deduce lo siguiente: el objeto de ese percatarse, el deber jurídico, ha de existir con independencia del proceso de percatarse. 2. La reprochabilidad requiere, asimismo, que el que obra de contrariedad a deber hubiera podido *determinarse* por el deber *conocido*; es razonable el deber jurídico, existente con independencia de su cognoscibilidad, al que le corresponde la «función de determinación». 3. Nada puede alterar en la existencia de este deber jurídico el que la persona obligada no se deje determinar o no sea en absoluto motivable por él. Luego el deber jurídico dotado de función de determinación puede verse infringido sin reprochabilidad; sí que *existe* el «injusto inculpable». En realidad, NOWAKOWSKI polemiza en contra de una «norma de determinación» cuyo contenido resida en determinarse según la norma (¡según *otra* norma!). Desde luego, no existe *esta* norma de determinación.

Quien con NOWAKOWSKI (*Strafrecht*, p. 51) sostenga que «según se considera en la actualidad, el Derecho tiene por cometido ordenar la convivencia de personas, su conducta recíproca», también ha de reconocer que para ello resulta imprescindible la función de obligar y de determinar de las normas.

[40] *Normen*, I, p. 96; cfr. al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 129 ss.

[41] *Normen*, II, pp. 87 ss.; *Schuld*, pp. 10 y 86.

[42] Al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 129 ss.

[43] Así SOMLÓ, *Grundlehre*, p. 430: «Toda norma significa... un deber, esto es, un gravamen... Este gravamen lo denominamos, desde el punto de vista de la persona gravada, deber». En igual sentido WAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, p. 152: «Deber de conducta igual a deber... Así pues, el deber es la norma jurídica desde el punto de vista del destinatario de la norma». Análogamente TAMMELO, *Rechtsnorm*, p. 72: «El deber de conducta del sujeto de la norma es la obligación». También de acuerdo Karl WOLFF, *Grundlehre*, p. 183: «Lo jurídicamente debido es, cuando se trata de conducta de un obligado jurídico, deber jurídico».

cipal», de toda prohibición, «mandatos secundarios no independientes». Sin embargo, BINDING no consiguió demostrar que aquí se den en realidad «deberes secundarios» *no independientes* [46]. Los problemas de ahí derivados se tratarán al hilo de los distintos grupos de delitos.

D. CONTRARIEDAD A DEBER Y ANTIJURICIDAD

La *infracción* de un deber de actuar presupone la *existencia* de un deber de actuar; la *contrariedad* a deber, un deber. Si el nacimiento de un deber, para un individuo determinado, requiere que éste sea capaz de realizar la acción descrita en el mandato (abstracto), sin capacidad de acción tampoco puede existir infracción de deber. Si el obligado lleva a cabo la acción prescrita, de cuya realización es capaz, está cumpliendo su deber. Si no pone en práctica su capacidad de acción, se comporta «de contrariedad a deber»; ya se subrayó que en los casos concretos pueden surgir otros requisitos más del nacimiento del deber y, por tanto, de la contrariedad a deber, tanto positivos como «negativos».

Mientras que en el ámbito de las prohibiciones la contrariedad a deber y la antijuricidad se basan en la *realización* de la acción *prohibida*, en el mandato se deriva de la *no realización* de la acción *prescrita*. En *ambos* casos, la capacidad de acción no es sólo condición previa de la concreción de la norma en deber, sino también «condición previa» del ilícito. Sin embargo, en la infracción de la prohibición la capacidad concreta de acción se desvanece con la realización de la acción; precisamente, la acción sólo es puesta en práctica si el sujeto agente es capaz de llevarla a cabo. Por eso, en los deberes de omitir —en el ámbito de los delitos comisivos— la capacidad de acción casi no desempeña papel alguno. Por el contrario, la esencia de la vulneración del mandato, la naturaleza de la «infracción del deber de actuar» reside justamente en que la capacidad de acción no se materializa en una acción. A la capacidad de acción concreta ha de añadirse que el obligado no haya llevado a cabo justamente la acción de la que era capaz. *La ausencia de la realización posible de la acción prescrita constituye, pues, el núcleo de lo injusto, la tipicidad* [47].

El empleo del concepto «supuesto *de hecho*» (tipo) en el ámbito de los delitos de omisión lo considero irreprochable, pues se ajusta a la terminología tradicional y presenta la ventaja de patentizar la *función* de la figura aludida [48]. El tipo está orientado a la norma [49]. A lo que en la norma está

[46] Cfr. Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 310 ss., especialmente pp. 117 ss.; cfr. al respecto ENGISCH, *Versuch*, pp. 332 ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, pp. 141 ss.

[47] Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 284.

[48] Esta cuestión se volverá a abordar en relación con los grupos de delitos concretos.

[49] Con el concepto de «*tipo*» no se designa aquí el tipo en el sentido de la teoría jurídica general, como suma de *todos* los requisitos de una *consecuencia jurídica*, p. ej., de la conminación penal; así exclusivamente entiende el concepto GERMANN (*Komm. z. Schw. StGB*, I, pp. 16 y 38). El concep-

prescrito y descrito, a lo «debido», al «contenido de la norma», a la «materia de la norma» (p. ej., al socorrer) le corresponde, *con signo opuesto*, el tipo (p. ej., el no socorrer a pesar de resultar posible). El tipo es una figura conceptual que describe el comportamiento humano no debido. El mandato (abstracto) exige una acción; la *acción* constituye, pues, la materia del mandato. Por el contrario, el *tipo* del mandato describe la *no* realización de esta materia del mandato a pesar de existir la concreta capacidad de acción: la *omisión*.

Ello es distinto sólo en apariencia en la «materia de la prohibición»; aquí la negación de lo debido se expresa con el propio concepto (materia *de la prohibición*). La prohibición obliga a *omitir* una acción (p. ej., a no hurtar); ésta es la materia de la norma. La comisión de esta acción (p. ej., el hurto) la describe el tipo (el tipo de prohibición, la materia *de la prohibición*) [55].

---

lo de «tipo total», que a menudo se utiliza a este respecto, lo emplea LANG-HINRICHSEN (*JR*, 52, p. 307; *JZ*, 53, p. 363) en este sentido estricto.

Tampoco se entiende aquí por «tipo» el «tipo de delito» en el sentido de BINDING (*Abhandlungen*, I, pp. 129 ss.) y ENGISCH (*Mezger-Festschrift*, pp. 130 ss.), como suma de *todos* los requisitos del *delito*. Como tampoco se entiende aquí por tipo el «tipo de injusto» en el sentido de ENGISCH (*Mezger-Festschrift*, p. 132), MEZGER (*LK*, I, Introducción, pp. 8 ss.; *NJW*, 53, pp. 2 ss.) y V. WEBER (*Mezger-Festschrift*, pp. 183 ss.), como suma de todos los requisitos cuya concurrencia fundamenta el juicio de *antijuricidad*.

Más bien, por tipo se entiende el «tipo rector» en el sentido de BELING, ENGISCH (*Mezger-Festschrift*, pp. 132 ss.), E. SCHMIDT (*Lehrbuch*, p. 181, nota 7), MAURACH y WELZEL; el «tipo legal» en el sentido del § 59 StGB (que regula el error sobre las circunstancias fácticas); el «tipo de injusto» en el sentido de GALLAS (*ZStW*, 67, pp. 16 ss.), y el «tipo estricto» de SAUER (*Mezger-Festschrift*, p. 118); es un concepto de tipo que abarca sólo una *parte de los requisitos del injusto*. De la relación de este tipo con la norma trata el texto.

Acerca de los distintos conceptos de tipo, cfs., p. ej., ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, pp. 127 ss.; WELZEL, *ZStW*, 67, pp. 208 ss.; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, pp. 40 ss.; ARMIN KAUFMANN, *JZ*, 55, pp. 37 ss.; H. J. HIRSCH, *Negative Tatbestandsmerkmale*.

[55] Acerca del concepto de tipo y su relación con la norma, *vid.* WELZEL, *Strafrecht*, pp. 45 ss., 70 ss.; *Das neue Bild*, pp. 14 ss.; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 107, 105 ss. y 285 ss. Con objeto de aclarar mejor la relación entre norma y tipo ha de señalarse lo siguiente:

1. El sujeto de la norma y la conducta regulada constituyen el *objeto* de la norma. Si el sujeto de la norma no está especialmente caracterizado, entonces el objeto de la norma coincide con la *materia* de la norma. Si el sujeto del deber está descrito en detalle (normas «especiales») cabe distinguir entre objeto de la norma y *materia* de la norma; ésta comprende únicamente la conducta humana descrita, sin caracterizar más en detalle al sujeto del deber. El objeto de la norma comprende en estos casos, además de la materia de la norma, la descripción del sujeto mediante «elementos de la autoría»: cfr. mi *Normentheorie*, pp. 107 y 132 ss. El tipo se corresponde con la materia de la norma, con signo inverso, y no con el objeto de la norma; los elementos de la autoría quedan, pues, fuera del tipo. Recientemente, WELZEL (*Strafrecht*, pp. 58 y 67) llama «materia de prohibición» a todo el objeto de la prohibición; su concepto de tipo abarca, pues, también a los elementos de la autoría de los delitos especiales. Se trata aquí primordialmente de una cuestión terminológica (cfr. mi *Normentheorie*, pp. 107 y 149), que especialmente no afecta a la controversia en torno al tratamiento del error sobre los «elementos de la autoría» (al respecto, pormenorizadamente en el sentido de la doctrina actualmente dominante —en favor de la ampliación del dolo y de la tentativa inidónea— H. J. BRUNS, *Der untaugliche Täter*, especialmente pp. 32 ss. Por otra parte —en favor del mero conocimiento y del delito putativo—, WELZEL, *Strafrecht*, pp. 67 y 170. Divergen en parte de ambas posiciones: KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 148 ss., especialmente pp. 155 ss. y 159, no-

con ella una plétora de dudas y cuestiones polémicas. Pero justamente la presente investigación aún no ha dado respuesta a la cuestión del ser de la omisión, de sus requisitos y sus límites.

Y no por casualidad. La investigación no ha trascendido hasta ahora el marco de lógica de las normas en que se situó al principio. Evidentemente, ya en la determinación de la materia del mandato esta investigación recurrió a ideas extrajurídicas, ontológicas: a la doctrina final de la acción. Y también sólo por referencia a la estructura de la acción podían conseguirse los esbozos de los elementos de la capacidad de acción, requisito de la obligación concreta y, consiguientemente, de la realización del tipo en las infracciones de mandato. Lo que pueda o no ser objeto de un mandato no es desde luego cuestión puramente normativa. Ciertamente hay ahí un problema que se plantea *para* la norma, pero la respuesta sólo puede darse mediante una indagación antropológico-ontológica sobre la esencia de la persona y el modo en que interacciona con su entorno. Análogamente ocurre con la capacidad de realizar el objeto (así concebible) del mandato, esto es, con la capacidad de acción como uno de los requisitos esencialísimos del injusto en las infracciones de mandatos.

Así, se le plantea ahora a la investigación la tarea de este esclarecimiento prejurídico de la «omisión» y de la «capacidad de acción» [53]. Sin embargo, antes ha de verificarse si el recurrir a «datos previos», a «estructuras lógico-objetivas», es metodológicamente admisible [55].

II. El recurso a «estructuras lógico-objetivas»

En particular, presenta dificultades la relación entre el hecho ontológico «dado» con carácter previo y la «valoración». Resulta dudoso en qué sentido cabe hablar aquí de una estructura lógico-objetiva.

a) Así, ya GALLAS, resuelto defensor de la doctrina final de la acción [54], señala: «La posición del dolo en el sistema no depende, pues, como asume la doctrina final de la acción, únicamente de consideraciones *ontológicas*, sino que constituye al mismo tiempo un problema *valorativo*. Y no porque la indagación de la estructura ontológica del actuar humano

[53] Para la acción, única materia imaginable de las normas tanto de mandato como de prohibición, esta tarea está resuelta con la teoría de la finalidad del obrar humano; al respecto, me remito a las consideraciones de: Nicolai HARTMANN, *Ethik*, pp. 191 ss.; WELZEL, *ZStW*, 58, pp. 502 ss.; *Strafrecht*, p. 26; *Das neue Bild*, pp. 3 ss.; V. WEBER, *Aufbau*, pp. 8 ss.; *Grundriß*, pp. 54 ss.

[55] Bien es verdad que me he posicionado brevemente con respecto a esta cuestión (*Normentheorie*, pp. VIII ss.) enlazando con WELZEL (*Naturrecht*, pp. 197 ss.; *Um die finale Handlungslehre*, pp. 9 ss.; *Das neue Bild*, 2.ª ed., p. 8; *NJW*, 51, p. 579; *Niedermeyer-Festschrift*, pp. 290 ss.). No obstante, resulta necesario afianzar estas tesis frente a posibles malentendidos. Cfr., asimismo, G. HUSSERL, *Rechtskraft*, pp. V ss.; *Negatives Sollen*, pp. 7 ss.; STRATENWERTH, *Natur der Sache*, con bibliografía.

[54] *ZStW*, 67, p. 32 (cursiva en el original); *vid.*, asimismo, *ZStW*, 67, p. 7.

E. RESUMEN Y PROSPECTIVA

I. Resultado provisional de la investigación

Ya con arreglo a lo señalado hasta aquí cabe facilitar un esquema básico provisional de la contravención de mandatos:

1. El tipo del mandato:
   a) No realización de la acción descrita en el mandato.
   b) Capacidad de realizar esta acción por quien permanece inactivo.
2. La antijuricidad:
   a) Existencia de un elemento especial de la antijuricidad en su caso exigible.
   b) No concurrencia de causas de justificación.

Evidentemente, con ello sólo se ha alcanzado un esbozo esquemático y provisional de la dogmática de las infracciones de mandatos. Y no es provisional porque, p. ej., aún no se haya expresado nada sobre la reprochabilidad de la infracción antijurídica del mandato: este remate se podría añadir sin dificultad: Lo que tengo señalado sobre «reprochabilidad y pena» en otro lugar [51] rige, asimismo, para los mandatos y su contravención. Extenderse en este ámbito sobre las especialidades de la contravención del mandato, a mi juicio, sólo tendría sentido si al hacerlo el análisis se centrara en los grupos de delitos concretos.

Los resultados obtenidos hasta ahora han de calificarse como provisionales y esquemáticos más bien porque no se ha podido aún abordar el «si» y el «cómo» de su variación en los concretos grupos de delitos. Por otra parte —y esto es más importante—, tal calificación es adecuada, asimismo, porque el esquema dado no pudo rellenarse de modo suficiente y definitivo con contenido material. Y es que puede ser directamente evidente cuándo cabe hablar de una «no realización» de la «acción» descrita en el mandato, pero de ningún modo, habiendo sólo indicado las líneas generales, cabe contestar a la cuestión de cuándo se da la correspondiente «*capacidad de acción*». Huelga destacar que con estas dos cuestiones se plantea el problema de la *omisión* —ya el expresarlo no pudo evitarse antes— y

ta 227; H. J. Hirsch, *Negative Tatbestandsmerkmale*). Por de pronto, me mantengo en la determinación estricta de la «materia de prohibición» y del tipo, divergente de la de Welzel, porque sólo a este concepto de tipo se refieren las consideraciones dogmáticas que se derivan del «tipo rector» (p. ej., el «error sobre el tipo»).

2. A excepción de los elementos que caracterizan a una conducta como antítesis de una materia de norma, el tipo puede comprender aún otros elementos: tal es el caso en todas las leyes especiales; *vid.* mi *Normentheorie*, pp. 307 y 396 ss.

[51] *Normentheorie*, pp. 160 ss.

no tenga validez alguna para el legislador, sino porque la valoración jurídica de la acción no ha de extenderse necesariamente a su totalidad final-causal».

Estas palabras parecen negar que la estructura final de la acción sea un dato previo para la valoración penal del injusto, pero en realidad no contiene —o al menos no necesariamente— contradicción alguna con la concepción defendida por WELZEL, puesto que también GALLAS [55] entiende que la valoración jurídica *correcta* ha de tener por objeto la acción final [56].

Sin embargo, así no se resuelve la aparente contradicción: al final lo mismo da que yo constate que una estructura ontológica sea precisamente objeto necesario de una valoración (de índole determinada), o que diga de una valoración que ha de referirse a la estructura ontológica así concebida. Resulta absolutamente indiferente desde qué parte se manifieste esta conexión necesaria: desde la valoración o desde la estructura ontológica. Lo único determinante es la conexión necesariamente existente entre ambas; la cuestión del punto de vista resulta ociosa.

Por eso cabe formular con más precisión lo siguiente: la lógica objetiva no es idéntica a la estructura ontológica; y menos aún emana de la valoración como tal. La lógica objetiva reside más bien en lo *necesario* de la relación entre la estructura ontológica y la valoración. Si un hecho óntico es «dado con carácter previo», lo es porque provoca necesariamente una valoración [57]. O, contemplado desde el lado de la valoración: un determinado plano valorativo tiende necesariamente a una clase de hecho ontológico que por eso le está «dado».

b) Así pues, una estructura ontológica es «lógico-objetiva» en tanto que entre ella y cierto plano valorativo existe una coordinación necesaria. Ahí reside la vinculación del aspecto valorativo al hecho óntico de determinada clase. Terminológicamente, resulta incierto formular la lógica objetiva de esta conexión desde el aspecto valorativo, ya que si aquí hablo de una «cuestión valorativa», de un «problema del aspecto valorativo», o similar, se sobreentiende en seguida el equívoco inherente al uso común de estas expresiones en la jurisprudencia (y no sólo en ella): la valoración conlleva el matiz de lo contingente, de lo arbitrario o al menos de lo varia-

[55] ZStW, 67, pp. 33 ss.

[56] Lo cual rige también —*mutatis mutandis*— para la posición de BOCKELMANN con respecto a nuestro problema (*Untersuchungen*, pp. 151 ss.): «Si la ley asume la conminación penal de la tentativa, entonces se habría "planteado un principio de la doctrina final de la acción con respecto al contenido de la ley"» (p. 151). El propio BOCKELMANN entiende que «no cabe hablar» de «anular todo el desarrollo de nuestro Derecho Penal que ha conducido al concepto de injusto y culpabilidad personales, a la etificación del Derecho penal» (p. 153). Así pues, si es correcta esta decisión de la ley, lo es precisamente porque capta la estructura ontológica correcta. Acerca de si existe una posibilidad *razonable* también para otra decisión, como parece inclinado a conceder BOCKELMANN (pp. 152 ss.), *vid.* el texto que sigue. Cfr. no obstante, asimismo, BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 197, nota 18.

[57] Resulta obvio que aquí «dado previamente» significa algo más que «existir con independencia de algo».

ble; las cuestiones valorativas aparecen como problemas del punto de vista desde el que se *contempla* algo para en cada caso *atisbar* algo totalmente distinto.

De ser esto cierto, relativizando así la posición de la valoración se habría perdido, asimismo, la «estructura lógico-objetiva», la conexión del «aspecto valorativo» con el «aspecto ontológico». En todo caso, quedaría la idea de que el Derecho, una vez que ha asumido el punto de vista valorativo, no puede abandonarlo, ya sea totalmente, ya en parte; que, por tanto, ha de extraer en su totalidad las consecuencias derivadas del punto de vista asumido en su momento. De ese modo sólo se estaría vistiendo con nuevos ropajes el principio de no contradicción y la idea de coherencia intrasistemática (con todas sus ramificaciones). Pero nada tiene en común con esto la idea del estar obligados por estructuras lógico-objetivas.

Ahora bien, no se debe al azar ese sentido vinculado a los conceptos «valoración» y «problema valorativo», pues no cabe negar que las valoraciones son variables, al menos en sentido amplio. Y toda referencia a evoluciones supuestamente continuas —al margen de lo discutibles que sean históricamente— no puede importar mientras no se perciba (y reconozca) como dada con carácter previo la meta de esta evolución.

Sin embargo, no hace falta que nos ocupemos aquí de estas valoraciones jurídicas variables, ni en su conjunto ni en particular. Si (y cómo) hay que evaluar la perturbación del descanso nocturno, el adulterio o los daños y qué consecuencias, en su caso, han de vincularse a tales valoraciones, son cuestiones pertenecientes al ámbito de la axiología [58]. En la lógica objetiva de una estructura no se indaga si hechos *concretos* sustentan valores. Más bien, el problema de si una estructura ontológica es de lógica objetiva, vinculando por ello a la regulación jurídica, sólo puede apuntar a valoraciones de determinado género, a un *plano* valorativo. Y es que la propia *estructura* óntica del objeto de la regulación debe comunicarse a la regulación, determinando la estructura, la clase del estrato valorativo, si es que es una «estructura lógica objetiva». La necesidad de la interrelación que caracteriza a las estructuras lógico-objetivas existe, pues, entre la *estructura* óntica, de una parte, y una *clase* determinada de valoraciones jurídicas, de otra.

Tales planos valorativos ya se han enumerado al principio de la investigación: «bienes jurídicos», «valores y desvalores de hecho», «valores y desvalores de acto» [59]. Estos desvalores de acción y los valores de acción ausentes nos interesan primordialmente en nuestro contexto, determinando, con arreglo a la doctrina del injusto «personal» de WELZEL, el carácter de la valoración de que algo es «antijurídico».

[58] KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. VIII ss.; asimismo, STRATENWERTH, *Natur der Sache*, p. 28.

[59] *Vid. supra*, pp. 23 ss. La «reprochabilidad» habría que añadirla como nivel ulterior; la estructura ontológica en que se basa se deriva de la consideración de los requisitos con los que puede hacerse responsable de su comportamiento a la persona como ser que se determina a sí mismo.

suadir de muchos gremios se dirige a determinar al interlocutor a una acción u omisión; se «hace propaganda» dondequiera que aparece la palabra para producir actos o su omisión, etc. Toda la interrelación de las personas se lleva a cabo en el continuo influjo en el comportamiento del otro para suscitar o impedir decisiones *de actuar*.

Ninguna «regulación» ni «ordenamiento» son concebibles sin el actuar final o su omisión como objeto. Las «normas de la cultura» de las bandas, que, según M. E. MAYER dominan la convivencia de éstas, no pueden regular sino omisiones y actos de los bandidos. No hay caudillo, ni guarda de parque, ni tirano, ni Estado de Derecho, que sea capaz de desplegar poder más que aprovechando la capacidad específicamente humana de dirigir finalmente el acontecer causal. A lo que se apela siempre por parte de los «poderosos» es a esta capacidad; lo que se «manda» es el aprovechamiento o no aprovechamiento de esta capacidad: actuar u omitir. «Y es que la conformidad categórica a leyes propia de la acción humana está dada con carácter previo a toda normación» [62].

Carecen de importancia a estos efectos los motivos que llevan a tal requerimiento de actos u omisiones. La estructura del objeto de la regulación resulta independiente de si se valora, de con qué perspectiva se valora, o incluso de si, p. ej., se ha valorado correctamente.

e) De esta idea, antropológica y (si se quiere) sociológica sobre el modo en que las regulaciones creadas únicamente para personas alcanzan a desplegar efectos, se deriva para nuestro problema lo siguiente: el Derecho, en tanto que tiene la función de influir en el comportamiento humano, está vinculado necesariamente a la estructura de éste. *Por ello* esta estructura es lógico-objetiva, se ajusta a la función y a la esencia de esta parte del Derecho (a los mandatos y prohibiciones) y está, así, «dada». El hecho de que las acciones y las omisiones constituyen el único objeto posible de esta regulación es algo situado totalmente al margen de cualquier modificación de las valoraciones, aun de las más esenciales.

Esta vinculación a la estructura ontológica del actuar y del omitir rige tanto para la norma y el juicio de valor subyacente, fundido en ella [63], como para la desaprobación del comportamiento antijurídico, para la *antijuricidad* [64]. *Lo que es injusto humano* debe también mostrar la estructura

---

[62] WELZEL, *Niedermeyer-Festschrift*, p. 292.

[63] WELZEL, *ZStW*, 97, p. 382; KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 75.

[64] Con lo cual queda indicado al mismo tiempo por *esta* estructura —la estructura final de la acción y la estructura de la omisión referida a ésta— el límite de la vinculación lógico-objetiva: ésta es válida siempre que proposiciones jurídicas se asocien a comportamiento *antijurídico*. Con razón ha destacado NIESE (*JZ*, 56, pp. 457 ss.) que la vinculación de la ley a la naturaleza final de la acción existe no sólo en Derecho penal, sino en todas las ramas jurídicas. Obviamente, mientras que, en Derecho penal se trata *siempre* de las consecuencias del *comportamiento* antijurídico, en otras ramas jurídicas ello sólo es así con carácter limitado.

c) Esta teoría del injusto basada en la finalidad de la acción, evidentemente, no es indiscutida. Cierto que está prácticamente fuera de discusión la propia estructura ontológica de la que aquí se parte: el nexo final. Pero se cuestiona que la «antijuricidad» esté vinculada a la estructura final, esto es, que para las valoraciones como injusto estén «dadas» las estructuras de acción y omisión. Así, el punto de conexión del juicio de antijuricidad se convierte en cuestión valorativa discrecional (al pie de la letra) en distintos sentidos: por una parte, aparece como contingente si la antijuricidad se enlaza con la estructura final de la acción o con otra estructura óntica. También se vincula la antijuricidad *en cada caso* con supuestos de hecho estructurados de modo distinto; así, p. ej., cuando unas veces es la tentativa dolosa la que sustenta el juicio de injusto y otras veces es la pura causación del resultado. Por último, se distingue entre una antijuricidad «específicamente jurídico-penal» y otra «jurídico-civil», junto con otras posibles «antijuricidades específicas», en el sentido de que el objeto del juicio puede (o tiene que) estar estructurado de modo distinto en cada caso.

En vista de tales objeciones requiere ulterior justificación el siguiente paso programado, el estudio de la omisión como algo análogo a la acción final:

d) Los preceptos sobre los que trata dicha investigación son los mandatos —esto es, normas— y los juicios de valor sobre el hecho de no cumplirlos (infracción). En las normas, ya sean mandatos o prohibiciones, se pone especialmente de manifiesto que el ordenamiento jurídico no sólo pretende poner acentos valorativos, sino que también quiere desplegar efectos, cumplir la misión de ser *ordenamiento* jurídico. Por este «aspecto teleológico de la norma» [60] se distinguen los mandatos y prohibiciones de los puros juicios de valor. El Derecho no es sólo una suma de atribuciones de valor y disvalor, sino —a través de normas— una *fuerza configuradora* de la vida social. «Mediante meras normas de valoración, el Derecho no podría ejercer el dominio que le corresponde sobre la convivencia. Sería algo puramente "platónico", sin poder generador» [61]. El Derecho es poder de surtir efectos, de influir; tiene que serlo si pretende desempeñar su misión de ordenar, de regular, de configurar la convivencia humana. Con este objetivo se dirige a sus destinatarios con exigencias de deber, conectando sus normas con la capacidad humana de emprender *acciones*, ya que el ordenamiento jurídico requiere acciones u omisiones.

Naturalmente, este punto de partida situado en el actuar u omitir humano no es ninguna particularidad del Derecho y de sus normas. La orden de quien coacciona se refiere al actuar final o a su omisión; el inductor pretende provocar la decisión de actuar finalmente; el arte de per-

---

[60] Al respecto Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 76.

[61] ENGISCH, *Einführung*, p. 28.

del comportamiento humano [65]. Así, este concepto central de la doctrina jurídico-penal se sustrae a la variabilidad de los puntos de vista y de los aspectos valorativos.

Sin embargo, para nuestra investigación resulta que la indagación sobre los datos prejurídicos de la omisión, en particular sobre la capacidad de acción, debe permitir aclarar con qué contenido ha de rellenarse el tipo del mandato.

[65] En destacar la finalidad como estructura lógico-objetiva —al menos en Derecho penal— coincide STRATENWERTH (*Natur der Sache*, pp. 13 ss., 19) con la concepción del texto. Pero su fundamentación es distinta. Para él, las «estructuras lógico-objetivas» son «datos ónticos que resaltan como esenciales desde determinado punto de vista» (p. 17). Este «punto de vista valorativo rector» para seleccionar la finalidad es «el enfoque en la persona humana como tal» (pp. 17 ss.). La cuestión de la «necesidad de este enfoque para el Derecho penal» la deja STRATENWERTH abierta en este lugar (p. 18), al requerir sólo «la coherencia sistemática en la descripción del injusto» (pp. 19 ss.). En otro sitio (*Verantwortung*, pp. 82 ss.) indica, sin embargo, que «los valores trascendentes para el ordenamiento estatal y jurídico se remiten en su conjunto al problema clave de la responsabilidad de la persona» (p. 84) y que este «punto de vista valorativo rector» es «inamovible en su origen» (p. 91).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA OMISIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

SUMARIO: A. PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS. —B. LA OMISIÓN DEL ACTUAR FINAL. I. Criterios básicos de la omisión. *a)* La negación del actuar. *b)* La referencia a una acción final de un individuo determinado. *c)* La delimitación por la posibilidad de acción. II. Omisión y posibilidad de acción en la doctrina científica. III. Desarrollo de los elementos de la omisión a partir del decurso de la acción.—C. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN EN PARTICULAR. I. La posibilidad física de acción. II. La capacidad de dirección final. III. Capacidad de acción y posibilidad de motivación. IV. Requisitos intelectuales de la capacidad de acción. *a)* La base cognoscitiva: conocimiento del fin de la acción. *b)* La cognoscibilidad de la vía de realización. *c)* La influencia el error en la capacidad de acción (la «capacidad de tentativa»). *d)* Síntesis. V. Las consecuencias imprevistas de la acción posible y el concepto de omisión. VI. El significado de la capacidad de acción para el concepto de omisión.—D. OBJECIONES AL RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN. I. ¿Es la omisión un mero concepto jurídico? *a)* Omisión y ordenamiento jurídico. *b)* La teoría de la expectativa. II. ¿Es la persona causal de su omisión? *a)* El problema causal en nuestra investigación. *b)* La causalidad del no hacer. *c)* La persona no es causal de su no obrar. *d)* La cuestión causal práctica, la cuestión de la causalidad potencial. III. ¿Hay omisiones finales? *a)* Estado del problema. *b)* ¿Es la dirección final elemento esencial de la omisión? *c)* La omisión «querida». *d)* La omisión consciente. *e)* Síntesis.—E. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO CONCEPTO GENERAL QUE ENGLOBA AL ACTUAR Y AL OMITIR. I. Sentido y forma de plantear el concepto de comportamiento. II. La capacidad de acción como elemento común. III. El comportamiento.—F. AVANCE DOGMÁTICO. I. Resultado dogmático intermedio. II. El principio de inversión.

A. PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS

Las últimas consideraciones anticipan el método que se seguirá en lo sucesivo. Queda por aclarar si se ha de proceder inductiva o deductivamente.

«cesar» se encuadraría en este concepto general de «acción». ¿Es igualmente «acción» el no sangrar, el no roncar, el no temblar? [5]

Así pues, sigue existiendo la necesidad de abordar *directamente* «la omisión». Para cierto trecho del camino de la investigación nos es lícito fiarnos tranquilamente del lenguaje común, tanto del «natural» como del de la jurisprudencia, pues lo que se entiende (e incluso lo que es posible entender) por este concepto constituye el objeto de esta investigación, le fija el marco. Seguir este camino es inobjetable, siempre que no se espere del lenguaje común un esclarecimiento definitivo, una determinación de las estructuras de la omisión; naturalmente, para ello el sentido lingüístico —por claro que sea— no puede proporcionar los criterios determinantes últimos. Atenerse en principio a cómo se utiliza el concepto proporciona en seguida la ventaja de familiarizarse con las definiciones y criterios desarrollados en la doctrina.

B. LA OMISIÓN DEL ACTUAR FINAL

I. Criterios básicos de la omisión

a) *La negación del actuar*

En el término «omitir» reside una negación, referida al actuar. Sin embargo, el concepto «omisión» no es sinónimo de «no suceder», de «no modificar una realidad», de «no obrar en absoluto», de «inactividad» o de «quietud física». El omitir no niega el actuar como tal, sino sólo un actuar

[5] Este concepto de acción supuestamente «antropológico», que si acaso presenta rasgos psicológicos, tampoco alcanza perfiles claros porque MAIHOFER construya sobre esta base un segundo concepto, el «concepto social de acción» (pp. 69, 72 ss.), que en realidad es *anti*social: MAIHOFER lo determina como dotado de «dirección de efectividad» a la lesión de «bienes sociales» (*Handlungsbegriff*, p. 72); en contra, GALLAS, *ZStW* 67, p. 12, nota 36; NIESE, *JZ*, 56, p. 457. Deja abierto MAIHOFER hasta qué punto ha de estar estructurada esta «dirección de efectividad»; parecido simplemente de relieve, de manera negativa, que para él no sean determinantes ni la finalidad ni la causalidad.

Ya antes de MAIHOFER había llegado Felix KAUFMANN, con un método análogamente fenomenológico, a un concepto de conducta igualmente sin perfiles (F. KAUFMANN, *Logik*, pp. 63 ss.; al respecto Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 108 ss.). Lo que ha objetado WALZ en su *Crítica a la teoría fenomenológica pura de Felix Kaufmann* (p. 56) contra este concepto de conducta es aplicable, pues, al concepto de acción de MAIHOFER: con éste ni siquiera se hace «la más leve tentativa de resolver la tarea de mostrar una regla para delimitar la conducta humana relevante».

Cfr., asimismo, la perspicaz crítica de GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 18, nota 4): «Al excluir Maihofer tanto las "consecuencias" externas de la acción como sus "causas" internas, elimina, asimismo, el nexo entre causa y consecuencia —la puesta en práctica de la voluntad— y con ello todos los elementos que pueden constituir una acción. De este modo el concepto de acción se deshace en algo inexistente, a lo que luego se llama "comportamiento"». «Al asumir el elemento de la referencia a... bienes jurídicos» no «se determinan los fenómenos que pueden sustentar propiedades de injusto jurídico-penales con ningún otro elemento que mediante la aptitud de ser portadores de propiedades de desvalor jurídico-penales».

Esta última posibilidad parece existir para MAIHOFER, quien a partir de un concepto de comportamiento directamente dado (que llama «actuar») obtiene las subespecies del hacer y del omitir [1]. Tal modo de proceder se ve expuesto a una objeción de principio: aun asumiendo que el concepto general del comportamiento esté dado, no cabe desarrollar a partir de él precisamente la *especificidad* del omitir; al igual que con los elementos constitutivos del concepto «mueble» no se capta lo específico de una silla. Nada cambia tampoco con la indicación de MAIHOFER de que actuar y omitir aparecen «como tesis y antítesis lógicas». Por una parte, se requeriría como premisa adicional llenar de contenido el concepto de actuar; con respecto a este requisito no existiría, para nuestra investigación, objeción alguna. Pero ante todo se requiere, asimismo, que actuar y omitir se encuentren *en absoluto* en relación de tesis y antítesis. *Esta* premisa no es tan evidente, limitando la radicalidad del planteamiento.

Pero, con todo, en un intento de captar la omisión cabría recurrir a los criterios de un concepto general, dado previamente, de «comportamiento», que tendrían que ser igualmente criterios del omitir. Sin embargo, MAIHOFER no indica elementos claros del «comportamiento» (de la «acción») en tanto que concepto general que engloba a hacer y omitir. Entiende que el «concepto antropológico de acción» [2], prejurídico, se obtiene del modo siguiente:

Haría falta «simplemente la referencia sencilla, así como empíricamente concluyente, al concepto del "comportamiento" como concepto general, en el que se aglutinan, en cada caso, incluso para el lenguaje común, las posibilidades más diversas del comportarse *humano* frente al mundo». Así, el concepto de actuar se determina por la «pura referencia real a la existencia de la persona en su comportarse frente al mundo, esto es, a la totalidad de las posibilidades de existencia externas en las que el ser humano, tanto de palabra como de obra, alcanza a "exteriorizar" su ser en la realidad, influyendo así él mismo como realidad» [3].

A esta descripción sin perfilar le falta la determinación positiva; simplemente se subraya, negativamente, que ni la «corporeidad», ni la «voluntariedad», «ni siquiera la dirección de voluntad», son criterios de este «actuar». Pero entonces —particularmente al dejar de lado la «voluntariedad»—, este pretendido «concepto antropológico de acción» prescinde de todo vínculo con elementos específicamente humanos, como ha objetado decisivamente WELZEL [4]. El fluir de la sangre de la herida sería para MAIHOFER acción del que sangra, igual que el roncar acción del durmiente; como también sería acción el temblor de la mano al contacto con la corriente eléctrica. Queda en total incertidumbre hasta qué punto el

[1] MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, pp. 14 y 73.
[2] MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, p. 68, nota 22.
[3] MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, p. 68.
[4] *Strafrecht*, p. 27.

en determinada dirección, una acción concreta. Lo cual se subraya con tanta frecuencia que no hace falta aquí ulterior aclaración [6]. Desde que V. LISZT [7] destacara que omitir «es un verbo transitivo», que no significa «no hacer nada, sino *no hacer algo*», esta idea es de dominio público [8]. El concepto de la omisión está, pues, siempre *referido* a determinada acción «en que se piensa» [9].

Por el contrario, queda sin determinar lo que haya ocurrido *en lugar de* la acción omitida [10]. El que el omitente haya permanecido «totalmente inactivo», o haya actuado en otra dirección, o incluso qué acciones haya llevado a cabo, *nada* de ello se expresa con el concepto de omisión; la omisión *no* se refiere a ello [11].

b) *La referencia a una acción final de un individuo determinado*

¿Pero a qué clase de acción determinada se alude con la omisión como referencia, a una acción concebida causalmente o a una final? Tampoco aquí parecen existir dificultades, ni para el lenguaje «natural», ni para el científico: por acción omitida se entiende casi siempre una acción *final* [12]. Si el escalador no hubiera puesto el pie (como podía) casualmente en

---

[6] DOHNA, *ZStW*, 27, p. 333; ENGISCH, *MoKrimPsych.*, 33, pp. 237 ss.; *Weltbild*, p. 37, nota 70; R. v. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 153; G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, pp. 20 ss.; LANDSBERG, *Unterlassung*, p. 24; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 167; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 1340; *Studienbuch*, I, p. 73; *LK*, I 8, p. 7; NAGLER, *GS*, 111, 1, nota 1; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, p. 43; RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 135; RITTLER, *Lehrbuch*, p. 87; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 7; WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.

[7] *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 116.

[8] Cfr., con todo, la afirmación de BELING (*Verbrechen*, pp. 14 ss.) de que también la «completa inmovilidad de la persona» es una «acción». BELING está partiendo de un conocido concepto de acción que él mismo llama «espectro exangüe» (*Verbrechen*, p. 17): «La constatación de que alguien ha "obrado" se contrae en el aspecto externo a la simple constatación de que ha efectuado *cualquier* movimiento, o no movimiento, corporal» (*Verbrechen*, p. 14). Por tanto, resulta inadmisible «incardinar» el «*contenido* de la omisión» en el «*concepto* de omisión», «confundir el "no hacer" con el "no hacer algo"» (p. 15). Sin embargo, también para BELING es «evidente» que «el *delito* de omisión consiste en que "no se hace algo determinado"».

[9] G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, p. 26; VOGEL, *ZStW*, 51, p. 692; ENGISCH, *MoKrimPsych.*, 33, p. 238; WELZEL, *Strafrecht*, p. 174; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, p. 43.

[10] TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 8; G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, pp. 29 ss.; RITTLER, *Lehrbuch*, p. 87; ENGISCH, *MoKrimPsych.*, 33, pp. 238 ss.

[11] Por eso es imprecisa la definición de A. BÖHM (*Rechtspflicht zum Handeln*, p. 24) en el sentido de que el «omitir» consiste en la «inactividad física deliberada» y es cuestionable la consecuencia de distinguir el delito comisivo del omisivo «mediante la división del comportamiento global en los actos parciales del movimiento corporal y de la inactividad, así como mediante la comprobación de las distintas partes de la conducta en función de su causalidad». (Afortunadamente, es errónea la afirmación de A. BÖHM de que esa determinación de la omisión constituya la doctrina dominante.) Para la verificación de la causalidad tampoco BÖHM puede prescindir del obrar «añadido mentalmente» y «posible» que evitaría el resultado (p. ej., pp. 27 ss.). En el sentido del texto y de la doctrina dominante, ahora también GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 5).

[12] Así ahora también GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 12), partidario del concepto causal de acción, que rechaza la finalidad como requisito del concepto de acción y del injusto del delito comisivo.

determinado lugar y así no hubiera echado a rodar una piedra que hubiera matado a una persona, a nadie se le ocurrirá hablar de una «acción de matar omitida». Naturalmente, ello resulta bastante extraño para quien se basa en el concepto causal de acción. Para el concepto social de acción se pone aquí de manifiesto que precisamente el aspecto social está dirigido «naturalmente» al actuar final [13].

Por último, para los finalistas es evidente que objeto de referencia de la omisión sólo puede ser una acción final, que sólo la *ausencia de una realización de voluntad* puede llamarse omitir una acción.

Tampoco cabe dudar que como «acción omitida» se entiende el acto *de una persona determinada,* pues dondequiera que aparece el concepto de omisión entraña el sentido de «que la omisión» «ha de imputarse» a una determinada persona (entendida aquí la «imputación» no técnicamente). «Omisión no es la *no concurrencia* de una acción, sino la no concurrencia de una acción en sujeto determinado, el *no llevar a cabo* la acción» [14].

En esta medida cabe caracterizar a la omisión, con ENGISCH [15], como sólo «negativa y relativamente determinada»; negativamente, porque *se niega una realización de voluntad*; relativamente, porque esta negación se refiere a una acción (final) *determinada* de un sujeto determinado.

c) *La delimitación por la posibilidad de acción*

Pero precisamente a ese contenido de sentido que entraña el término omisión —esto es, establecer, entre la negación de una determinación acción y una persona, una ligazón *personal* que iría más allá del mero añadir *mentalmente* un sujeto— no se ajustaría el mantenerse en la acepción sostenida hasta ahora. Si el concepto ha de servir *sólo* para negar determinada acción de determinada persona, la «relación de omisión» se extiende sin límites: yo habría «omitido», *hic et nunc*, beber un vaso de cerveza en Pekín: el que yo no pudiera hacerlo, o ni siquiera se me ocurriera, carecería de importancia. Si mañana alguien se ahoga en el Rhin, cabría decir de cualquier persona del mundo (!) que ha «omitido» salvar al que se ha ahogado. Comparativamente, que el espectador inválido habría «omitido» socorrer en un accidente resultaría casi obvio.

Los ejemplos podrían continuarse a voluntad. Pero es evidente que no cabe hablar aquí de cualquier clase de «imputación» del omitir con respecto a una determinada persona; aquí no se consigue ni siquiera lo que en el ámbito de la comisión ya viene proporcionado por el nexo causal.

---

[13] Acerca de estas cuestiones, cfr. *infra*, pp. 65 ss.
[14] RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 141.
[15] *MoKrimPsych.*, 33, p. 238.

ta... Omitir es no llevar a cabo la acción *a pesar de la posibilidad física de obrar*» [20].

También para DROST sólo «interesa penalmente el omitir en la medida en que existió la posibilidad *externa* del hacer omitido»; de lo contrario, la omisión no está «ya sujeta al dominio de la voluntad» [21].

«El concepto de omisión», dice el último V. LISZT, «requiere que mediante el hacer *posible* para el autor y esperado por nosotros, pero omitido por él, se hubiera evitado el resultado producido; de este modo existe en el concepto un elemento análogo al de la causalidad del hacer, pero no la propia causalidad» [22].

También apunta en lo esencial a la «posibilidad física» la definición de TRAEGER: «Omisión es... el no llevar a cabo una acción esperada por otro o al menos percibida como de posible acaecimiento, cuya realización estaba en el poder volitivo del omitente, o, más brevemente: el no efectuar una acción posible esperada». Este «poder volitivo» le falta tanto a quien está atado como a quien está sin sentido, o a aquel que no puede intervenir porque se encuentra a cien millas de distancia [23].

También para FRANK el lenguaje común sólo «equipara el omitir al hacer cuando el hacer podría haberse producido en las circunstancias imperantes» [24]. En el mismo sentido, RITTLER requiere para la «cuasi-causalidad» de la omisión la «posibilidad» de evitar el resultado [25]. Ambas manifestaciones sólo cabe referirlas, por su contexto, a la posibilidad *externa* de obrar.

Según DAHM [26], no sólo no infringe ningún deber, sino que «tampoco "omite"», quien no está en condiciones de intervenir. Robert v. HIPPEL requiere la «posibilidad práctica de obrar», ya que «omitir significa en el lenguaje común» no hacer «aquello que era *posible* y esperable en el supuesto en cuestión» [27]. Sin embargo, limita esta formulación de matiz general a «causas externas»: p. ej., el «omitente» estaba «paralítico, encerrado, no sabía nadar, etc.» [28].

Análogamente señala V. OVERBECK [29]: «Es casi evidente que no cabe hablar de omisión punible si el sujeto no estaba en condiciones de denunciar. Entonces decae no sólo la culpabilidad, sino también el tipo objetivo

---

[20] RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 141 (cursiva en el original).
[21] *GS*, 109, p. 3 (cursiva mía).
[22] V. LISZT, *Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 126 (cursiva mía).
[23] TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 8.
[24] FRANK, *StGB*, § 1, nota IV (cursiva en el original).
[25] RITTLER, *Lehrbuch*, p. 113.
[26] *ZStW*, 59, p. 180.
[27] R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 153 (cursiva en el original); cfr., asimismo, p. 160, nota 4.
[28] R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 153, nota 4.
[29] *GS*, 88, p. 322.

Contra lo ilimitado de tal formación conceptual ya señaló certeramente TRAEGER [16]: «Resulta absurdo llamar omisión a que yo no salve a una persona que se está ahogando a cien millas en el océano». Por eso ENGISCH [17] requiere «tener en cuenta que sólo cabe hablar de omisión allí donde existía la posibilidad de llevar a cabo el hacer que evitaría el resultado».

Esta idea de que la acción ha de ser *posible* para que quepa hablar de omisión constituye hoy opinión casi unánime en la doctrina penal. Huelga exponer que este requisito se ajusta también a la concepción «natural».

Sobre qué ha de entenderse por la «posibilidad» de llevar a cabo la acción omitida hay múltiples cuestiones no aclaradas y divergencias, ante todo en dos aspectos. Así, es discutible *qué requisitos* han de concurrir para dar lugar al juicio de que una acción ha sido «posible». Por otra parte, cabe dudar si el requisito de esta «posibilidad de acción» ha de extraerse *«del concepto»* de omisión, siendo, por tanto, de naturaleza *prejurídica*, o si es el *Derecho* (el deber jurídico) el que enlaza este punto de vista con la omisión, o si se trata de un requisito de la *«causalidad»* de la omisión.

II. Omisión y posibilidad de acción en la doctrina científica

La panorámica que sigue, relativa a la definición de omisión en general y a la posibilidad de acción en particular, se limita a los últimos sesenta años [18]. Tampoco se pretende reproducir en este marco temporal exhaustivamente todas las formulaciones; sin embargo, las voces seleccionadas reflejarán la pluralidad de los puntos de vista a los que se ha recurrido para definir la omisión y describir la capacidad de acción [19].

La clasificación de las breves referencias se atendrá —en la medida de lo posible— a la clase de requisitos que se establecen con respecto a la posibilidad de obrar:

a) Una parte de los autores se conforma, del todo o casi exclusivamente, con requisitos *externos* para afirmar la posibilidad de acción.

Así, RADBRUCH define: «La omisión de un movimiento corporal interesa a los criminalistas sólo en caso de que fuese posible la acción prescri-

[16] *Unterlassungsdelikte*, p. 8.

[17] *Kausalität*, p. 31.

[18] Acerca de la posibilidad de obrar como presupuesto de la omisión, *vid.* de épocas tempranas LUDEN, *Abhandlungen*, I, p. 470; KRUG, *Abhandlungen*, p. 23; GLASER, *Abhandlungen*, 1, p. 298; GEYER, *Krit. Vierteljahresschr.*, 1882, p. 241; HÄLSCHNER, *Deutsches Strafrecht*, 1, p. 237; V. ROHLAND, *Die strafbare Unterlassung*, p. 121; LANDSBERG, *Commissivdelikte*, pp. 21 ss.; SCHWALBACH, *GS*, 31, pp. 609 ss.

Donde no se mencionaba expresamente la posibilidad de obrar, parece que ésta era evidente, quedando abierto, eso sí, con qué alcance.

[19] Al mismo tiempo cabe considerar hasta cierto punto problemas que sólo después se estudiarán.

de la omisión. No es que el autor no haya omitido culpablemente, sino que no ha omitido».

MAURACH, enlazando con WELZEL, considera al omitir como «la omisión del ejercicio del poder de obrar final» [30]. Sin embargo, no requiere la capacidad de obrar final, sino sólo la «posibilidad del hacer prescrito... Un paralítico no puede "omitir" un movimiento; al que está encerrado le falta la posibilidad de poner en práctica la voluntad de acción que eventualmente tenga». «Únicamente no cabe hablar de omisión cuando al autor le faltó la posibilidad *objetiva* de llevar a cabo la acción» [31].

b) Si los autores referidos hasta ahora se conforman con la posibilidad de acción «física», «externa», «objetiva», los que siguen parecen ir más allá:

SAUER [32] requiere para la omisión la «libertad de acción» del omitente, la «posibilidad de obrar», la «libertad de voluntad». «Así se pone de manifiesto el verdadero motivo por el que quien no sabe nadar no es castigado cuando omite socorrer; en sentido jurídico no "omite", porque no estaba en condiciones de obrar». «La cuestión de la libertad de acción no pertenece ni a la causalidad, ni a la culpabilidad, ni al deber jurídico, circunscribiéndose al terreno del propio hecho, y sólo en esta medida es una cuestión previa para esos otros problemas».

Para Eberhard SCHMIDT, «dada la imposibilidad objetiva, no existe comportamiento voluntario» y por ello tampoco omisión, pues también ésta tiene que «ser un comportamiento libre de coacción, determinado por uno mismo» [33]. Para el que permaneció inactivo debe haber existido «la posibilidad de evitar el resultado», la cual ha de determinarse mediante «parámetros objetivos», «en cada caso» [34]. Para la omisión de socorro en el sentido del § 330 c StGB, SCHMIDT requiere además que «el individuo» no haya desplegado «el potencial de auxilio correspondiente a sus capacidades *subjetivas* y disponible en concreto» [35].

Según ENGISCH [36], el omitir requiere, al igual que el hacer, la «voluntariedad» en el sentido de una posibilidad «psicofísica» de «comportarse de otro modo». Esta «libertad de voluntad» no la tiene el guardagujas amarrado con respecto al cambio de agujas, pero quizá sí la tiene para proferir gritos de auxilio.

---

[30] *Lehrbuch*, I, p. 167.

[31] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 173 (cursiva mía). Cfr., asimismo, *Grundriß, Allgemeiner Teil*, p. 52; *Lehrbuch*, II, p. 407.

[32] *Frank-Festgabe*, I, pp. 213 ss.; *GS*, 114, p. 315.

[33] *Lehrbuch*, p. 170.

[34] *Lehrbuch*, p. 170, nota 2; *Arzt im Strafrecht*, p. 83, p. 90 y 164 ss.

[35] *Strafrechtspraktikum*, p. 26; *Arzt im Strafrecht*, p. 83.

[36] *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 164 ss.; *Kausalität*, p. 31.

Helmuth MAYER considera al omitir, «exactamente igual que el hacer», como «realización de voluntad», requiriendo que «el comportamiento del autor estuviera dominado por la voluntad, o fuera dominable... Quien no ha presentado la denuncia prescrita porque está atado, o porque, presa del nerviosismo, no es capaz de aprovechar el momento de alejarse inadvertidamente de los conspiradores, no obra ni omite» [37].

Esta concepción se asemeja a la formulación de VOGT: «Sólo hablamos de acción cuando el sujeto agente tuvo la capacidad de omitirla, y sólo de omisión cuando al omitente le fue posible llevar a cabo la acción omitida» [38].

Para MEZGER, omitir significa la ausencia de la acción esperada del autor [39]; de ahí deduce lo siguiente: «Al igual que en el hacer activo la voluntariedad de la acción pertenece al concepto de acción, consecuentemente también ha de requerirse la *posibilidad de la voluntad* para el *concepto* de omisión» [40]. Por eso no omite quien «estaba inconsciente en el momento decisivo». No menciona MEZGER en este contexto si el omitente debió haber tenido, asimismo, la posibilidad de poner en práctica su voluntad [41]. Sin embargo, en los delitos de omisión impropia, del principio *ultra posse nemo obligatur* deduce «como requisito irrenunciable, la *posibilidad* de llevar a cabo la acción prescrita y la posibilidad de influir sobre el resultado que debe evitarse» [42].

c) Ya las últimas concepciones reseñadas tienen en cuenta el aspecto volitivo de la acción omitida, al requerir para la posibilidad de acción algo así como una «voluntariedad potencial». Además de ella, sin embargo, se considera enteramente como requisito de la omisión también la *posibilidad* de *tomar la decisión* de omitir la acción y, por tanto, la «finalidad potencial».

Para HÖNIG [43] «el no hacer no tiene el sentido de omisión cuando tuvo lugar como efecto de anormalidad psíquica o de coacción física» o cuando por otras «causas objetivas o subjetivas, faltó la posibilidad de obrar». «Con respecto a un acaecimiento de resultado, sólo hablamos de omisión (al margen del caso en que el autor no ha evitado intencionadamente el resultado) cuando lo pudo prever y dominar, es decir, evitar», «cuando el

[37] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 112.
[38] Alfons VOGT, *ZStW*, 63, p. 382.
[39] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 132.
[40] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 133 (cursiva en el original).
[41] Acerca del «vigilante amordazado por los ladrones» señala MEZGER (*Lehrbuch*, p. 133, nota 9): «Puede querer (internamente) la "acción esperada", pero su responsabilidad penal decae debido a los obstáculos externos, de conformidad con el § 52 StGB [inexistencia de acción, debido a coacción]».
[42] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 137. En el *Studienbuch* (I, pp. 75 ss.) no se menciona el requisito de la posibilidad en ninguno de los dos sentidos, pero parece estar contenido en la relación causal a la medida de la «acción esperada».
[43] *Frank-Festgabe*, I, pp. 191 ss.

llega a la conclusión, al menos para los delitos de omisión impropia, de que hay que requerir la «capacidad de actuar» y de que la evitación del resultado no debe superar las facultades del garante [57].

En idéntico sentido, para NOWAKOWSKI «la omisión no es algo puramente negativo, sino llenado de contenido por lo omitido». No requiere la «voluntariedad» en la omisión (como tampoco en la acción), ni aduce como requisito la capacidad de acción [58]. Sin embargo, según NOWAKOWSKI, la omisión sólo es *causal* «cuando no puede añadirse mentalmente un comportamiento *físicamente posible* para el omitente sin que decaiga el resultado» [59].

También en la jurisprudencia superior se ha requerido siempre que el omitente haya estado en condiciones de realizar la acción prescrita, y ello tanto en los delitos de omisión propia [60] como impropia [61].

e) Una posición singular la defienden BINDING y V. WEBER. Ambos niegan que la posibilidad de acción —física o psíquica— sea requisito del injusto en el delito omisivo.

BINDING somete también a la omisión a su concepto de «acción en sentido jurídico» [62]. Pero como toda «acción», en el sentido de BINDING, presupone que se dé la «capacidad de acción», esto es, «el poder de captar el propio comportamiento en relación con la norma y de mantenerlo al unísono con ella» [63], también la posibilidad individual de realizar la acción prescrita se ve considerada aquí (esto es, dentro de la doctrina de la culpabilidad). En esta medida, este «concepto jurídico de acción» abarca al delito en su totalidad, en contraposición al concepto de acción de la doctrina moderna, ya sea «causal», «social» o «final» [64]. Por eso, a efectos de comparación hay que recurrir al concepto de «hecho» de BINDING [65]. Pero el «aspecto de hecho» le falta, según BINDING, a la omisión (propia) [66], porque ésta es «absolutamente no causal» [67]. En su lugar, aparece la «ausencia» de la «acción prescrita» [68], que constituye «el tipo objetivo del delito de omisión». Para la cual no requiere BINDING la posibilidad de obrar, ni siquiera en sentido puramente físico.

---

[57] *GS*, 111, pp. 70 y 72; *LK*, I, 6.ª ed., p. 70.

[58] *Strafrecht*, pp. 43 ss.

[59] NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, p. 49 (cursiva mía).

[60] Cfr. *RGSt*, 74, p. 199; 75, p. 164; *BGHSt*, 2, p. 296.

[61] Cfr. *RGSt*, 45, p. 214; 57, p. 197; 64, p. 276; *OGHSt*, 1, p. 319; RG, en *JW*, 31, p. 1581; *JW*, 34, p. 1503; *BGHSt*, 4, 20 (pp. 22 ss.); *BGHSt*, 6, 47 (p. 57); OLG Bremen, *NJW*, 57, p. 73.

[62] *Normen*, II, pp. 106 ss.

[63] *Vid.* KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 24 ss., con referencias.

[64] Cfr. al respecto BINDING, *Normen*, II, pp. 168 ss.

[65] Acerca de la «teoría del hecho» de BINDING, *vid.* KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 18 ss., 171 ss., 145 ss. y 282.

[66] La «omisión impropia» la considera BINDING como un supuesto de «comisión propia».

[67] BINDING, *Normen*, II, pp. 403 y 410 ss.

[68] BINDING, *Normen*, II, pp. 406 ss.

permanecer inactivo puede concebirse como finalmente materializado con vistas al resultado» [44].

WELZEL se refiere directamente a la posibilidad de obrar *finalmente* [45]: «Sólo el dominio del hecho concretamente posible o potencial-final convierte a un no hacer en omisión. Dado que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio del hecho final *potencial*, no se requiere para la omisión un acto volitivo *actual*, bastando un acto volitivo *posible* para esa persona» [46].

Con amplias coincidencias, también GALLAS requiere [47] «que el omitente haya estado *físicamente* en condiciones de llevar a cabo la acción prescrita. Pero también tiene que haberle sido posible la decisión de obrar, es decir, tiene que haberse representado la acción prescrita como posible objeto de la voluntad, o debe haber podido representársela con la debida aplicación de sus facultades psíquicas (atención, memoria, etc.)». GALLAS deduce este requisito del «contenido de injusto del delito omisivo», del «desvalor de acción negativo».

d) También donde no se establece de forma general el requisito de que a la omisión pertenece la posibilidad de obrar, éste se nos presenta, no obstante, en los *delitos* de omisión como «requisito del deber» o de forma semejante [48]:

Así, según SCHRÖDER, «el omitir típico» requiere «la posibilidad de obrar con sentido» [49]. Para HAFTER, «la omisión que ha de valorarse penalmente reside en que se produce un resultado perjudicial que se podría haber evitado mediante un obrar» [50]. Según GERMANN [51], la omisión «ha de equiparase al hacer activo» cuando el autor «habría podido impedir el resultado». Para el § 330 c StGB, requieren, p. ej., también LANGE [52], H. ROHDE [53], GEORGAKIS [54] y STORSBERG [55] la capacidad de socorrer.

NAGLER, si bien niega que la posibilidad de la acción omitida sea elemento de la omisión [56], dando un rodeo por el requisito de la causalidad,

---

[44] HONIG, *Frank-Festgabe*, I, pp. 191 ss.

[45] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 174 ss. (cursiva en el original).

[46] En tal sentido, asimismo, WELZEL, *NJW* 53, pp. 328 ss.; KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 284.

[47] *ZStW*, 67, pp. 40 ss.; cursiva de GALLAS.

[48] *Vid.*, asimismo, los autores citados *supra*, p. 7, en la nota 23a; *cfr.*, asimismo, V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, pp. 264 ss.; FINGER, *Deutsches Strafrecht*, I, p. 294; *Strafrecht* (en STAMMLER), p. 452; A. ROHDE, *Die Natur*, pp. 8 ss.

[49] SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, introducción V.2, § 330 cc, nota II.2.c; *cfr.*, asimismo, § 138, nota II.5.

[50] *Lehrbuch*, I, p. 76.

[51] *Verbrechen*, p. 163.

[52] KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, § 330 c, nota IV.1.

[53] *LK*, II, 7.ª ed., § 330 c, nota 2.d).

[54] *Hilfspflicht*, p. 12.

[55] *Nothilfepflicht*, pp. 77 ss.

[56] *GS*, 118, pp. 77 ss., nota 130.

Para V. WEBER, la posibilidad de obrar no es elemento del concepto del omitir [69]. También en los delitos de omisión la «imposibilidad física» es sólo una «causa de exculpación» [70]. Ello se deriva, según V. WEBER, de la antítesis deber-poder; el «poder» constituye el «principio de culpabilidad» determinante [71]: «Obra culpablemente aquel que obra antijurídicamente no obstante haber podido obrar de otro modo» [72]. También la posibilidad de ejecutar la acción prescrita constituye, según V. WEBER, un caso particular de este principio de culpabilidad, siendo tenida en cuenta, por tanto, en el escalón de la culpabilidad.

f) Esta panorámica pone de manifiesto que la posibilidad de obrar se reconoce de modo predominante como requisito de la *omisión*, y siempre como requisito del *delito* de omisión.

Sin embargo, al mismo tiempo resulta evidente que el concepto de omisión, y en particular los límites de la «posibilidad de obrar», se ven influidos por otros muchos aspectos. En unos casos, la idea del «esperar» la acción omitida desempeña un papel no pequeño; sobre ello se volverá más adelante [73]. Por otra parte, la configuración del concepto de acción también influye, naturalmente, en el concepto de omisión; especialmente, se analizará más adelante si también desde el concepto causal de acción es posible construir un concepto de omisión análogo. Por otra parte, también parece influir en los requisitos de la capacidad de acción la idea de la distinción entre la vertiente externa e interna, objetiva y subjetiva, del delito; el que, obviamente, éste no sea el único punto de vista lo pone de relieve la postura del finalista MAURACH [74], que se limita a requerir la posibilidad *objetiva* de acción [75]. Por último, también se incorporan cuestiones polémicas sobre los conceptos «voluntariedad» y «querer».

Aquí el lenguaje común no puede ayudar a esclarecer; pero sí queda ya nítido el planteamiento decisivo: el «omitir» se refiere a un actuar final determinado, cuya ejecución le hubiera sido posible al que permaneció inactivo. ¿Cuándo —y con qué requisitos— existe esta posibilidad de acción?

---

[69] Cfr. V. WEBER, *Grundriß*, p. 53.

[70] V. WEBER, *Grundriß*, pp. 122 ss.

[71] Cfr. V. WEBER, *Grundriß*, pp. 106 ss.

[72] V. WEBER, *Aufbau*, p. 27; cfr., asimismo, pp. 18 ss.

[73] *Vid. infra*, pp. 70 ss.

[74] *Vid. supra*, p. 50.

[75] La aparente contradicción se resuelve teniendo en cuenta que MAURACH requiere siempre «*voluntad* de omisión». Al respecto *infra*, pp. 86 y 87 ss.

III. Desarrollo de los elementos de la omisión a partir del decurso de la acción

A los problemas acabados de plantear conduce, asimismo, otro razonamiento, que ha de incorporarse aquí brevemente:

El que ejecuta una acción (final) es capaz de esta acción; esto es evidente [76]. La realización pone de manifiesto la posibilidad de lo realizado; el sujeto agente revela así su capacidad de acción.

Pero esta capacidad de acción existe no sólo mientras se realiza el acto, sino *también ya al comienzo de la acción*. Es independiente de la ejecución del propio acto, conforma el dominio del hecho del autor. Pero si el señor del hecho no actúa, si no materializa su *capacidad* de acción mediante la realización del acto, entonces *omite* la acción.

De este modo, también estas consideraciones desembocan en la cuestión de los requisitos de la capacidad de acción.

C. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN EN PARTICULAR

I. La posibilidad física de acción

Hay un punto sobre el que, como vimos, reina en doctrina y jurisprudencia casi absoluta unanimidad, el de que ha de existir la posibilidad física (externa, objetiva) de la acción en concreto.

Con ello se alude, por una parte, a las *facultades físicas*, a las *habilidades* manuales, etc., de una persona. Pero también se incluyen aquí los *datos externos*, sin los que no puede llevar a cabo determinada acción: no hay acción de salvamento sin alguien a quien salvar, no hay acción de matar sin alguien a quien matar. Así, pues, debe existir *el objeto sobre el que ha de recaer la acción*, como también deben existir y estar disponibles los medios de auxilio necesarios para realizar la acción [77]. El miope necesita las gafas para apuntar; quien no sabe nadar, si no tiene disponible un salvavidas, no puede socorrer al que se ahoga.

Cabría reducir la suma de estos requisitos externos a que la decisión de un acción determinada —una vez adoptada y mantenida— también puede realizarse [78].

---

[76] Cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 157.

[77] Cfr. *BGHSt.* 2, pp. 296 ss.

[78] A esta fórmula contrae GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 9 y 12) ahora todos los requisitos de la posibilidad de acción: capacidad de «realizar una resolución volitiva concebida», limitándose al hacerlo a factores puramente físicos.

camente en condiciones de comportarse de otro modo», cuando MEZGER requiere la «posibilidad de querer» [84] o —con mayor claridad— cuando GALLAS [85] presupone la posibilidad de la *decisión* de actuar. La capacidad de realizar la voluntad se basa en que se ha conocido (¿o se pudo conocer?) aquello de lo que depende tanto el adoptar la decisión de actuar como su ejecución.

La capacidad de acción tiene, pues, un aspecto intelectual. Quien no sabe que delante de su casa ha ocurrido un accidente, no puede socorrer; quien no sabe ni puede llegar a saber que dispone de un teléfono, no está —dado el caso— en condiciones de denunciar a tiempo un crimen. Quien no tiene conocimiento teórico sobre el tratamiento de determinadas lesiones, no puede adoptar una correcta elección de medios. Así pues, a la capacidad de acción pertenecen todos aquellos requisitos intelectuales que precisamente posibilitan tanto plantearse como realizar un acto. Estos requisitos intelectuales —por distintos que aparezcan según los casos— habrán de ser objeto de estudio más exhaustivo.

III. Capacidad de acción y posibilidad de motivación

Sin embargo, hay que trazar previamente un límite: si la capacidad de acción comprende los requisitos cognoscibles para que se concrete la decisión, ¿acaso no debe extenderse también a la posibilidad de la propia formación de voluntad? ¿No han de tenerse en cuenta *todos* los factores que forman la voluntad, incluidos impulsos, instintos y estímulos? ¿No es también el inimputable incapaz de acción, no se entremezcla, en definitiva, la cuestión de la capacidad de acción con los límites de la libertad de voluntad? [86]

Sin embargo, por el *proceso* de motivación y su «posibilidad» no se pregunta cuando se están verificando los requisitos de la capacidad de acción. Se pregunta si en el acontecer se puede intervenir de modo determinante, no si (y hacia dónde) está determinada la psique del autor. Por diferenciarlo con Nicolai HARTMANN [87]: «La voluntad puede ser libre siendo la acción no libre, y la acción puede ser libre siendo no libre la volun-

---

[84] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 133.

[85] *ZStW*, 67, p. 41.

[86] Parece obedecer a un razonamiento parejo el que STORSBERG (*Nothilfepflicht*, p. 54) se conforme en los delitos de omisión propia con la imputabilidad como requisito de la capacidad individual de acción y, por ende, como requisito del deber. Cfr. también HONIG, *supra*, p. 52.

Consideraciones semejantes llevan ahora a GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 14 ss.) a la consecuencia inversa, la de rechazar la «finalidad *potencial*» como elemento del concepto de omisión, conformándose con la posibilidad de acción exterior puramente física. Lo cual resulta extraño en la concepción de GRÜNWALD, porque él considera a la acción *pensada*, la posible, como acción *final*, incluso en los delitos de omisión impropia imprudentes. Cfr. *supra*, p. 46, nota 12.

[87] *Ethik*, p. 640.

Pero ¿basta esta posibilidad de transformar la voluntad de realización en acontecer causal para la *capacidad de acción* (y con ello para la omisión)?

II. La capacidad de dirección final

No hay duda de que con estos requisitos externos no se ha avistado todavía la posibilidad de actuar final, la «finalidad potencial», pues la decisión de actuar, en la fórmula indicada *supra*, sólo se da por supuesta; esta suposición, sin embargo, sirve simplemente para verificar factores causales externos. La cuestión de la decisión misma y sus requisitos aún no está planteada.

La *realización de la voluntad* no sólo es «posible» cuando están dispuestos el objeto de la actividad y los medios del hecho; hace falta más bien el *empleo* de estos factores, la «dirección final». Ésta no se limita a la decisión de alcanzar determinado fin, con la subsiguiente «inervación muscular», sino que la dirección final requiere supervisión y guía del curso de la acción ya puesto en marcha, hasta tanto se alcanza el fin [79]. Para ello no sólo es necesaria la fuerza de voluntad, sino, asimismo, una medida de intensidad variable —en función de la situación— de *saber* ontológico y nomológico, de conocimiento o cognoscibilidad del entorno exterior en que opera la dirección final y de los medios con los que opera.

Así pues, aun cuando sólo se considera la realización de una decisión *dada por supuesta* como existente, se requieren más condiciones previas que las puramente físicas. Hace falta que exista cierta medida de conocimiento o cognoscibilidad referidos al curso de la acción.

Pero ¿cabe separar y contraponer así la voluntad (la decisión) y la posibilidad de materializar? Con razón subraya N. HARTMANN [80] que existe aquí una interrelación «en tanto que nadie sensato podrá señalarse como fin de su esfuerzo aquello que claramente no está en su poder realizar». «Sin referencia a la situación no se llegaría a voluntad alguna» [81]. Inversamente, la posibilidad de realización de la voluntad presupone que precisamente esta voluntad exista o al menos pueda formarse. Sólo teniendo en cuenta estas complejas relaciones puede responderse la cuestión de la posibilidad de acción *final*.

A esta interrelación se alude ya cuando ENGISCH [82] y E. SCHMIDT [83] requieren «voluntariedad» en el sentido de que «el autor estaba *psicofísi-*

[79] WELZEL, *Strafrecht*, p. 29; *Das neue Bild*, p. 6.
[80] *Ethik*, p. 639.
[81] HARTMANN, *Ethik*, p. 641.
[82] *Kohlrausch-Festschrift*, p. 164.
[83] *Lehrbuch*, p. 170.

tad». «El caso extremo de lo primero lo representa el anhelo impotente hacia lo inalcanzable, de lo segundo, la parálisis de la voluntad, la incapacidad de decidir o la cobardía moral con respecto a lo en sí fácilmente alcanzable».

El por qué no se llegó a la decisión de realizar, aun existiendo todos los conocimientos y facultades necesarios, carece de interés para la «capacidad de acción», para la «libertad de acción externa» en el sentido de HARTMANN. (Es evidente que ello es relevante para la cuestión penal de la *culpabilidad*.)

Quien con amenazas se ve forzado a omitir sigue siendo *capaz* de acción, al igual que conserva la dirección *final* cuando se le fuerza a actuar. Sin duda, también el inimputable puede obrar finalmente. Al obrar, demuestra su capacidad de dirección final. No obstante, el *inimputable* puede ser capaz *de acción* con respecto a otras acciones *no* llevadas a cabo, con tal que reúna los requisitos físicos e intelectuales para ello y la medida de fuerza de voluntad necesaria para la *ejecución* de una acción. Sobre si existió posibilidad de motivación, si la voluntad fue «libre» de obrar, pero no se ha obrado, nada se expresa al verificar la capacidad de acción [35]. Ambas cuestiones pueden y deben separarse.

Se *debe* separar ambas cuestiones, ya que la indagación se encamina por lo general —si bien no necesariamente—, en primer lugar, a si pudo realizarse algo finalmente, y sólo entonces a si para ello existió también la posibilidad de motivación; así pues, se presupone la capacidad de acción cuando se pregunta por la posibilidad de motivación. (Que este planteamiento coincide con el del Derecho penal resulta evidente: sólo se pregunta por la posibilidad de motivarse de conformidad a la norma cuando ya constan la finalidad —el dolo del hecho— o la finalidad potencial.) Preguntar por la posibilidad de motivación sólo tiene sentido y trascendencia práctica cuando previamente se ha afirmado, o al menos se ha dado por supuesta, la posibilidad de actuar finalmente.

Se *puede* separar ambas cuestiones: bien es verdad que no hay acción, no hay finalidad sin su correspondiente proceso de motivación, lo cual induce indebidamente, invirtiendo los términos, a considerar que no hay capacidad de acción sin posibilidad de motivación. Pero aunque toda decisión de actuar finalmente tiene su origen en factores de motivación inabarcables y toda realización de voluntad sigue operando en inabarcables cadenas causales, no por ello me veo forzado a incorporar al concepto de acción las causas de la formación de voluntad y las consecuencias no fina-

[35] Así pues, el concepto de *capacidad* de acción nada tiene que ver con la *necesidad* de acción; lo cual resulta evidente ya, porque de lo contrario la acción ausente habría tenido que producirse. Por otra parte, la capacidad de acción no tiene nada que ver con la libertad última de determinado obrar. Por eso no resulta aconsejable denominar a la capacidad de acción «libertad de acción», pues este concepto implica el equívoco de que incluye la libertad de voluntad. Cfr. HARTMANN, *Ethik*, pp. 644 ss.; *vid.*, asimismo, Egbert PAUL, *Einzelfragen*, pp. 8 ss.

les del efecto de la voluntad. Tampoco existe razón para incorporar la posibilidad de motivación, por una parte, y las posibles consecuencias del posible actuar, por otra, al concepto de capacidad de acción y con ello al concepto de omisión. En el planteamiento metodológico esto constituye *communis opinio;* el que requiere la posibilidad de actuar —como quiera que se determine en particular— para la omisión, para la causalidad o para la antijuricidad, la separa de la posibilidad de motivación (quede sin aclarar la clase de delimitación entre ambas). La «capacidad de acción» (finalidad potencial) no significa ciertamente la posibilidad de ser de una acción en el sentido de categoría de ser posible —no haciendo falta, por tanto, polemizar con la objeción de que lo posible también es real y lo no real también no posible—, sino que la capacidad de acción constituye una propiedad de la persona, deducible de otras cualidades psíquicas y físicas suyas en relación con datos del entorno.

No obstante, a quien le inquiete —porque tenga presente el modo o la categoría de lo posible— concebir la capacidad de acción sin la posibilidad de motivación, puede tranquilizarse con la siguiente fórmula heurística: en la comprobación de la capacidad de acción hay que dar por supuesto que existe la posibilidad de motivación, esto es, que se dan los requisitos de un proceso de motivación conducente a una decisión de actuar en determinada dirección. Así pues, debiendo comprobarse si X es capaz de acción en la conducta de asistir a una fiesta de tiradores en el pueblo A, no hay por qué sondear la mente de X, llegando hasta su motivación endotímica, para indagar qué atracción ejerció la fiesta, sino que ha de indagarse únicamente si X supo que se iba a celebrar la fiesta, conocía el camino y disponía de medios de transporte que supiera utilizar.

Con estas consideraciones se resuelven, asimismo, los reparos esgrimidos contra el concepto de «finalidad potencial», y que se refieren a la versión que WELZEL había dado a este concepto al principio en su teoría de la imprudencia [39]. Tendemos a incluir los requisitos de la «reprochabilidad» en un concepto de «finalidad potencial» porque normalmente consideramos como sustrato del reproche de culpabilidad el «poder obrar de otro modo», y este «poder» parece más fácil que el poder obrar referido a la acción prescrita. Aquí reside al mismo tiempo uno de los motivos de que —como ya vimos— se releguen «a la culpabilidad» todos los elementos de nuestra «capacidad de acción», en ocasiones en su totalidad (así, BINDING y V. WEBER), pero casi siempre en alguna medida. No obstante, ese «poder obrar de otro modo» (como requisito que ha de añadirse al injusto para dar lugar al juicio de culpabilidad) se refiere simplemente a la

[39] WELZEL, *Strafrecht*, 2.ª ed., pp. 23 y 85 ss. Al respecto y en sentido contrario, MEZGER, *Moderne Wege*, p. 28; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 59 nota 66; NIESE, *Finalität*, pp. 40 ss.; MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, pp. 39 ss.; DALCORA, *Conducta*, pp. 42 ss.; E. PAUL, *Einzelfragen*, p. 8; *vid.*, asimismo, los autores citados *supra* (p. 57) en la nota 86. En el sentido del texto ya su *Normentheorie*, pp. 284 y 139 ss.

como fin volitivo posible, o tiene que *habérsela podido representar* con la aplicación debida de sus facultades psíquicas (atención, memoria, etc.)». GALLAS se conforma, pues, también con respecto al fin de la acción (al objeto de la actuación), con el poder darse cuenta.

Con todo, la cuestión de si se es capaz de la acción *a* debe distinguirse nítidamente de la cuestión de si, mediante la acción *b*, uno habría podido alcanzar la capacidad de la acción *a*. En nuestro ejemplo: el guarda podría mirar en torno, podría observar la corriente y darse cuenta de que allí un cervatillo se debate entre la vida y la muerte; es, pues, *capaz de observar* el entorno o incluso de buscar animales salvajes heridos. Sin embargo, aún *no* cabe hablar de la «*capacidad*» de *salvar* al cervatillo de la corriente [96].

Naturalmente, no hace falta percibir el objeto de la acción precisamente *per oculos;* si a nuestro guarda le ha enviado su superior, que ha avistado con los prismáticos al ciervo saltando al agua, el guarda *cuenta* desde el principio *con la posibilidad* de encontrar al animal en estado de apuro. De este modo, conoce el objeto de la acción, si bien no con precisión y con determinación espacial; en esta medida es capaz de acción, y su búsqueda del cervatillo es ya parte de una acción *de salvamento*. También la *experiencia* en todos los ámbitos de la vida contribuye a representarse objetivos como perseguibles. El que, sobre la base de sus observaciones sobre la evolución de la Bolsa, cuenta con (considera posible) que ascienda la cotización de determinadas acciones, puede adoptar la decisión de comprarlas a crédito (para volverlas a vender con margen de beneficio).

Así pues, la capacidad para un obrar determinado se apoya siempre en una *base cognoscitiva*: el conocimiento de, o el considerar posible, el objetivo que ha de alcanzarse —el objeto sobre el que el obrar ha de surtir efectos— es requisito irrenunciable de la concreta capacidad de acción. Sólo a partir del objetivo *percibido* puede planearse y ponerse en marcha la dirección final. En esta medida no basta, pues, requerir, con GALLAS, la cognoscibilidad del objetivo (objeto de la actividad). Bien es verdad que es posible buscar —y ello no es infrecuente— posibilidades de obrar; pero sólo cuando se las ha encontrado, cuando se ha *percibido* un concreto objetivo de la acción, se es capaz de una acción *determinada* [97].

Si se desvanece la base cognoscitiva existente, también desaparece la capacidad de acción. Naturalmente, no por ello se ve influido el juicio de

---

La concepción de GALLAS merece aquí mayor atención por cuanto que se aproxima especialmente al punto de vista, aquí defendido, de la capacidad de acción. Cfr. *supra*, p. 52, e *infra*, p. 87.

[96] Puede haber también —y no es éste el lugar para estudiarlos— deberes de conseguir la capacidad de efectuar determinado obrar; pero entonces precisamente el *cumplimiento de este* deber comporta la capacidad de acción referida a la acción *ulterior*.

[97] Sustancialmente, esta «base cognoscitiva» de la capacidad de acción concuerda con la exigencia welzeliana (*Strafrecht*, p. 176) de «conocimiento de la situación típica» en los delitos de omisión propia.

capacidad de motivación conforme a la norma, es decir, a una «posibilidad de motivación» en sentido específico, no teniendo nada que ver con la «finalidad potencial» en el sentido de la capacidad concreta de *realizar* una acción determinada.

La capacidad de obrar, pues, está referida en sus requisitos únicamente a la posibilidad de dirección final del acto. Es «poder fáctico final» [90], *contiene un «poder genuino»* [91]. *Es —como toda capacidad— una propiedad de la persona.*

IV. Requisitos intelectuales de la capacidad de acción

¿Cómo son los elementos de la capacidad de acción en concreto?, y especialmente: ¿en qué medida se requieren conocimiento y capacidad de conocer? La respuesta se deriva de la observación de cómo se materializa y de cómo se desarrolla la dirección final del acto [92].

a) *La base cognoscitiva: conocimiento del fin de la acción*

«La actividad final es un operar dirigido conscientemente desde el fin» [93]. La capacidad de acción presupone que se *concibe* un *fin* al que se dirige el curso de la acción. «Nadie "pergeña" constructivamente fines concretos, sino que la pluralidad de lo existente en que nos sitúa la vida nos muestra las direcciones de posibles empeños» [94].

Con un ejemplo se verá más claro: un guarda forestal se encuentra a orillas de un torrente; a cierto trecho aguas abajo, un cervatillo herido se debate luchando contra la corriente. El guarda sólo puede «plantearse» la salvación del cervatillo, sólo puede sopesar un acto de salvación, si ha visto al animal. Así pues, *el conocimiento del fin de la acción* (posible), el conocimiento del objeto de la actividad, *constituye el primer requisito de la capacidad de acción*. Este conocimiento no hace falta que consista en una certeza subjetiva; aun cuando para el guarda sea dudoso si lo que ve en el agua es un cervatillo, puede plantearse la acción de salvamento y ejecutarla.

Menores exigencias plantea en este punto a la capacidad de acción GALLAS [95]: el omitente «ha de haberse representado la acción prescrita

---

[90] WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.

[91] Nicolai HARTMANN, *Ethik*, p. 639.

[92] Cfr. con respecto a lo subsiguiente WELZEL, *Strafrecht*, pp. 28 ss.; *Das neue Bild*, pp. 3 ss.; Nicolai HARTMANN, *Ethik*, pp. 191 ss.; *Möglichkeit*, pp. 249 ss.

[93] WELZEL, *Das neue Bild*, p. 3; *Strafrecht*, p. 28.

[94] N. HARTMANN, *Ethik*, p. 641.

[95] *ZStW* 67, p. 41 (cursiva mía).

que la capacidad de acción existió anteriormente: si el guarda, distraído por otro acontecimiento, olvida la situación de apuro del cervatillo, ello en nada altera el hecho de que antes lo podría haber salvado. Lo cual es así también si la acción sólo puede llevarse a cabo en un momento futuro. «Quien olvida llevar a cabo una acción que, con una mayor concentración, *podría haber fijado en su memoria*, la omite» [98].

b) *La cognoscibilidad de la vía de realización*

La dirección final requiere, asimismo, el empleo de *medios* adecuados para la consecución del objetivo conocido. ¿Pertenece a la capacidad de emplear estos medios para alcanzar el objetivo el que sean conocidos dichos medios? ¿Debe *saber* el que es capaz de acción qué vía o qué vías conducen a alcanzar el objetivo de la acción?

Ha de responderse negativamente a esta cuestión, pues *la elección de medios ya es de por sí parte de la dirección final*. Una vez que se ha percibido el objetivo como posible dirección de la acción, a quien está interesado en alcanzar el objetivo se le plantea por sí sola la cuestión de la vía posible. Si el guarda ha advertido la situación del cervatillo y se interesa por eliminar la situación de apuro, él verificará la posibilidad de alcanzar su objetivo: arrojar una tabla al agua, en la que pueda mantenerse el animal, o zambullirse él mismo. Basta con que le sean *cognoscibles* tales posibilidades para decir que es capaz de acción. Si, por el contrario, el guarda no está interesado en la salvación del animal, probablemente no caiga en la cuenta ni siquiera de cómo se desarrollaría una posible acción de salvamento. Nada cambia con ello en el juicio de que es capaz de acción [99].

Así pues, en la configuración del acto basta con que la persona, «haciendo uso de sus facultades psíquicas» [100], *pudiera* calcular por anticipado el curso de la acción. Lo cual le es posible cuando posee el necesario saber causal y, sirviéndose de él, puede advertir, tener presentes y supradeterminar los factores reales decisivos a través de la correcta elección de los medios.

Acerca de la exactitud con la que ha de calcularse el curso de la acción, también basta aquí que la realización sea conocida, o cognoscible, como «*posible*». La dirección final sólo rara vez transcurre con la certeza de alcanzar su objetivo. Casi siempre se adopta la decisión «más bien basada sólo en la mera posibilidad» [101]. *Quien cuenta con la posibilidad de realizar la acción que conduce al fin conocido, o quien puede contar con tal posibilidad, es capaz de acción.*

---

[98] WELZEL, *Strafrecht*, p. 175 (cursiva mía). Cfr., asimismo, *infra*, pp. 164 ss.

[99] KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 341.

[100] GALLAS, *ZStW*, 67, p. 41.

[101] Nicolai HARTMANN, *Ethik*, p. 640.

c) *La influencia el error en la capacidad de acción (la «capacidad de tentativa»)*

El error, ya consista en una representación falsa, ya en la falta de representación, supone la negación del conocimiento de la situación verdadera. Por eso, al comprobar si (y cuándo) para la capacidad de acción se requiere conocimiento o cognoscibilidad, ya se aborda la «problemática del error» en esta dirección. Estos supuestos de error, alguno de los cuales conduce a excluir la capacidad de acción, se volverán a mencionar en lo sucesivo sólo con vistas a completar la panorámica, esto es, a enumerar globalmente *todas* las posibilidades de error. Y es que también en el ámbito de la capacidad de acción existe el «error inverso», cuya manifestación y efectos se estudiarán ahora en particular.

La plena capacidad de acción requiere —como hemos visto— que el plan del hecho proyectado o proyectable pueda ponerse en práctica en la realidad: la «posibilidad física de acción». En seguida se evidencia que aquí puede surgir una discrepancia entre capacidad «subjetiva» y posibilidad «objetiva», discrepancia entre la primera fase de la dirección final —captación del objetivo y anticipación del curso de la acción— y la segunda fase, la materialización del plan del hecho en la realidad [102]. Ciertamente no cabe concebir ninguna decisión de obrar sin que el sujeto actuante se conceda al menos la posibilidad de alcanzar el objetivo; pero ahí reside, asimismo, ya la posibilidad de equivocarse con respecto al objetivo o de sobreestimar las propias facultades.

Existen, pues, los siguientes supuestos de error en el ámbito de la capacidad de acción y, por tanto, de la omisión [103]:

1. Las representaciones erróneas pueden existir ya con respecto al propio objetivo de la acción:

a) No se advierte la posible dirección de la acción; quien no sabe que ha acaecido un accidente no puede prestar ayuda.

Este supuesto ya se ha tratado, debiendo añadirse ahora que el posterior desconocimiento del objetivo de la acción elimina la capacidad de acción: si al principio el cazador duda sobre si tiene ante sí un jabalí o un tronco, y llega a la falsa conclusión de que se trata de un tronco, se elimina la capacidad concreta de abatir el jabalí.

---

[102] *Cfr.* WELZEL, *Das neue Bild*, pp. 4 ss.

[103] Nótese, cautelarmente, que en lo subsiguiente no se va a facilitar solución alguna de los supuestos de error penalmente relevante (p. ej., en el sentido del error sobre el tipo). El que tengan o no efectos dogmáticos —y cuáles— los errores que han de tratarse, se investigará en el ámbito de los *delitos* de omisión. Pero ha de señalarse ya aquí que las consideraciones subsiguientes tienen trascendencia para fenómenos dogmáticos que —invirtiendo su signo— se corresponden con el error sobre el tipo y la tentativa inidónea.

el que se ahoga, quizá para darse cuenta al final de que le resulta imposible izar al bote a la persona semiinconsciente sin que zozobre y fracase, por tanto, el resultado de salvación.

d) *Síntesis*

La *capacidad de obrar final* requiere como *base cognoscitiva* de la *dirección final* la captación de la dirección de la acción *posible* (del objetivo de la acción, del objeto de la intervención, de la «situación típica»); para lo cual se requiere al menos considerarla posible. Para planear el *curso* de la acción basta la *cognoscibilidad* del medio de la acción; expresado en estilo conceptista: la «posibilidad de considerar posible» la realización de la voluntad basta para verificar la «capacidad de acción» y la omisión.

Como la capacidad para *planear* la acción no necesita coincidir con la posibilidad de la *realización* objetiva, hay que distinguir tajantemente entre la capacidad de acción (plena) en el sentido de consecución posible del fin y la capacidad de una acción de tentativa (inidónea).

V. Las consecuencias imprevistas de la acción posible y el concepto de omisión

a) La «capacidad de tentativa» a la que nos hemos referido viene caracterizada por que la capacidad para planear el hecho va más allá de las posibilidades del proceso real; el rendimiento objetivo queda por detrás de la capacidad subjetiva de planear.

Pero también cabe concebir el supuesto inverso: que la capacidad para la dirección final quede por detrás de la posibilidad física de materializar resultados [104]. En puridad, ello ocurre en toda omisión, pues, invirtiéndola, es aplicable a la omisión la idea de WELZEL acerca de las consecuencias de la acción: «Dado que los efectos de una pluralidad de causas prosiguen hasta el infinito, también los efectos de una acción son ilimitados en principio. La persona únicamente puede prever una parte de estos efectos y así supradeterminarlos finalmente» [105].

En la omisión, ello se manifiesta así: X podría haber llevado a cabo la acción *a*. Dado que no ha realizado esta acción —a pesar de su capacidad de hacerlo— se da una omisión. Si hubiera realizado la acción omitida *a*, además de la acción *a* y su consecuencia planeada *x*, se *habrían* producido las consecuencias no pretendidas *y* y *z*. Por recurrir a un ejemplo conocido: el gamberro pudo, y probablemente incluso lo sopesó, romper de una

[104] La «evitación de un resultado» es a su vez un «resultado».
[105] WELZEL, *Das neue Bild*, p. 6.

b) Si se supone *erróneamente la concurrencia de un objetivo* (objeto de la intervención), no existe la capacidad de acción «plena», la capacidad de alcanzar el objetivo, sino sólo la capacidad de una acción de tentativa (inidónea): el cazador dominguero que se imagina ver en la espesura un venado puede sólo intentar (inidóneamente) abatirlo; el muchacho que cree que es de mazapán, y no de cartón, la Liebre de Pascua que le han regalado sólo puede emprender la tentativa, forzosamente fallida, de comer mazapán. Y sólo cabe omitir tal tentativa.

Sin embargo, esta «capacidad de tentativa» se da también cuando el omitente no advierte que en su dirección de acción posible actúa o actuará otro para conseguir el mismo objetivo: si A no se da cuenta de que ya B va a salvar a C, que se encuentra en peligro, *objetivamente* A *no* puede alcanzar el resultado de salvación, sino sólo efectuar una *tentativa* de salvación. A cree erróneamente en la persistencia del peligro y con ello de la situación que quiere eliminar; supone erróneamente que aún existe su objeto de intervención.

2. Asimismo, el error puede surgir con respecto a la posibilidad objetiva de realización. Aquí resulta importante que, con respecto a la *vía* para alcanzar el objetivo, basta el *poder* darse cuenta para afirmar la capacidad de acción:

a) Comencemos por el supuesto ya mencionado antes: si quien permanece inactivo no se ha dado cuenta del medio objetivamente disponible, ni tampoco podría haberse dado cuenta, falta la capacidad de acción. El que no sabe nadar, y no sabe ni puede darse cuenta de que cerca hay disponible un salvavidas, no puede socorrer al que se ahoga.

b) Sin embargo, si al buscar una posibilidad de salvación se habría dado de bruces con el salvavidas, sí fue capaz de acción. Y ello porque pudo darse cuenta del medio de salvación —orientando su obrar por su objetivo de salvar— y emplearlo.

c) Quien pudo llegar a la *conclusión* objetivamente *errónea de que determinada acción era factible* es capaz de una acción de *tentativa*.

Si, en el último ejemplo, no existía objetivamente ningún medio de salvación, pero el que no socorrió creyó ver un salvavidas, fue capaz de *tentativa* de salvación y ha omitido esta tentativa.

Igualmente ocurre cuando el que no socorre, de haber puesto interés en encontrar un medio de salvación, habría tenido que caer en la cuenta de que tenía disponible un medio de salvación (el salvavidas).

En todo caso, hay que tener presente que las acciones múltiples se dividen en distintas fases para el sujeto que va planeando obrar, y que, por tanto, la elección de los medios sólo puede tener lugar por fases: A, que no sabe nadar, ve a alguien que se ahoga; piensa en la salvación, ve un bote en la orilla y busca los remos; suelta las amarras del bote y lo dirige hacia

pedrada los cristales de la cocina de la señora X, a la que detestaba. Que ello hubiera acarreado la consecuencia de evitar que la señora X no se asfixiara por un escape de gas quedaba fuera de su representación. El muchacho sólo ha «omitido» aquello que habría podido hacer con voluntad de realización: el romper los cristales, pero no la salvación de la señora X.

El curso causal hipotético conexo a la realización del curso de la acción dirigible, finalmente, queda fuera del concepto de la omisión. Y ello porque la omisión es —como ya se ha puesto de manifiesto— *actividad final* posible. La no realización de consecuencias no pretendidas no es «omisión». Asimismo, en puridad sólo cabe hablar de «evitación omitida del resultado» cuando el que no socorre habría estado en condiciones de efectuar una acción dirigida a la evitación del resultado, p. ej., una acción final *de salvación*. La empleada de hogar que, al regar la terraza, riega también las flores que se encuentran en el distante desagüe, flores que ni siquiera había visto, no lleva a cabo una acción de «regar las flores». Si no tiene lugar el suceso entero, ciertamente se ha omitido el «*asear* la terraza», porque existía la correspondiente capacidad; en cambio, no se da la omisión de «regar las flores» porque *esta* consecuencia de regar la terraza no le era conocida a la empleada de hogar y, consiguientemente, no pudo ser dirección posible de la acción.

b) Las consideraciones hasta aquí formuladas refieren la omisión a una acción final; por capacidad de acción se entiende únicamente la capacidad de obrar final. Sólo esto aparece con sentido, sólo esto se ajusta al lenguaje común. Sin embargo, lo dicho sugiere la cuestión de si el concepto de «omisión» puede referirse a la acción en el sentido del concepto causal de acción [106].

El concepto causal de acción requiere un movimiento corporal ocasionado por un acto volitivo; «a la acción pertenece todo lo que se causa por la voluntad y por el movimiento corporal ocasionado por ésta» [107]. Lo que con ella se pretenda es completamente indiferente; «en cuanto al contenido, *puede* haberse querido todo, esto o lo otro, e incluso *nada*» [108]. Según lo cual, el ocasionar la salida del gas rompiendo de una pedrada el cristal es siempre una acción *de salvación*. Si la acción no es sino efecto de la voluntad, por *omisión* referida a este concepto causal de acción ha de entenderse el omitir el «efecto posible de la voluntad». Para ello se requiere, entonces, la «posibilidad de la voluntad» [109] y la posibilidad de la efica-

[106] A efectos terminológicos, repárese en lo siguiente: más vale no hablar de «concepto final de omisión», pues entrañaría el equívoco de que la finalidad se refiere al propio omitir. También sería equívoco el término «concepto causal de omisión» porque fácilmente aparecería como expresión de la tesis de que la omisión es causal.

[107] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 108.

[108] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 109, nota 13 (cursiva en el original).

[109] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 133.

cia causal de esta voluntad [110]. De conformidad con lo cual habría que llamar omisión de salvar la vida al hecho de que el muchacho de nuestro ejemplo omita lanzar la piedra que habría quebrado el cristal, evitando así la asfixia por inhalación de gas. Así pues, aquí la omisión no sería «finalidad potencial», sino «causalidad potencial» [111]. No obstante, incluso los partidarios del concepto causal de acción sólo muy rara vez utilizan el término «omisión» en el sentido de «realización de voluntad posible» o «causalidad potencial» [112]. Sólo se habla de «omisión de salvar la vida» cuando la madre, cruzada de brazos, dejó hundirse a su hijo en el agua sin intervenir para salvarlo, habiendo podido hacerlo. Si simplemente había olvidado cerrar la puerta del jardín, lo que permitió que el niño corriese hasta la orilla, sólo se habla de omisión de cerrar la puerta, *por* lo cual se «realizó» la muerte del niño.

Aquí, en el ámbito de la omisión, sí se efectúa la cesura que se rechaza en el hacer activo: el concepto de omisión se refiere, desde el principio, al actuar final, porque por acción posible se entiende una acción *posible con voluntad de realización*. Así, se distingue entre la «acción posible» y su «consecuencia posible» [113].

No es tarea de esta investigación —ni de un «finalista»— ocuparse de la cuestión de la transformación del concepto causal para el ámbito de la omisión, y de su utilidad. La polémica con conceptos de acción (y doctrinas del injusto) divergentes sólo puede recogerse en tanto que despliegue efectos directos sobre el objeto de la investigación o bien haya alguna verificación que fuerce a ello. Con todo, cabe señalar aquí ya, sin necesidad de más profundo debate, lo siguiente: no presenta dificultades el «invertir» el concepto «causal» de acción para el ámbito del no hacer. Al igual que al concepto final de acción le corresponde un concepto de omisión, que lleva la impronta de la finalidad potencial, así lo análogo al concepto «causal» de acción es un concepto de omisión basado en la causalidad «potencial». A la «actuación de la voluntad» le corresponde la posibilidad de ésta. A tal «posibilidad de la voluntad» ha de conectarse,

---

[110] Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, p. 137.

[111] NEESE (*Finalität*, p. 43) equipara la «causalidad potencial» al «peligro», con lo cual, sin embargo, se expresa ya que está en cuestión la lesión de un bien jurídico. Esta premisa es contraproducente en el ámbito ontológico, al que pertenecen tanto el nexo causal como el nexo final. Si en el texto se habla de «causalidad potencial» no es debido a la incertidumbre relativa a la producción de consecuencias causales, p. ej., desde el punto de vista de un observador (en el sentido de las teorías de la adecuación). Si se denomina «potencial» el nexo causal tratado en el texto es porque está vinculado a un *posible acto volitivo humano*.

[112] *Vid. supra*, pp. 46 ss.

[113] Cfr., p. ej., MEZGER, *Lehrbuch*, p. 137. De la omisión impropia es «requisito imprescindible la *posibilidad* de llevar a cabo la acción prescrita y la *posibilidad de surtir efecto* en dirección al resultado conminado con pena» (cursiva mía)

En tal sentido la jurisprudencia, al aplicar la teoría de la condición: la acción *que hay que añadir mentalmente* para verificar la «causalidad» de la omisión, ¡es siempre una acción *final*! Cfr. *RGSt*, 75, p. 50; *RGSt*, 63, p. 393: llevar encendidas las luces de la bicicleta.

D. OBJECIONES AL RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

I. ¿Es la omisión un mero concepto jurídico?

a) *Omisión y ordenamiento jurídico*

La investigación llevada a cabo hasta ahora ha puesto de manifiesto que la omisión queda constituida por la capacidad concreta de acción y la ausencia de la realización de esta acción. Es evidente que para ello resulta completamente indiferente la existencia de un mandato jurídico o de una valoración jurídica. De donde se deduce, a la inversa, que la existencia de la omisión es independiente de que esté prescrita la acción determinada a la que se refiere el concepto de omisión. Ciertamente, el ordenamiento jurídico no puede hacer surgir mediante requerimientos o valoraciones lo que de otro modo no existiría: *el acento valorativo no hace surgir algo de la nada, sino que sólo puede convertir algo en algo valorado* [117].

En realidad, es una idea difícilmente viable la de que tres palabras del legislador no sólo pueden convertir en papel de desecho bibliotecas enteras, sino que también pueden crear o suprimir omisiones. Naturalmente, de manera puramente *conceptual* sería posible limitar la «omisión» a la ausencia de acciones *prescritas* jurídicamente. Así se convertiría el término «omisión» en sinónimo del concepto «delito omisivo» o bien del tipo de delito omisivo; se llamaría omisión únicamente a la omisión jurídicamente relevante.

Resulta evidente que así no habría que tocar ni una coma en la realidad. Simplemente, habría que buscar otro concepto distinto para lo que en esta investigación se llama omisión. Sin embargo, si las palabras han de mantener su sentido, al menos aproximadamente coincidente con el del lenguaje común y con su origen etimológico, no hay que limitar el concepto de «omisión», como tampoco el de «acción», al terreno jurídico. Creo haber puesto de manifiesto que ello también se ajusta al lenguaje dominante en doctrina y jurisprudencia [118].

En estrecha conexión con la cuestión de la naturaleza prejurídica de la omisión se halla una concepción que requiere una consideración detenida: la idea de que para la omisión resulta determinante una «expectativa».

---

[117] Naturalmente, KIELWEIN (*GA*, 1955, p. 229) afirma que «no existe un omitir prejurídico, sino que es el no llevar a cabo un hacer esperado determinado desde el ordenamiento valorativo lo que precisamente por ello constituye una omisión que adquiere relevancia jurídico-penal». En la primera parte de esta frase se afirma que no existe un «omitir prejurídico», mientras que, de acuerdo con la segunda parte, la omisión, debido a la expectativa del «ordenamiento valorativo», adquiere «relevancia jurídico-penal». Pero ¿lo que es relevante tiene que serlo también con independencia del «ordenamiento valorativo» que lo convierta en relevante? En sentido similar a KIELWEIN y a BETTIOL, *Problema*, p. 90.

[118] Cfr. *supra*, pp. 48 ss.

entonces, una posibilidad de seguir surtiendo efectos causal (no final), un nexo causal hipotético. Si no se teme *llamar* «omisión» a esta «causalidad potencial», junto con la ausencia de la causalidad real, queda así determinado un concepto de omisión consistente en el concepto causal de acción con signo inverso.

VI. El significado de la capacidad de acción para el concepto de omisión

La capacidad de acción debe, pues, quedar limitada a aquella parte del curso causal hipotético al que puede referirse la capacidad de dirección *final*. Las posibles consecuencias no finales de la acción (final) posible quedan fuera del concepto de capacidad de acción y, por tanto, fuera del concepto de omisión. La capacidad de acción significa únicamente la capacidad de dirección final. El ocasionamiento de resultados que quien permanece inactivo ni siquiera se representa como posibles no puede ser objeto de la capacidad de acción y, por tanto, tampoco de la omisión.

Con la capacidad de acción, la omisión alcanza su configuración sólida; «razonablemente, sólo puede caracterizarse a la omisión como "finalidad potencial", como ausencia de un determinado acto en aquel que habría sido *capaz* de realizarlo» [14]. «Únicamente el dominio del hecho, concretamente posible o potencial-final, de una persona, convierte a un no hacer en omisión» [15]. Con la capacidad de acción como elemento constitutivo, la omisión llega a ser más que mero concepto negativo y de referencia, llega a ser —como destaca WELZEL— un «concepto limitador» [16].

Se pone así de manifiesto que la omisión es una forma de conducta humana y que posee un sustrato real. Bien es verdad que precisamente se niega la existencia de la acción, pero la capacidad de esta acción requiere una comprobación *positiva*; sirve de base a un juicio de existencia. Así pues, en la «finalidad potencial» la «finalidad» es irreal, mero elemento de referencia, pero la «potencialidad» sí tiene realidad.

---

[14] KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 284.
[15] WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.
[16] WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.

b) *La teoría de la expectativa*

1. El hecho de que sólo se puede omitir una acción esperada es una idea tan extendida como de múltiples variantes. Históricamente, se remonta hasta los comienzos de la teoría del deber jurídico, de la que surgió por disociación [119]. No significa aquí (en el ámbito de la omisión impropia), en principio, más que la propia teoría del deber, a saber, que una acción con respecto a la que existe un *deber jurídico* también resulta «esperada». Viceversa: sólo cabe «esperar» una acción si se tiene derecho a ella; pero sólo se tiene derecho a una acción si el otro está obligado a la acción. Esta estrecha imbricación de la idea de la expectativa con la teoría del deber, la equiparación de «expectativa» y «mandato», es inherente a esta idea hasta hoy.

Como metáfora del deber jurídico, la expectativa parecía al principio ser útil para fundamentar la *causalidad* del omitir [120]; al respecto desempeña algún papel la confianza en una acción esperada.

Inversamente, V. LISZT limitó la infinitud del nexo causal derivado del reconocimiento de la causalidad del omitir mediante la idea de la «expectativa»: a su ya citada idea de que omitir significa «no hacer algo» añadió: «y no hacer algo que era esperado, debido» [121]. Esta definición la mantuvo V. LISZT —aun después de abandonar la causalidad del omitir— completándola con la incorporación de la posibilidad del obrar.

Con el Tratado de V. LISZT comenzó la marcha triunfal de la teoría de la expectativa. En V. ROHLAND se concreta en «*principio* de la expectativa» [122]; hoy aparece en GALLAS [123] como «categoría de la expectativa».

Naturalmente, antes le había dado otro acento a esta teoría el autor del «concepto sintomático del delito», KOLLMANN [124], en quien la omisión se desplaza completamente a la esfera *ideal;* la omisión es «el *juicio* de discrepancia entre el comportamiento real del sujeto volitivo y el imaginado como relativamente *posible*» [125]. MEZGER asumió este razonamiento de

---

[119] Acerca de los comienzos de la teoría de la expectativa, cfr. BINDING, *Normen*, II, pp. 539 ss.; claro que BINDING trata la teoría sólo con respecto al problema causal de la omisión impropia.

[120] Cfr. GESSLER, *Über den Begriff und die Arten des dolus*, pp. 245 ss.; ORTMANN, *GS*, 26, pp. 446 ss.; WACHENFELD, *Lehrbuch*, p. 94; V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, pp. 258 ss., especialmente p. 262; en parte también FINGER, *Deutsches Strafrecht*, I, pp. 292 ss., y DOHNA, *Aufbau*, p. 22.

[121] V. LISZT, *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 116.

[122] V. ROHLAND, *Kausallehre*, pp. 19 ss.

[123] *ZStW*, 67, p. 10, nota 30.

[124] *Handlungsbegriff*, pp. 157 ss. y 189 ss.; *ZStW*, 29, pp. 385 ss.

[125] KOLLMANN, *ZStW*, 29, p. 385. Naturalmente, también desde el punto de vista de KOLLMANN está fuera de lugar en esta definición el concepto de comportamiento, como demuestra gráficamente M. E. MAYER (*Allg. Teil*, p. 18): «P. ej., un delincuente ha contado con que no lo van a descubrir, pero es descubierto»; según KOLLMANN, «el descubrirlo es una omisión de la policía». MEZGER (*Lehrbuch*, p. 132, nota 7) confunde en su antiteórica el objeto de la crítica de M. E. MAYER, esto es,

KOLLMANN: «»El que la acción fue "*imaginada*" por el juzgador es algo constitutivo para el concepto y esencia de la omisión» [126].

La teoría de la expectativa ha estado muy extendida hasta la actualidad [127], si bien no ha pasado de ser una metáfora del deber jurídico. Pocos autores se han posicionado expresamente en contra de ella [128].

2. Así pues, si la teoría de la expectativa ya merece nuestro interés por su vitalidad, en conexión con esta investigación alcanza trascendencia porque —al menos en alguna de sus variantes— con ella se niega directa o indirectamente la naturaleza prejurídica de la omisión como forma de comportamiento humano. Evidentemente, para un análisis crítico hay que disociar los distintos elementos que confluyen en esta teoría:

a) Huelga entrar a discutir la idea de que la causalidad de la omisión cabe derivarla de la «expectativa defraudada». Ya BINDING le objetó a esta concepción: «La ausencia de la acción esperada lo único que tiene de causal es que nos fuerza a corregir nuestra idea del curso causal» [129].

b) En tanto que la «acción esperada» no pasa de ser una metáfora de la «acción prescrita», ya se tomó postura al respecto al principio de este epígrafe.

c) A menudo puede que no se exprese con el «principio de la expectativa» sino que para la omisión es necesario «añadir mentalmente» una acción (la omitida). Con ese añadir mentalmente —como ENGISCH [130] ha explicado— se pone de manifiesto la relatividad del concepto de omisión, la referencia de la omisión a una acción *determinada*, no realizada.

Así pues, para *verificar* una omisión se requiere de hecho «*imaginar*» una acción determinada. No obstante, este añadir mentalmente una acción no es algo discrecional, sino condicionado. El añadir mentalmente sólo procede para acciones sujetas al concepto de poder fáctico final potencial. Únicamente resulta pertinente imaginar determinada acción omitida si existe la capacidad concreta de acción. Para ello, cabe plantear la cuestión en dos direcciones: por una parte, desde la persona, preguntando: ¿qué

---

el concepto de comportamiento en la fórmula referida de KOLLMANN. Si en ella, en lugar de comportamiento, estuviera la «acción», tendría razón MEZGER; pero entonces no habría habido motivo de crítica para MAYER.

[126] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 132; cursiva de MEZGER.

[127] Cfr., p. ej., además de los ya citados, ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 101; BETTIOL, *Problema*, p. 90; DOHNA, *Aufbau*, p. 21; R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 153; KIELWEIN, *GA*, 55, p. 229; LANDSBERG, *Commissivdelikte*, pp. 21 y 23, nota 1; MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 170, 175 ss.; SAUER, *Allg. Strafrechtslehre*, p. 90; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, introd. V, 1; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 8 ss.; BOLDT, *ZStW*, 68, p. 347; reminiscencias también en G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, p. 27; BAUMGARTEN, *Aufbau*, pp. 153 ss.

[128] M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 108; DALL'ORA, *Condotta*, pp. 11 ss.; NAGLER, *GS*, 111, p. 1 nota 1; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 169, nota 1; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 174 ss.

[129] BINDING, *Normen*, II, p. 540.

[130] *MoKrimPsych.*, 1939, p. 424.

e) En cambio, GALLAS objetaría —como también cabría hacerlo desde la concepción de MEZGER— que la «expectativa» alude a algo más que al interés en la «verificación» por parte de un «juzgador» [141], de que más bien hay que llenar la «fórmula sin contenido» del «ser esperado» con el «motivo por el que se espera» [142]. Así la «categoría de la expectativa» se convertiría en una dimensión general, objetiva, al margen del juzgador individual; para el ámbito del Derecho se convertiría justamente en el estar prescrito [143].

Frente a esta concepción hay que preguntar, en primer lugar, si contiene una contraposición *material* (o quizá sólo *terminológica*) a la tesis que aquí se defiende sobre la estructura de la omisión. Para MEZGER y GALLAS son *tres* los elementos constitutivos de la «omisión»: 1) la ausencia de una acción determinada por parte de una persona determinada; 2) la posibilidad de acción [144]; 3) el «que el hacer fuera esperado» [145].

Por el contrario, de acuerdo con el resultado de esta investigación, sólo los dos primeros requisitos —ausencia de una determinada acción y capacidad para ese obrar— son constitutivos del concepto de «omisión». En esta medida, no media sino una diferencia puramente terminológica, como ya se aclaró antes [146]. Únicamente existiría diferencia material si GALLAS negara la existencia *pre*jurídica de lo que *aquí* se denomina omisión.

Pero no ocurre así: con respecto a la concepción de WELZEL de que la «posibilidad de llevar a cabo una acción determinada es elemento constitutivo de la omisión», señala GALLAS [147]: «De ser esto correcto, resultaría de hecho un concepto... prejurídico de omisión. No obstante, no "omite" quien no lleva a cabo una acción que no era esperable desde ningún punto de vista en absoluto». De ahí se deduce con claridad que también para GALLAS la no producción de una acción determinada por parte de alguien capaz de esa acción es algo *«prejurídico»*, a lo que le escatima el término «omisión» por faltarle la «expectativa».

f) En vista de esta coincidencia material, podría no pasar de ahí esta discrepancia terminológica para el avance de esta investigación, de no haber tenido la teoría de la expectativa pluralidad de irradiaciones sobre la estructura del sistema, las cuales resulta pertinente tratar aquí. No se dis-

---

[141] Estos conceptos también se encuentran, desde luego, en GALLAS, *ZStW*, 67, p. 10.

[142] GALLAS, *ZStW*, 67, pp. 9 ss.

[143] Cfr. GALLAS, *ZStW*, 67, p. 10: «Obviamente, la existencia de un mandato jurídico de obrar no es más que uno de los posibles motivos por los que puede esperarse determinado hacer. La expectativa puede basarse, asimismo, en otro sistema normativo (ética, moral), pero también en un juicio empírico de probabilidad (o posibilidad) ... o en un juicio en función de los fines que el omitente persigue (o se le suponen)». En términos semejantes ya LANDSBERG, *Comissivdelikte*, p. 23 nota 1.

[144] Resaltados precisamente por MEZGER y GALLAS, con razón.

[145] Puede pasarse aquí por alto el hecho de que tal vez MEZGER y GALLAS alteren la secuencia de estos tres requisitos.

[146] *Vid. supra*, p. 70.

[147] *ZStW*, 67, p. 9, nota 28.

pudo hacer X, qué acciones le eran posibles en un determinado momento? Por otra parte, también cabe plantear la cuestión —con el mismo fin de verificar la capacidad de acción y con ello la omisión— desde la acción: ¿pudo la acción (imaginada) *a* llevarse a cabo por parte de X? Ésta es la dirección en que inquiere el juez penal.

No obstante, en *ambos* supuestos el añadir mentalmente una acción concreta sirve meramente para verificar la capacidad de acción y con ella la omisión. Lo que queda como constitutivo para la omisión es el poder fáctico final potencial y la ausencia de su realización.

d) Sin embargo, KOLLMAN y MEZGER, así como GALLAS, se refieren a algo más al hablar de «acción esperada» o «imaginada». El «añadir mentalmente», el «esperar», entraña relegar a la omisión a la esfera del juzgar y de lo normativo [131], con la consecuencia, que KOLLMANN [132] y MEZGER [133] extraen en serio, de que «no es el omitente, sino el que juzga, quien materializa la omisión». Esta tesis se aproxima sospechosamente a la concepción de LANDÁBURU [134] y COSSIO [135] de que «el delito surge en el juicio como interferencia de la conducta de juez e infractor» [136].

Por otra parte, la concepción de KOLLMANN y MEZGER se basa en el malentendido de equiparar el proceso del juicio y el juicio mismo. De todos modos, como WELZEL [137] advierte, la pregunta por una determinada omisión requiere un *interés* del que pregunta por una determinada acción, una «expectativa», pues cada persona tiene, en todo momento, la capacidad de llevar a cabo toda una serie de acciones [138]. Con razón señala ENGISCH: «La vida de toda persona representa en cierto modo una línea de acción en la que hay muchísimo que se debe y se puede dejar no hecho, omitido, habiendo de elegirse en cada instante una (y sólo una) acción que llevar a cabo» [139]. Sin interés por una determinada acción, no llega a plantearse la cuestión de si ésta no se ha emprendido y la de si existía poder fáctico. «Por el contrario, la *respuesta* a esa pregunta es un juicio puramente objetivo orientado a si la acción de marras estaba en manos del autor y no fue llevada a cabo por éste» [140]. Carece de importancia para la existencia de este juicio objetivo el que haya de realizarlo una persona concreta, o cualquier otra, o si el omitir ha de verificarse durante la omisión o después de ella.

---

[131] Cfr. KOLLMANN, *ZStW*, 29, p. 385; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 132; *Moderne Wege*, p. 16.
[132] *ZStW*, 29, pp. 390 ss.
[133] *Lehrbuch*, p. 132.
[134] *Revista de Derecho penal*, vol. I, Buenos Aires, 1945, citado por COSSIO (nota siguiente).
[135] *Österr. Zeitschrift f. öffentl. Recht*, 1948, pp. 375 ss.
[136] En contra de esa tesis KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 57, nota 117.
[137] *Strafrecht*, p. 175.
[138] WELZEL, *Strafrecht*, p. 175.
[139] ENGISCH, *MoKrimBiol.*, 1939, p. 423.
[140] WELZEL, *Strafrecht*, p. 175; coincidente DALL'ORA, *Condotta*, p. 12.

cute aquí aún la división del sistema en acciones, por una parte, y omisiones, por otra; lo que, a mi juicio, es lo que menos dificultades ofrece. Que «para el enjuiciamiento jurídico el no hacer sólo llega a ser omisión si se opone a la expectativa del ordenamiento jurídico (mandato de obrar)» [48] resulta terminológicamente muy incómodo —pues entonces toda omisión es *per se* típica—, aun cuando quepa resolverlo eligiendo conceptos distintos.

Más importantes objeciones existen en otra dirección: de tomarse en serio la «categoría de la expectativa», no cabe limitarla al ámbito de la omisión, sino que ha de extenderse al de la acción. Dicho de otro modo: no sólo con respecto a acciones hay «motivo» de «expectativa», sino, asimismo, con respecto a omisiones; no sólo se defraudan expectativas *no* obrando, sino con mucha mayor frecuencia *obrando*. El que le ha pedido a su vecino que no toque la bocina al volver a casa por la noche tiene toda la razón para esperar que ya no se toque la bocina. ¡Y lo defraudado en su expectativa que se sentirá si a la noche siguiente se ve despertado por un bocinazo!

Esta reflexión de que también cabe defraudar una expectativa llevando a cabo una acción ilustra al mismo tiempo un argumento que suele esgrimirse en favor de la teoría de la expectativa: «No tiene sentido, p. ej., decir de un huésped de un acto social que transcurre en la mayor armonía que ha "omitido" abofetear al anfitrión a pesar de haber tenido en todo momento el dominio del hecho para ello» [49]. Ciertamente «no tiene sentido» *«decir»* esto, pues si nadie «espera» la bofetada, a nadie le interesa *comprobar* que no se produce. Sin embargo, igualmente tampoco «tiene sentido» decir que X tiene una cerilla en la caja que lleva, a no ser que a alguien le *interese* esta *constatación*. Numéricamente, las omisiones son más frecuentes y además globalmente menos interesantes, por eso más raramente tiene sentido constatarlas. Pero este dato estadístico no fundamenta especialidad alguna para con el principio de la «expectativa».

Ahora bien, quedémonos en la más fácilmente entendible «categoría de la expectativa», en las normas del ordenamiento jurídico: no sólo se pone de manifiesto una «expectativa del ordenamiento jurídico» en los *mandatos* de obrar, sino también en las *prohibiciones* de obrar. ¡Lo único es que en un caso se «espera» una *acción* y en el otro una *omisión*! En ambos supuestos, por el mismo «motivo», brindado por el ordenamiento jurídico. La defraudación de la expectativa de acción constituye el delito de omisión; la defraudación de la expectativa de omisión, el delito de comisión.

Evidentes son las dificultades que para la teoría de la expectativa resultan de este paralelismo innegable: en primer lugar, se plantea la cues-

[48] GALLAS, ZStW, 67, p. 11.

[49] GALLAS, ZStW, 67, p. 9, nota 28.

ción de sí, consecuentemente, también hay que limitar el ámbito de las acciones a aquellas en las que se «esperan» omisiones; pero nadie estará dispuesto a extraer esta consecuencia.

Por otra parte, parece insinuarse un círculo vicioso: si también cabe «esperar» omisiones —y al respecto las normas de prohibición no dejan duda alguna— ¿pueden entonces estas omisiones esperadas referirse a su vez a acciones esperadas? No puede decirse —con arreglo a la teoría de la expectativa— que se ha omitido el hurto si no se tienen razones para esperar que el ladrón vaya a hurtar. Pero si del § 242 StGB se deriva la expectativa de que se omita el hurto posible, entonces sólo puede acaecer esta omisión esperada si existía motivo para esperar el hurto; ¡si no, no existiría omisión! O bien *este* omitir se materializaría a pesar de *faltar* la expectativa del obrar contrario. Pero entonces se estaría abandonando el punto de partida.

3. Me da la impresión de que precisamente también en estas fricciones se manifiesta el carácter metafórico que desde sus inicios lleva aparejado la teoría de la expectativa.

No obstante, debido a todas estas objeciones no deben pasarse por alto las ideas que precisamente la teoría de la expectativa ha aportado a la doctrina de la omisión: que «omitir» no puede ser idéntico a inactividad corporal fue evidente desde el principio para esta teoría. Pero sobre todo es mérito suyo haber subrayado especialmente que la posibilidad de obrar es requisito de la omisión: «Lo imposible no se espera» [150]. Al respecto, fue provechosa justamente la identificación de expectativa y deber, pues garantizó que la posibilidad de acción se integrara en el lugar dogmáticamente correcto: como requisito del deber, en el ámbito del injusto.

Gran importancia reviste, asimismo, la idea, destacada por MEZGER, pero también por GALLAS, de que la «acción esperada» representa la «clave del delito de omisión» [151], posibilitando así «la traslación a los hechos omisivos de todos los puntos de vista obtenidos en el hecho comisivo» [152]. En esto ha de incidirse.

---

[150] GALLAS, *ZStW, 67*, p. 9, nota 28; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 8. Lo cual no es, ni mucho menos, evidente: según el sentido lingüístico, no sólo cabe esperar lo *«objetivamente* posible» para un *tercero*, sino que se espera también (e incluso sobre todo) lo que uno *mismo* considera posible.

[151] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 136.

[152] MEZGER, *Studienbuch*, I, pp. 73 ss.; cfr. GALLAS, *ZStW*, 67, pp. 40 ss.

bien discrepando de ENGISCH en varios aspectos). Sin embargo, afirma la causalidad sólo en el *delito* de omisión impropia; sólo éste «realiza el tipo penal contenido en una norma *de prohibición*». En cambio, los delitos de omisión «propia» consistirían en la contravención de una «norma *de mandato*», de forma que «precisamente se ajusta a la redacción expresa del tipo el no llevar a cabo una actividad volitiva», «no pudiendo surgir, evidentemente», la cuestión causal [157]. En este lugar, nuestra investigación se ocupa exclusivamente de la omisión como problema prejurídico, por lo que sólo puede plantearse la cuestión causal en esta dirección. Pero recurriendo a las consideraciones de lógica de las normas del capítulo I, cabe señalar anticipadamente, con respecto a la omisión impropia, lo siguiente [158]: o el delito de omisión «impropia» infringe una norma de prohibición, y entonces esta infracción —considerada prejurídicamente— sólo puede ser una acción, en la que la cuestión causal no supone problema alguno; o el delito de omisión «impropia» contraviene una norma de mandato, y entonces ontológicamente existe una omisión (auténtica, propia), para cuyo problema causal son de aplicación, asimismo, las consideraciones siguientes.

b) *La causalidad del no hacer*

Partamos, con ENGISCH [159], de la teoría de la condición y verifiquemos la cuestión causal de la omisión en abstracto, sin tener en cuenta si es «propia» o «impropia» [160]. Para aplicar la teoría de la condición al ámbito de la omisión «sólo necesitamos subordinar, aparte de las modificaciones, las no modificaciones como "fenómenos" a la relación conforme a ley (lo que para una consideración no metafísica carece de reparos)» [161]. Resulta entonces: que «el comportamiento que puede suprimirse mentalmente en el hacer positivo es un empleo de energía concreto y determinado, y en la

---

DStR, 1940, pp. 8 ss.; A. VOGT, *ZStW*, *63*, p. 390; A. BÖHM, *Rechtspflicht zum Handeln*, pp. 25 ss.; jurisprudencia reiterada. *RGSt*, 75, p. 50; *BGHSt*, 6, p. 2.

En términos semejantes ahora la Exposición de Motivos del Proyecto de Bonn de 1958, p. 20: «Se ha advertido que la relación causal entre dos sucesos no es mecánica, sino mental, que, por cada, en un mundo de desarrollos fluidos también puede llevarse a cabo la vinculación causal de la omisión de determinado hacer con un resultado; se da la relación causal en los delitos de omisión impropia cuando la acción omitida no puede suprimirse mentalmente sin que decaiga el resultado con una probabilidad fayana en la seguridad».

[157] *Lehrbuch*, pp. 170 ss.; *Arzt im Strafrecht*, pp. 78 ss.; *Lehrkommentar zur StPO*, I, pp. 160 ss.; *MoKrimBiol.*, 1942, pp. 87 ss.

[158] E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 173; en sentido similar, WEGNER, *Strafrecht*, pp. 101 ss.

[159] Cfr. *supra*, pp. 25 ss.

[160] Puede dejarse de lado la cuestión de hasta qué punto la fórmula de la *conditio sine qua non*, que se aplicará en lo sucesivo, agota el contenido de la teoría de la condición, pues se plantea de igual forma para el hacer y el omitir.

[161] Así también ENGISCH, *Kausalität*, p. 31 nota 2; *Kohlrausch-Festschrift*, p. 165; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 174.

[162] ENGISCH, *Kausalität*, p. 30; cfr. *Weltbild*, p. 135.

II. ¿Es la persona causal de su omisión?

a) *El problema causal en nuestra investigación*

En las presentes consideraciones sobre los requisitos para poder llamar omisión a una forma de comportamiento, no se nos ha presentado en absoluto hasta ahora el problema causal de la omisión. Bien es verdad que se habló de la «causalidad potencial» —la inversión del concepto causal de acción para la omisión— y, en conexión con ello, del curso causal hipotético, que surgiría al materializarse la capacidad de acción [153]. Pero no ha salido a relucir un nexo causal real, ni siquiera la necesidad de plantearlo. Lo cual parece confirmar la opinión de aquellos autores que niegan de plano la causalidad de la omisión o que sólo hablan de «cuasi-causalidad» o de causalidad «jurídica» o «social», y con ello podemos conformarnos para los fines de nuestra investigación.

No obstante, quien reivindique la causalidad *genuina* de la omisión está aduciendo mediatamente una objeción contra los resultados de nuestra investigación, pues si la omisión posee causalidad, es evidente la conclusión de que, asimismo, hay omisiones estructuradas *finalmente*, ya que el nexo final consiste en la intervención directiva en el acontecer causal. Y en caso de que existieran omisiones causales con estructura final, sería ineludible la conclusión de que la omisión... ¡es una acción! Pues ¿cómo se distinguiría *entonces* el omitir de «otras» formas de obrar? Así pues, al negar la causalidad del omitir humano, estoy afirmando que nuestra investigación tiene objeto.

Esta afirmación de que a la omisión le falta la causalidad *humana* hay que corroborarla. A tal efecto, no es posible ni necesario para nuestra investigación analizar en profundidad la historia doctrinal de la polémica sobre la causalidad de la omisión, sobre todo teniendo en cuenta que hoy parece estar fuera de duda que esta ruidosa polémica, que dura desde comienzos del siglo pasado, es «una de las más estériles que han tenido lugar en la ciencia del Derecho penal» [154]; además de que en los delitos de omisión impropia se abordarán parte de las teorías causales.

Así pues, podemos partir del planteamiento moderno, desde el cual, tras análisis pormenorizado, en particular ENGISCH afirma la causalidad de la omisión [155]. También Eberhard SCHMIDT [156] comparte esta postura (si

---

[153] *Vid. supra*, pp. 65 ss.

[154] E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 171; coincidente MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 174; WELZEL, *Strafrecht*, p. 181. *Vid.* la evolución dogmática en NAGLER, *GS*, 111, pp. 1 ss.; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 5 ss.

[155] En definitiva (causalidad en el sentido de la teoría de la condición), coincidente V. WEBER, *Grundriß*, p. 61; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, pp. 149 ss.; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, p. 49; ROEDER,

omisión es su negación; si suprimo mentalmente esta última negación, llego, con arreglo al principio *duplex negatio est affirmatio*, a la acción añadida mentalmente» [162].

Un reparo contra esta deducción lo contiene la limitación de la fórmula de la condición, tal como la propuso SPENDEL y la asumieron WELZEL y NOWAKOWSKI [163]: una acción sólo es causal si, sin ella, no teniendo en cuenta todas las circunstancias que la sustituirían o que han sido impedidas, pero no se han materializado, no se habría producido el resultado concreto; cabe suprimir mentalmente, pero no añadir nada mentalmente [164]. De ser esto correcto, naturalmente no se podría llamar causal a una «no modificación» en el sentido de la teoría de la condición. Ciertamente, podría tal vez decirse que ya el suprimir mentalmente la «negación de un concreto empleo de energía» consistiría en la positivización, en el «añadir mentalmente» el empleo de energía, y que, por tanto, se estaría *sólo* suprimiendo, no añadiendo mentalmente. No obstante, habría que añadir después mentalmente los efectos de este empleo de energía y contra este añadir mentalmente se haría valer la fórmula de SPENDEL.

Con razón ha objetado ENGISCH a SPENDEL que no es posible «dejar de tener en cuenta la disposición a surtir efectos y la dinámica de factores sustitutivos que están dispuestos»; sólo se está tomando en serio la fórmula de la condición si se pregunta: «¿qué habría ocurrido sin el comportamiento en cuestión?» [165]. Que esta objeción hace mella en la postura de SPENDEL se pone de manifiesto con el ejemplo del ámbito del «hacer positivo»: si A, como operario de una grúa magnética, corta la corriente, de manera que los trozos de chatarra al caer matan a un trabajador; si B retiene la viga de madera que flotaba hacia quien se ahogaba; si C mata a X, que quería y podía socorrer, no cabe probar la causalidad del obrar de A, B y C sin *añadir mentalmente* que continuase fluyendo la corriente eléctrica, que continuase flotando la viga o que X socorriese. Según la «fórmula mejorada» de SPENDEL, ¡ni A ni B ni C serían causales del resultado de muerte! A mi juicio, el *quid* de la fórmula de la *conditio sine qua non*

---

[162] ENGISCH, *MoKrimBiol.*, 1939, p. 426; *Kausalität*, p. 30.

[163] SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, especialmente pp. 38 y 92; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 41 ss.; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, p. 49.

[164] Para WELZEL (*Strafrecht*, p. 41), parece que sólo hay que atender a que «no pueden suprimirse mentalmente las circunstancias meramente posibles o probables, que no se han producido». Así pues, en el fondo WELZEL no sería partidario de la restricción de SPENDEL, dado que tampoco, según la fórmula de la condición «no mejorada», pueden suprimirse mentalmente los sucesos «posibles o probables»; ésta es una cuestión *de prueba*. La problemática material de la causalidad se suscita sólo con la cuestión de si tampoco pueden suprimirse mentalmente los sucesos que, decayendo la circunstancia de causalidad verificada, se habrían producido con (probabilidad rayana en la) *seguridad*.

[165] ENGISCH, *Weltbild*, p. 131, nota 288, donde se hallan otras objeciones de ENGISCH en contra de la fórmula mejorada de SPENDEL. NOWAKOWSKI considera admisible el añadir mentalmente en la *omisión*: pero si el hacer y el omitir han de ser causales, de igual manera no puede concebirse aquí la fórmula de la condición de otro modo que allí.

reside en que con ella cabe resolver casos así porque *hay que* añadir mentalmente. De todos modos, su confirmación en la *práctica* se la debe la fórmula precisamente a estos supuestos y a otros semejantes.

Al mismo tiempo, tales ejemplos —en absoluto raros— ponen de manifiesto que no podemos evitar incorporar también las no modificaciones de la realidad a la consideración causal. Que no surta efectos la corriente eléctrica, que no continúe flotando la viga, que no actúe X, todas son consecuencias de causas y causas de consecuencias. Si bien se considera, *todos* los cursos causales son series consecutivas e imbricadas de modificaciones y no modificaciones de la realidad «existente»; y la intervención humana en el acontecer causal *siempre* «opera» tanto modificaciones como no modificaciones. Por eso no veo reparo alguno en considerar causal a la falta de un determinado empleo de energía, característico de la omisión [166].

Un *elemento* del concepto de omisión, la ausencia de una determinada acción (la omitida), es, pues, causal de sucesos o de la no producción de sucesos. Y, *en esta medida*, teniendo en cuenta la causalidad de la ausencia de la acción (omitida) cabe llamar «causal» a «la omisión».

c) *La persona no es causal de su no obrar*

1. ¿Podemos conformarnos con el resultado alcanzado? ¿Puede bastarnos la verificación de la relación causal entre el no hacer y ulteriores consecuencias? La cuestión causal, la única que nos interesa dentro de la teoría *del comportamiento*, es la cuestión de la *causalidad de la persona;* huelga todo debate acerca de que este planteamiento es el único legítimo para el penalista. Así pues, tenemos que preguntar además: ¿es causal el omitente de la ausencia de la acción omitida, de la ausencia del correspondiente empleo de energía? Y la respuesta a *esta* pregunta sólo puede rezar: ¡No! Porque puedo «suprimir mentalmente» al omitente sin que decaiga lo omitido; nada cambia en la falta del empleo de energía, en la negación de la acción, porque esté o falte la persona capaz de acción. *No hay relación causal entre el omitente y la acción omitida* (sólo existe aquí la relación de la ~~«causalidad potencial»~~).

2. Verifiquemos posibles objeciones a este resultado negativo. Cabría decir que el omitente sí es causal de (y a través de) su voluntad de omitir. Supongamos, lo que habrá aún que demostrar, que existe la «voluntad de omitir», ya sea en todas, ya en algunas omisiones. Entonces también cabría suprimir mentalmente esta «voluntad de omitir» sin que se

[166] Puede dejarse de lado si esto es posible sólo desde determinado concepto causal (cfr. al respecto ENGISCH, *Wahnbild*, pp. 110 ss., especialmente pp. 114 y 135; *Kausalität*, pp. 7 ss.; MAURACH, *Lehrbuch*, 1, pp. 151 ss.). Me parece que lo expresado en el texto corresponde a un concepto causal ontológico (*infra*, pp. 214 ss.).

RACH señala de la teoría de la adecuación: «Si la relación causal ha de negarse ya según el método de la teoría de la condición, desfavorable para el autor, entonces asunto resuelto» [156].

3. Así pues, no hay modo de eludir este resultado: el omitente no es causal de la ausencia de determinado empleo de energía, esto es, de la ausencia de la acción imaginada, y, por tanto, tampoco es causal de las consecuencias de su no actuar. Por el contrario, en la acción es evidente que el sujeto actuante es causal de su actuar, pues lleva a cabo la acción. Por reunir en el *concepto* de omisión a una persona capaz de acción con una circunstancia que a su vez puede ser causal de consecuencias, esto es, con la negación de la acción, no surge ninguna relación causal entre el sujeto capaz de acción y la ausencia de acción; los elementos de la omisión quedan reunidos por la capacidad de acción; por la causalidad *potencial* y la finalidad *potencial*.

Nuestro resultado no depende de la aplicación de un concreto concepto causal. La respuesta a la cuestión de si una persona puede ser causal mediante su omisión no puede ser distinta según el concepto causal de que se parta. El seguir un concepto causal natural o filosófico, científico-natural o jurídico, epistemológico u ontológico, resulta absolutamente igual para la cuestión de si el *omitente* es causal. En el problema de la causalidad del propio omitente, cualquier concepto de causación ha de conducir a un resultado negativo. *El problema no reside en el género del concepto causal, sino en su aplicación:* en el planteamiento correcto de la cuestión.

El hecho de que tanto partidarios como contradictores de la tesis de que la omisión puede ser causal hayan planteado pocas veces la cuestión correctamente tiene, naturalmente, un motivo fácil de aclarar: en el ámbito de las acciones, solemos plantear así la cuestión causal: ¿Ha sido la acción de X causal del resultado y? P. ej.: ¿Ha tenido la pedrada de X como consecuencia la muerte de Y? Si podemos responder a *esta* cuestión afirmativamente, ya no es dudosa la causalidad del sujeto actuante X del resultado de muerte, pues el hecho de que X es causal de su acción es tan evidente que huelga plantear tal cuestión. ¡De no ser causal de su acción, no habría actuado! Comenzamos a plantear la cuestión causal allí donde acaba la relación (final y) causal razonable y la causalidad comienza a ser dudosa (p. ej., entre el lanzar la piedra y la muerte de Y). Lo cual nos induce a trasladar también a la omisión este modo de preguntar por la causalidad,

[156] MAURACH, *Lehrbuch*, 1, p. 162. En contraposición con lo cual, MAURACH (p. 177) sostiene que únicamente la aplicación de la teoría de la adecuación permite afirmar la causalidad de la omisión «mientras que los partidarios acérrimos de la teoría de la condición... al intentar verificarla en el delito omisivo han de fracasar en seguida». Creo todo lo contrario: si MAURACH aplica con razón los baremos de la teoría de la adecuación a la relación entre un no hacer y un resultado *es sólo porque* aquí también la teoría de la condición lleva a afirmar la causalidad, como se señaló *supra* en el epígrafe *b)*.

modificara nada en la ausencia del empleo de energía; y es que suprimir mentalmente la voluntad de omitir no significa, pongamos, añadir mentalmente una voluntad de actuar, sino simplemente que se da por sentada la *ausencia* de la voluntad de omitir.

Tampoco sirve de gran ayuda centrarse en los requisitos de la omisión que esta investigación ha puesto de manifiesto: la «capacidad de acción» —se determine como se determine— no es causa de la ausencia de la acción; puede suprimirse mentalmente esta cualidad de la persona (junto con la propia persona) sin que nada cambie en la ausencia del empleo de energía.

Tampoco la *ausencia* de la *decisión* de actuar sirve de punto de partida para una respuesta positiva a la cuestión causal, aun al margen de si esta ausencia no vendrá ya dada conjuntamente con la negación de la acción, lo que nos retrotraería a lo ya debatido. Ciertamente, cabría decir: dada la posibilidad física de acción, no puede añadirse mentalmente la decisión del hecho sin que además se dé la acción. Pero la ausencia de esta decisión de actuar, *a su vez, no está condicionada por la existencia de la persona;* puedo suprimir mentalmente al omitente (o incluso sólo su psique y con ello la persona como unidad psicofísica) sin que nada cambie en la ausencia de la decisión de actuar [67].

Por último, cabría objetar: si suprimo mentalmente al omitente, ya no hay tampoco omisión; y como «la omisión» a su vez es causal de consecuencias, también el omitente es condición de esas consecuencias. Pero ésta sería una peligrosa falacia. Supondría poner lo reunido bajo un concepto en lugar de la relación causal. Lo causal en la omisión es sólo un elemento de la omisión: el no obrar, el no modificar la realidad. Para esta falta de acción, la existencia del omitente no es una condición. *De la causalidad de lo omitido no es causal el omitente*. Análogo sería tener que afirmar que el suprimir mentalmente al «omitente» consiste en el añadir mentalmente un «sujeto actuante», pues lo que se suprimiría mentalmente en realidad no sería el propio sujeto, sino su inactividad.

Es evidente que en la negación de la causalidad del omitente para la omisión nada cambia por seguir una de las teorías causales individualizadoras o generalizadoras. A todas estas teorías les es aplicable lo que MAU-

---

[67] Precisamente ENGISCH ha reparado en las dificultades que surgen para la causalidad *en* la omisión. Bien es verdad que le parece exento de problemas, existiendo un acto volitivo (voluntad de omitir), remitir a éste la acción ausente. (Por el contrario, ya vimos *supra* que la voluntad de omitir no es *conditio* de la ausencia de empleo de energía.) Pero para los casos de ausencia de acto volitivo advierte ENGISCH (*Kohlrausch-Festschrift*, p. 164 nota 81): «Ello comporta la dificultad de que la omisión en sí no puede hacerse contrastar, como consecuencia, con un acto volitivo. El olvidar retirar el hielo puede ser condición de consecuencias ulteriores, pero no parece que pueda ser "resultado" de por sí; a no ser que nos retrotrajéramos a negligencias más profundas, con lo cual nos situaríamos ya en la culpabilidad». (Incluso esta remisión —problemática en sí— a la culpabilidad fracasa porque la psique del omitente no es condición del no retirar el hielo.) *En esta medida* creo estar de acuerdo *materialmente* con ENGISCH cuando niego la causalidad del omitente por el no obrar.

con el resultado de que *sólo* preguntamos: ¿es «la omisión» (más exactamente, el concreto no actuar) de X causal del resultado y? Al hacerlo, se presupone —como en la acción, pero aquí erróneamente— que el omitente es causal de su omisión; y como ya la respuesta a la pregunta de la «causalidad *de la* omisión» presenta dificultades teóricas, ni siquiera llega a repararse en el problema de la causalidad *con respecto* al omitir, a la ausencia de la acción. Sin embargo, la cuestión de la causalidad de la persona es la única que tiene sentido plantear y que merece la pena responder (tanto en la omisión como en la acción) [109].

d) *La cuestión causal práctica, la cuestión de la causalidad potencial*

El resultado obtenido no se ajusta a las tesis hasta ahora desarrolladas en la doctrina relativas al problema causal de la omisión, ya que se opone a aquellas que consideran causal a «la omisión» en el sentido de la teoría de la condición, cuando suponen que así se ha afirmado la causalidad humana. Pero el resultado de la investigación tampoco coincide con aquellas que niegan la «causalidad de la omisión» ya porque un determinado no hacer no puede ser causa.

Así pues, tanto más gratificante es la amplia coincidencia en otro punto: todos aquellos que sólo afirman la causalidad o cuasi-causalidad entre la omisión y el resultado cuando existió *posibilidad de actuar* del omitente —y son los más— no constatan en realidad la causalidad del omitir, ¡sino la *causalidad potencial* del omitente! Y es que esta posibilidad de acción no es en absoluto condición de una relación causal real. Tampoco es presupuesto de la supresión mental del no actuar o del añadir mentalmente la acción; de acuerdo con la fórmula de condición, ciertamente el suprimir mentalmente la omisión (más exactamente, el no hacer) consiste en el añadir mentalmente la acción y con la acción se añadiría, asimismo, su posibilidad. La posibilidad de acción no puede, por una parte, fundamentar la causalidad humana dentro de la omisión, ni, por otra, es necesaria para admitir una relación de condición entre un concreto no hacer y un resultado posterior. El requisito de la posibilidad de acción, desde la perspectiva *causal*, sólo tiene sentido y es relevante para la verificación de la causalidad potencial, para la cuestión, pues, de si una persona determinada

[109] Ya RADBRUCH (*Handlungsbegriff*, p. 132) había señalado: «No suele repararse en que tampoco cabe admitir relación causal entre la voluntad de omitir un movimiento corporal y la ausencia de éste». Pero RADBRUCH llega a este resultado partiendo de una tesis que ya se reveló errónea al comienzo de este apartado: la causalidad vincula «modificación con modificación»; la no producción de una modificación no puede ser «efecto ni causa». Así como el omitir no puede llegar a ser causal de un acontecimiento, tampoco «un acontecimiento puede ser causa de esta ausencia de un movimiento corporal». Que un acontecimiento no puede ser causa de una no modificación es hoy incontrovertido. (¿Qué es la «evitación de un resultado» sino la «causación de una no modificación»?). Lo que se discute —sin razón— es la causalidad de una no modificación con respecto a un acontecimiento.

habría podido ser causal de la producción de un resultado o no resultado concreto (deseado) [69].

Por la causalidad *potencial* preguntan tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante con la expresión: ¿de haber llevado a cabo la acción *a* se habría evitado el resultado no deseado *x*? De este modo se pregunta por la causalidad *potencial* (y no por una relación causal real), porque (y en tanto que) la respuesta afirmativa a la pregunta se hace depender de la posibilidad de llevar a cabo la acción *a*. Muy pocos partidarios de la «causalidad de la omisión» son tan consecuentes como para contestar afirmativamente también a la cuestión causal cuando falta toda posibilidad de acción [70]. Es idea irrefutable de E. SCHMIDT que la jurisprudencia y gran parte de la doctrina en la omisión no refieren «la cuestión causal al comportamiento atribuible al autor, sino a un comportamiento no llevado a cabo en absoluto por él, sino sólo esperado» [71]. De hecho, lo que se verifica y lo que se afirma en los límites de la posibilidad de acción es la causalidad potencial, la posibilidad del omitente de llegar a ser

[69] Con objeto de precisar, hay que señalar lo siguiente: el concepto de la «posibilidad de acción» adolece —como se puso de manifiesto en el análisis de la doctrina (*supra*, pp. 28 ss.)— de falta de claridad en múltiples aspectos. En tanto que la cuestión de la posibilidad de acción se plantea en el sentido de que apunta a la posibilidad del obrar para evitar o realizar el resultado, se está aludiendo por lo general a la «capacidad de acción» (finalidad potencial) en el sentido de esta investigación. (Ejemplo: ¿Era posible denunciar el delito? Por posibilidad de acción se entiende aquí siempre la capacidad de presentar la denuncia *eficazmente*.) Especialmente en los delitos de omisión impropia imprudentes, en cambio, suele plantearse de otro modo la cuestión de la posibilidad de acción: ¿Fue posible la acción prescrita *x*, que habría tenido por consecuencia la evitación del resultado *y*? También aquí se pregunta en primer lugar por una finalidad potencial (posibilidad de un querer y un realizar *determinados*), ¡pero sólo con respecto a la acción (prescrita) *x*! Entonces, para la evitación de la consecuencia y sólo se pregunta si la (posible) acción *x* habría tenido el efecto de impedir el resultado *y* (por ende, verificación de un curso causal hipotético). De ambos extremos juntos resultaría la «causalidad potencial»; acerca de este concepto, cfr. *supra*, pp. 66 ss.

Por el contrario, quien se limite (en serio) a una posibilidad de acción puramente «física» no podría preguntar de ese modo (como la doctrina dominante); más bien, tendría que verificar si una resolución *supuesta* de evitar el resultado se hubiera podido realizar en términos puramente físicos (cfr. *supra*, pp. 35 ss.). ¡Esto no es ni siquiera la verificación de un curso causal hipotético! Si para salvar a quien se está ahogando es necesario despejar una barca, buscar y sujetar los remos, remar, gobernar el timón, subir la persona a la barca, etc., para ello son necesarias múltiples realizaciones de voluntad, sin las que no cabe llevar a buen término el resultado de salvación. Pero si me limito a los factores puramente físicos, ¿no se materializa ningún curso causal (hipotético)! La cuestión de la posibilidad de acción «física» tendría que limitarse —tomándola al pie de la letra— a comprobar que están disponibles los medios, que existen fuerza muscular y habilidad suficientes, etc.; todo lo cual es posible sólo en función de un *plan* de salvación determinado. Pero ¿no habrá que averiguar primero —más razonable y convenientemente— lo que precisamente la persona inactiva en concreto hubiera podido planear en función de sus capacidades psíquicas?

[70] Así ENGISCH y E. SCHMIDT, que afirman la causalidad del no hacer determinado (ENGISCH) o de la «no evitación del resultado» (E. SCHMIDT) sin tener en cuenta la capacidad de acción, aun cuando —como hemos visto más arriba— requieren esta posibilidad para el concepto de omisión. Así también V. WEBER, según cuya concepción la posibilidad de acción carece de trascendencia para el omitir como forma de conducta, así como para la causalidad de este omitir; cfr. *supra*, p. 54.

[71] E. SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 87; *MoKrimBol.*, 1942, p. 87, nota 2. El propio E. SCHMIDT plantea la cuestión causal para la «no evitación del resultado». La no evitación es de hecho condición del resultado; pero la persona inactiva no es condición de la no evitación.

del actuar. Encontrar el motivo por el que se habla con tal unanimidad de la «voluntad de omitir» resulta importante también con vistas a posteriores consideraciones dogmáticas.

2. El que los delitos omisivos pueden cometerse dolosamente (así como imprudentemente) es una concepción tan unánime que huelga demostrarlo con citas [176]. Si el dolo puede referirse a omisiones, ello entraña afirmar que también la voluntad de realización puede referirse a omisiones, pues conocer y querer las circunstancias del hecho, es decir, el curso de la acción, son los elementos fundamentales comunes a la mayoría de las teorías del dolo [177].

3. No obstante, la misma afirmación aparece también en el ámbito prejurídico. De acuerdo con la concepción predominante, es posible «llegar a un concepto de voluntad aplicable a las omisiones» [178]. «No cabe negar que el omitente puede haber querido la omisión y tiene que haberla *querido* allí donde la omisión es dolosa» [179]. «El no hacer puede retrotraerse a un acto volitivo motivado» si «la *propia* persona que no actúa se ha representado la actividad»; «pues sólo presuponiéndolo puede ser querido el no hacer» [180]. Casi siempre se clasifican las omisiones en «queridas» y «no queridas» [181], representando sólo una variante terminológica el atribuir meramente las omisiones «queridas» al concepto «omisión» y dejar a la «inactividad no querida» fuera del concepto de omisión (y de acción) [182].

Como el concepto de voluntad en que nos basamos ha de ser el mismo que en el hacer activo (en la acción), el reconocer la omisión «querida» entraña afirmar que la voluntad de realización ha de extenderse también a las omisiones.

---

[176] Sólo hay que resaltar las escasas voces en contra: al menos para el ámbito de los delitos de omisión propia, KRUG (*Abhandlungen*, p. 23), FINGER (*Deutsches Strafrecht*, I, p. 294), WELZEL (*Strafrecht*, p. 176) y STORSBERG (*Nothilfepflicht*, p. 51) consideran inútiles las categorías «dolo» e «imprudencia»; según SCHWALBACH (*GS, 31*, p. 608), la voluntad no es elemento integrante de la omisión. Anteriormente, MAURACH estimaba «característico» que «en el delito de omisión no exista posibilidad de comisión imprudente» (*Grundriß, Allg. Teil*, p. 52). De otra opinión ahora, *Lehrbuch, I*, p. 233.

[177] Valga como excepción BINDING, cuyo concepto de dolo se agota en la *consciencia* de la *antijuricidad* y de sus requisitos fácticos. La consecuencia para la omisión la extrae de hecho el propio BINDING: «En todo delito falta la voluntad conforme a la norma. En el delito comisivo, a esta falta antijurídica se asocia la resolución antijurídica, dirigida consciente o inconscientemente a una comisión prohibida. La resolución análoga es inconcebible en el delito de omisión y, por tanto, la culpabilidad ha de contraerse a la falta culpable de voluntad conforme a Derecho» (*Normen*, II, pp. 109 ss.). No obstante, también BINDING parece afirmar la posibilidad de «resolución de omitir» y de «omisión querida» (*Normen*, II, p. 104). Cfr., asimismo, A. ROHDE, *Die Natur*, pp. 73 ss.

[178] Así RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, pp. 133 ss.

[179] Así MEZGER, *Lehrbuch*, p. 131 (cursiva en el original).

[180] Así M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 108.

[181] MEZGER, *Lehrbuch*, p. 131; DOHNA, *Aufbau*, pp. 14 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, p. 174; BIERLING, *Prinzipienlehre*, III, p. 25; ENGISCH, *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 163 ss.; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, pp. 108 ss.

[182] Así DOHNA, *Aufbau*, pp. 14 ss.; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, pp. 108 ss.

causal de una consecuencia (p. ej., de impedir un resultado) realizando su voluntad.

En *este* planteamiento, no obstante, coinciden aquellos que rechazan tanto la causación propia como la cuasi-causalidad: «El autor de omisión no es castigado porque *cause* el resultado típico, sino por *no* haberlo *impedido*... La única cuestión legítima dentro de los delitos de omisión se dirige a si el llevar a cabo la acción omitida habría impedido el resultado» [173].

La cuestión de la causalidad *potencial* es, pues, la única «cuestión causal» que puede tener significado práctico para la omisión, en concreto allí donde son importantes las consecuencias posibles de la acción imaginada. No obstante, casi siempre bajo la supuesta «cuestión causal» se pregunta por la *capacidad* de acción globalmente [174].

III. ¿Hay omisiones finales?

a) *Estado del problema*

1. Rechazar la «finalidad de la omisión» lo consideré algo evidente ya en una obra anterior [175]: «La omisión no es por sí misma un acto en el sentido de la doctrina final de la acción; sólo cabe caracterizarla razonablemente como "finalidad *potencial*"». La presente investigación corrobora este resultado: *la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella*. Esta tesis nos ha parecido evidente al final, tras haber obtenido como conclusión del epígrafe anterior que a la omisión le falta la causalidad humana, que el capaz de acción no es causal de su no actuar. Y es que donde falta el nexo causal tampoco puede haber dirección final. La estructura final se basa en la causalidad; aquella categoría ontológica no es concebible sin ésta. El modo de operar la voluntad final de realización consiste precisamente en manejar, dominar, impulsar y dirigir los factores causales.

De este modo parece que se responde suficiente y claramente a la pregunta planteada en el epígrafe. Y, sin embargo, la tesis de que no hay omisiones finales, sostenidas por voluntades de realización, tropieza con una opinión contraria casi unánime. Y ello porque cabe considerar contrario a esta concepción a todo aquel que reconozca las omisiones «queridas», «dolosas» o «finales». Lo que tiene presente la postura contraria en ningún caso puede ser una auténtica estructura final; pero queda por aclarar si en la omisión existe algún fenómeno que fuera equiparable a la finalidad

[173] WELZEL, *Strafrecht*, p. 181. En términos semejantes RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 137. Claro que WELZEL basa este resultado —como RADBRUCH— en el enunciado: «La omisión como no realización de una acción no causa nada en absoluto».

[174] Cfr. *supra*, nota 170.

[175] *Normentheorie*, p. 284.

4. De especial interés resulta, naturalmente, la postura de los partidarios de la doctrina final de la acción en esta materia [183].

El autor que lleva más lejos la extensión de la finalidad a la omisión es MAURACH, quien considera toda omisión *final*. Ello se deriva, para MAURACH, de someter tanto hacer como omitir al concepto de acción, y en concreto al concepto final de acción [184]. «Tanto en éste como en aquél, la acción consiste en la voluntad y su actuación» [185]. En la medida en que en la omisión «se trata de delitos imprudentes, sigue habiendo en ellos finalidad por la dirección de la voluntad a un resultado extratípico» [186]. En la omisión, «la voluntad tiene que dirigirse a un no obrar en una dirección que se planteó el autor, pero no necesariamente relevante para el tipo». «Se pone en práctica» esta «voluntad de omisión cuando la omisión de la actividad estaba dominada por la voluntad directriz, teniendo el autor la posibilidad del actuar prescrito» [187].

Mucho más estrecho es el ámbito de las omisiones sometidas a la voluntad de realización según V. WEBER. Sólo cuando se requiere «dolo» se extienden el «conocimiento y la voluntad» también a omisiones [188].

Coincidiendo en el fondo, NIESE habla de «omitir final» [189], pero evidentemente limitando esta finalidad al ámbito de los denominados «delitos dolosos de omisión».

---

[183] También la postura de Gerhart HUSSERL cabe integrarla en la serie subsiguiente, pues para HUSSERL (*Negatives Sollen*, p. 15) la «acción» es «toda intervención en el entorno basada en una concreta voluntad de intervenir». «Lo interior y lo exterior de la acción se corresponden inescindiblemente. Ni puede enteaderse el "resultado" sin tener en cuenta la intención volitiva del sujeto actuante, del que es obra, ni se nos desvela la voluntad que interviene, en su esencia como comportamiento en forma de acción, si dejamos que se interrumpa la línea de efectividad ante lo exterior del entorno social». En esto existe amplia congruencia con la actual doctrina final de la acción. Sin embargo, la comparación se ve dificultada por las premisas de lógica de la voluntad de las que parte HUSSERL (pp. 7 ss.); pues por la referencia a una norma de conducta —ya esté fundamentada jurídica o extrajurídicamente— el concepto de acción de HUSSERL adquiere su sentido especial: «Quien contraviene una genuina norma de prohibición que tiene su fundamento volitivo en una actitud volitiva permanente y general, *actúa* si su comportamiento contrario a la norma de prohibición se basa en una voluntad actual de infringir la norma» (p. 17), en una consciencia de «desviarse de la norma» (p. 18). Lo cual me parece que lleva a la consecuencia de que una acción sólo es antijurídica si va acompañada de la consciencia de la antijuricidad. Por otra parte, HUSSERL no extrae aún de su concepto de acción la consecuencia que caracteriza a los partidarios de la doctrina final de la acción, la de que sólo acciones (finales) pueden ser *antijurídicas*.

En relación con el problema que se debate en el texto, HUSSERL opina que «una omisión es acción cuando se basa en una voluntad de omitir puesta en práctica» (p. 18). Tal «voluntad de omisión» se da cuando la omisión es «el resultado de una opción actual entre este o aquel comportamiento» (p. 27); pero también sin la «consciencia concreta» de la «posibilidad de comportamiento» puede darse omisión (pp. 31 ss.). G. HUSSERL describe con gran precisión lo que en esta obra se denomina omisión «consciente»; cfr. *infra*, p. 95 ss.

[184] MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 166 ss.

[185] *Lehrbuch*, I, p. 172.

[186] *Lehrbuch*, I, pp. 172 ss.

[187] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 173.

[188] Cfr. V. WEBER, *Grundriß*, pp. 53, 57, 60 ss., 63 ss.

[189] NIESE, *Finalität*, p. 20.

Más estrictamente limitado está el ámbito de la «voluntad de omisión» en WELZEL. En su sistema no parece haber lugar para «omisiones finales» [190]. Pero WELZEL reconoce que «junto a omisiones queridas las hay también no queridas» [191]. En la estructura del delito de omisión propia ya no se menciona más el concepto de dolo [192], pero para el delito de omisión impropia WELZEL sigue requiriendo el «dolo»: «El omitente debe *darse cuenta* de que amenaza producirse el resultado típico y de que él podría impedirlo, y tiene que querer no impedir dicho resultado» [193].

GALLAS niega la finalidad en la omisión, «porque la esencia del delito de omisión reside precisamente en el no emprender una acción» [194]. La finalidad únicamente importa en tanto que elemento de referencia, como «finalidad imaginada» con respecto a la «posible actuación de voluntad» [195]. Sólo sobre la base de la equiparación valorativa entre el delito de omisión impropia y del comisivo habla GALLAS, asimismo, en aquél de «comportamiento cuasi-final, que confiere al delito de omisión impropia doloso un sentido de injusto autónomo» [196]. GALLAS es, pues, el que, al negar absolutamente la finalidad del omitir, más cerca se encuentra del resultado de esta investigación.

Esta panorámica de las distintas posiciones aporta claridad sobre el calado de los reparos que se oponen a la concepción que aquí se defiende. Por una parte, se afirma que la dirección final es un elemento esencial de toda omisión, un requisito constitutivo; rechazando esta concepción, por otra parte, se postula que *entre* las omisiones las hay que se distinguen de las omisiones queridas por su «voluntad de omitir», su «finalidad» o su «dolo» [197].

b) *¿Es la dirección final elemento esencial de la omisión?*

Esta concepción la defiende —como se ha señalado— MAURACH, quien llega a ella al situar en plano de igualdad a la omisión y a la acción, y aplicar *directamente* su concepto final de acción al omitir una acción. Su punto de partida es en principio puramente ontológico. La finalidad la concibe «como efecto real que no alberga en modo alguno elementos de

---

[188] En otro sentido en *Strafrecht*, 2.ª ed., pp. 92 ss., con respecto a los delitos de omisión impropia: «No siendo la voluntad simplemente causal, sino final, esto es, factor que configura con vistas a un fin, su dominio del hecho comprende también lo que deja que ocurra».

[189] *Strafrecht*, p. 175.

[190] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 176 y 466; cfr. *NJW*, 53, p. 328.

[191] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 183 y 464 (cursiva en el original).

[192] GALLAS, *ZStW*, 67, p. 40.

[193] GALLAS, *ZStW*, 67, pp. 40 ss.

[194] *ZStW*, 76, p. 41, nota 81.

[195] Obviamente, GALLAS reconoce un «dolo de omisión», debido a la separación entre finalidad y dolo que él se propone, relegando el dolo al ámbito de la culpabilidad. Al respecto más consideraciones en *ZStW*, 70, pp. 64 ss.

concepto de voluntad *no* es aplicable a *todos* los supuestos de omisión, debiendo, por tanto, distinguirse entre omisiones queridas y no queridas [203].

En cambio, MAURACH habla también de «voluntad de inactividad cuando el omitente no tuvo conocimiento alguno de la situación desencadenante... de la acción prescrita». «La madre que, por indiferencia, no se preocupa de su hijo que está jugando con fuego, omite la acción prescrita de evitar el peligro igual que si hubiera conocido positivamente la situación de peligro» [204]. Pero precisamente en este ejemplo se pone de manifiesto la fricción: si la madre advirtió el *peligro* para el niño, estuvo sin duda en condiciones —supuesta la posibilidad física— de emprender una acción dirigida al objetivo de impedir tal peligro [205]. En cambio, si la madre no era consciente *del peligro* y simplemente vio que había fósforos cerca del niño, sólo estaba en condiciones de recoger los fósforos; no pudo emprender una acción cuya finalidad estuviera dirigida a *impedir el peligro*. Así pues, la madre no *sabe* sino que los fósforos están sobre la mesa. *Pudo* decidirse —si surtieron efecto en esta dirección impulsos, tendencias, motivos, ideas— a cambiar de sitio la caja. Era, con arreglo a lo que se debatió antes, «capaz de acción» *con respecto a retirar de en medio la caja*. Si no obra, si deja en su sitio la caja de fósforos, ha «omitido» [206]; tal es la idea, asimismo, de MAURACH. De reconocerse en general la voluntad de omisión, únicamente cabría hablar de una *voluntad* de *no* retirar la caja de cerillas si la madre *al menos se había representado* dicha acción [207]. También MAURACH requiere el «plantearse» la dirección de actuación [208]. Cuando ésta falta —como en nuestro ejemplo— MAURACH debería consecuentemente negar la omisión por ausencia de «voluntad de omisión» [209].

Ello es aún más evidente en los conocidos supuestos de olvido: A quería ponerse su abrigo para salir a pasear, pero se le olvida. B estaba ya decidido a denunciar un plan delictivo, pero le distrajo otro suceso y se le olvidó presentar la denuncia. En ninguno de los distintos significados del concepto de voluntad cabrá aquí hablar de omisiones «queridas».

En todos estos supuestos sólo es posible mantener la «*voluntad* de omisión» con ayuda de una ficción. El punto de enlace para tal ficción, sin

---

[203] Cfr., p. ej., BIERLING, *Prinzipienlehre*, III, p. 25; BINDING, *Normen*, II, p. 104; *Normen*, IV, pp. 378 ss.; DOHNA, *Aufbau*, p. 14; ENGISCH, *Kohlrausch-Festschrift*, p. 163; MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, pp. 20 ss.; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, pp. 109 ss.; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 131; *vid.*, asimismo, G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, pp. 28 ss.

[204] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 173.

[205] Más adelante se analizará hasta qué punto cabe hablar de una voluntad de omisión cuando ésta no lleva a cabo tal acción.

[206] Aquí puede vincularse en su caso la responsabilidad por imprudencia.

[207] Cfr. M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 108; G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, p. 27.

[208] *Lehrbuch*, I, p. 175.

[209] La situación es idéntica a la del ejemplo analizado *supra*, p. 48, si la madre ve que está abierta la puerta del jardín, pero no se le pasa en absoluto por la cabeza la idea de cerrarla, y mucho menos que su hijo pequeño vaya a escaparse hasta la orilla del río y ahogarse.

valoración». De este modo, la teoría final de la acción está en condiciones no sólo «de partir de un concepto de acción ontológico, sino de..., sin transformarlo en un concepto de acción especial "jurídico-penal", *tomarlo directamente como fundamento del tipo*» [198].

Sin embargo, MAURACH abandona este punto de partida en favor de «una ampliación del concepto de acción condicionada por las exigencias jurídicas», a saber, «concibiendo como acción no sólo el hacer activo consciente del fin, como es elemental para la consideración natural, sino, asimismo, el "no hacer algo" consciente del fin, la omisión» [199]. Así, la «acción por omisión» se convierte «en un hecho absolutamente jurídico, si bien no específicamente jurídico-penal» [200].

Como es evidente, así ya en el propio planteamiento se renuncia a una fundamentación *ontológica* en favor de que la omisión ha de estar «dominada por la voluntad directriz» [201]. Bien es cierto que puntos de vista valorativos pueden requerir la equiparación entre omisión y acción, pero sólo puede tratarse de una equiparación con respecto a acentos valorativos y consecuencias de valoración, no de una simple traslación de elementos de la acción a la omisión. La «traslación» de *estructuras* de la acción, particularmente del nexo final, a la omisión no cabe justificarla con consideraciones axiológicas; esta estructura existe también en la omisión, o no existe en ella; *tertium non datur*.

De hecho, MAURACH se ve en apuros al intentar demostrar que todas la omisiones están dirigidas finalmente. Lo cual es así, por una parte, con respecto a la puesta en práctica de la voluntad de omisión, que para MAURACH consiste en que «la omisión de la actividad estuvo dominada por la voluntad directriz, teniendo el autor la posibilidad del obrar prescrito» [202]. El poder fáctico final referido al acto *a*, no obstante, no ha de equipararse con la voluntad de realización referida al *omitir* el acto *a*. Así no se aclara en qué medida la omisión de un acto posible podría ser materialización de una voluntad de realización. No obstante, éste es un argumento que cabe oponer no sólo a MAURACH, sino a todos los que refieren la voluntad de realización al obrar omitido.

MAURACH describe el «contenido de la voluntad de omisión» diciendo «que la voluntad puede dirigirse a un no obrar en una dirección planteada por el autor, pero no necesariamente relevante para el tipo». En seguida se plantea la cuestión de si esta definición se ajusta, asimismo, a los supuestos de omisión del ámbito del denominado omitir imprudente inconsciente; precisamente debido a este grupo de casos impera la concepción de que el

[198] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 146 (cursiva en el original).
[199] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 120.
[200] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 120; cfr. p. 167.
[201] De aquí deduce LANGE (*ZStW*, 68, pp. 606 ss.) sus objeciones al sistema finalista de MAURACH.
[202] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 173.

embargo, no es sino la capacidad de acción referida a la acción omitida, especialmente la *base cognoscitiva*, el *conocimiento* del objeto, del fin de la acción. Al conformarse así MAURACH con el poder fáctico final potencial referido a la *acción* omitida, apenas existe ya contraposición material con respecto a los resultados que arroja esta investigación. Sólo el empleo del concepto de «voluntad de omisión» da lugar a equívocos.

Queda así claro que *hay* omisiones «*no* queridas»; únicamente falta por responder la cuestión de si es concebible el «omitir dirigido finalmente».

c) *La omisión «querida»*

1. ¿Puede la voluntad de realización, en su función de factor de dirección final, aparecer también en las omisiones?

La finalidad se basa «en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del intervenir causalmente, pudiendo así dirigirlo conforme a plan a la consecución del fin» [210]. Este dirigir el acontecer causal externo a un fin, el configurar el proceso causal, es esencial para la voluntad de realización.

Tal operar en el proceso causal externo falta desde un principio en el ámbito del omitir. Tampoco las concepciones que consideran causal al omitir niegan hoy que falta el *operar* la voluntad sobre el acontecer *externo;* de lo contrario, no cabría distinguir entre hacer y omitir. Así pues, la voluntad de realización en el sentido de la voluntad que opera fácticamente está descartada en relación con la omisión, justamente porque con el omitir *se niega* una *acción* determinada. Una voluntad de realización que quiere no realizar y que se realiza en no realizar se contradice a sí misma.

La auténtica voluntad de realización que domina y dirige el proceso causal real decae, pues, de entrada, en la omisión. La cuestión puede plantearse en todo caso en el sentido de si hay un sucedáneo del empleo (ausente) positivo de factores causales, que nos permitiera hablar en sentido figurado de «dirección final». Éste sólo podría consistir, como ilustra esta investigación, en la capacidad de acción, en el poder fáctico final potencial. La cuestión se plantea así: *¿Ha de considerarse el no ejercicio consciente del poder fáctico como finalidad?* ¿Constituye, a su vez, dirección final la consciencia de la falta de dirección final? [211]

Valga el siguiente ejemplo: A observa, en la linde del bosque, cómo una hormiga arrastra una larva. Conoce el fin de su camino, el hormiguero cercano; reflexiona sobre qué va a ocurrirle a la larva, se plantea, asimis-

[210] WELZEL, *Das neue Bild*, p. 3; *Strafrecht*, p. 28.

[211] Con razón señala LANGE (*ZStW 65*, p. 62): «La dirección del acontecer sin actuar presupone casi siempre una previa opción, que entonces aparece como la auténtica acción del hecho».

mo, matar a la hormiga, pero la deja vivir. Aquí, A ha *observado* y ha sido consciente de sus posibilidades; ¿acaso va a considerarse esto «dirección final»?

Para quien este ejemplo sea rebuscado he aquí otro: B piensa, ante una señal de desvío en una carretera, qué ocurriría si él cambiara el sentido de la señal, lo cual, sin embargo, no hace. ¿Puede decirse que la circulación —en la dirección correcta— está ahora «dirigida finalmente» por B?

Las consecuencias de tal extensión del nexo causal mediante esta seudo-finalidad serían incalculables; a más fantasía —y tiempo— más lejos llegaría la «supradeterminación». Como gráficamente señala BINDING [212]: «¿A cuántas personas, del escolar al ministro, no puede uno, siendo superior en fuerzas, impedir por la mañana que acudan a su actividad cotidiana? ¡Sería obra suya que todos ellos pudieran llegar y hacer su trabajo! Se habría hecho acreedor de un mérito inenarrable ante el Estado y la sociedad al no cometer ningún delito, simplemente por dejar que la gente siguiera tranquila su camino».

Estos ejemplos ponen de manifiesto lo siguiente: la observación y la anticipación del proceso causal no constituyen aún «dirección final», ni siquiera cuando se producen en la consciencia de poder intervenir para impedir o desviar. El percatarse de la propia capacidad de acción no puede convertir a la omisión en una omisión conducida por la voluntad de realización, y en este sentido «querida». La omisión presupone, ciertamente, la *capacidad* de dirección final para ejecutar la acción omitida, pero ella misma no está sometida a dirección final [213].

2. Así pues, si en relación con la omisión no hay voluntad de realización ni dirección final, ¡tampoco son concebibles las omisiones «queridas»! ¿Pero acaso no enseña la experiencia que cabe distinguir entre omisiones «queridas» y «no queridas»? Aquí hay que practicar un análisis exacto para clarificar la diferencia referida, difícilmente negable.

a) Resulta característico del «aspecto volitivo» de toda omisión el que no se adopte la decisión de una acción posible, o por lo menos que dicha decisión no se realice [214]. Este dato psíquico negativo no es distinto en la omisión calificada de «querida» que en la «no querida». Y en particular el no adoptar la decisión no es característico de la «no querida» y el mero no realizarla no lo es de la «querida». Lo cual apenas requiere demostración: de quien ya ha adoptado la decisión de una acción posible en determinado momento, pero la ha vuelto a olvidar en el momento críti-

[212] *Normen*, II, p. 543.

[213] En lo cual nada cambia si se reconocen —con razón— a la omisión «efectos» en el ámbito *social* (cfr., p. ej., GALLAS, *ZStW*, 67, pp. 41 ss.). Ciertamente la consciencia de omitir algo contraviniendo una expectativa con fundamento social es muy trascendente, pero para la cuestión de la coasciencia de lo ilícito: en el ámbito prejurídico, ontológico, sin embargo, no ha de tenerse en cuenta.

[214] Cfr. BINDING, *Normen*, II, p. 109.

no surge una dirección final. Tampoco esto puede considerarse «decisión de omitir», *ni* puede ya hablarse aquí de «*rechazo* interno *positivo*».

3. Por lo general, no obstante, ocurrirá que el proceso de motivación no lleva a que se forme la *decisión* de actuar (prescrita); la decisión no se materializa. Falta entonces la necesaria decisión de actuar, y sólo mediante una ficción puede llegarse a hablar aquí de decisión o de dolo de «*no* actuar» y del «rechazo interno *positivo*» constitutivo de éste.

4. Sólo un poco menos frecuentes son los supuestos en que no ha concluido el proceso de motivación. Éstos se distinguen del anterior grupo en que allí se interrumpió la reflexión vinculada con el proceso de motivación en el momento en que la acción era aún posible (o todavía no), mientras que aquí el proceso de motivación aún está en curso en el momento en que la acción precisamente es aún (o sólo ahora) posible. Tampoco en estos casos se ha llegado a una decisión de actuar, o, si se quiere, aún no. Y *tampoco* cabe hablar aquí de *«decisión» de omitir,* como no sea basándonos en la ficción de que en el momento crítico el no decidido se transforma «automáticamente» en alguien decidido a omitir [219].

De entre estos grupos, únicamente cabe hablar de rechazo «positivo», «real», de la acción prescrita si acaso en el primero, esto es, precisamente en los supuestos más raros. Pero ni BIERLING ni MEZGER limitan a estos supuestos su omisión «querida» [220].

En ello se pone de manifiesto que BIERLING y MEZGER, por rechazo de la acción imaginada o del pensamiento que se abre paso, en el fondo entienden algo distinto de la «decisión» o el «dolo de actuar», como ya en la formulación se revela en cierto modo. Y con razón. Porque lo que distingue a todos los grupos mencionados con respecto a la omisión «no querida» no es, digamos, la «decisión» o el «dolo» de omitir, sino el conocimiento de la acción omitida, o más exactamente: la consciencia de la propia capacidad de realizar la acción concreta (prescrita). *La omisión «querida» y la «no querida»* no *se distinguen* en la «forma» de la negación de la voluntad, sino *en la existencia o ausencia de la consciencia de la propia capacidad de acción;* con mayor propiedad cabe denominarlas omisión *consciente* e *inconsciente,* denominación que evita la equivocidad de «querida/no querida».

Naturalmente, BIERLING [221] se ve compelido, desde su terminología, a distinguir entre omitir «querido» y «no querido», y llega a hablar de omi-

[219] Así COSSÍO, *Österr. Z. f. Öff. R.*, 1948, p. 346.

[220] ¡Con razón! Pues no se entendería por qué la persona voluble, que abandona una vez más su resolución de obrar, tendría que ser castigada por «dolo», mientras que, p. ej., a aquel que en absoluto concibe una resolución así sólo se le haría responder por imprudencia, o incluso quedaría impune. A este resultado llega consecuentemente de hecho H. MAYER, *Strafrecht*, p. 247.

[221] *Prinzipienlehre*, III, p. 115.

co, nadie dirá que ha omitido de modo «querido». Viceversa, de quien en el momento crítico sigue estando sin decidirse a realizar la acción que le es posible, la omisión se calificará casi siempre de «querida», si piensa en la acción ausente.

Al dato negativo de que *no* existió una decisión, *con poder fáctico*, de realizar la *acción* posible, debe añadirse, pues, algo más, si es que ha de distinguirse a la omisión «querida» de lo «no querida». Si se piensa en el «dolo de omitir», éste ha de consistir en la *decisión* (¿con poder fáctico?) *de no obrar*. Se trata, como BIERLING y MEZGER sostienen, de un «comportamiento interno de rechazo positivo, contrario al hacer imaginado como fin posible, pero no querido» [215], de un «rechazo real de un pensamiento que existe y que se abre paso» [216].

Un «dolo de omisión» así determinado no puede constituir la voluntad de realización dirigida a omitir; esto ya se dejó bien claro [217]. Pero el «rechazo» que constituiría esta «decisión de omitir» podría revelarse como criterio de la omisión calificada como «querida»; podría ser, pues, el fundamento de que se imponga la separación de omisión «querida» y «no querida». ¿Qué ocurre con este «rechazo interno positivo»?

1. Este «rechazo interno» también aparece «positivamente» cuando quien permanece inactivo ya ha adoptado la decisión de actuar, pero la abandona. Esto se ha denominado «contradecisión», situación psíquica que en todo caso se limita a escasos supuestos (y más escasos aún son aquellos en que cabe demostrarla) [218].

2. Con más frecuencia puede ocurrir que el omitente ya haya adoptado la decisión de obrar y no la «abandone», pero que esta decisión no tenga «poder fáctico» y la acción no llegue a producirse: el padre ya decidido, no obstante, omite denunciar el plan delictivo de su hijo. Aquí lo que falta es el «apoyo» posterior de la decisión de actuar; del *plan del hecho*

---

[215] BIERLING, *Prinzipienlehre*, III, p. 25.

[216] MEZGER, *Studienbuch*, I, p. 57. Cfr., asimismo, G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, pp. 27 ss. Exigencias aún más intensas plantea Hellmuth MAYER, *Lehrbuch*, p. 247; en contra, MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 243.

[217] Cfr. *supra*, pp. 84 ss. y 90 ss.

[218] Acerca de estos supuestos ha señalado con buen criterio TRAEGER: «El denominado impulso inhibitorio de ninguna manera es una resolución de reprimir» (TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 19). El abandono de la resolución de actuar, el «cambiar de decisión», no es, pues, ninguna resolución de omitir, al menos no en el sentido y con los elementos que concurren en la resolución de actuar.

Evidentemente, es cuestión terminológica hablar de «resolución»; y así siempre puede *llamarse* «resolución de omitir» al «rechazo interno positivo» del plan de actuar previamente existente. El que no se trata de una «resolución» en el sentido de voluntad de realización se deduce de las consideraciones precedentes (*supra*, pp. 73 ss.). El que tampoco concurre (ni se ejecuta) una «resolución» relativa a una *acción de interferencia* lo ha puesto de manifiesto TRAEGER (*Unterlassungsdelikte*, pp. 17 ss.). En el texto se trata sólo del «rechazo positivo interno» (que *se da* en el grupo de supuestos indicado) y de su trascendencia para la delimitación de lo que solemos denominar omisión «querida».

tir consciente, pero no querido, e inconsciente, pero querido [222]: «Quien se echa a dormir para que pase, sin remordimientos de conciencia, el momento en que ha de llevar a cabo determinada acción, con seguridad ha querido la omisión de la acción debida y, sin embargo, al final ha omitido inconscientemente en el momento decisivo». Aquí BIERLING deja de tener en cuenta que el durmiente no sólo no tiene consciencia, sino tampoco voluntad; por tanto, debería negar, asimismo, la omisión «querida» si niega la «consciente». A fin de cuentas, hay que darle la razón a BIERLING; lo que ocurre es que se trata de un omisión *consciente*. También es desacertado el ejemplo inverso de BIERLING [223]: «Donde alguien se considera forzado a una omisión, juzgando imposible obrar positivamente de determinada manera, y, sin embargo, no deja de pensar en ello», hay un «omitir consciente y, sin embargo, no querido». Aquí BIERLING pasa por alto que el omitir ha de referirse a una acción *posible* para el omitente; por eso aquí lo que falta es la «omisión».

b) Hay un malentendido más que acompaña a la omisión «querida» cuando se conecta a ella el «rechazo interno positivo». Se parte de la acción «esperada», «prescrita», vinculando con ella la idea de que en toda persona opera un *impulso natural* a ejecutarla. Para no salvar hace falta un rechazo interno «real».

Pero esto es incorrecto ya psicológicamente, pues, por una parte, este «motivo o impulso que se impone» de evitar peligros a terceros de ningún modo constituye el supuesto normal [224]; por otra parte, justamente cuando opera un impulso de salvar y el autor, sin embargo, no obra, no se trata de un «rechazo interno positivo»; la decisión de salvar no llega a materializarse, y nada más [225]. Al final, se atiende aquí al proceso de motivación, donde únicamente se pregunta por la «voluntad de omitir» como producto de la formación de la voluntad» [226]. Como no se quiera revitalizar las teorías de la interferencia, en vano se buscará la «voluntad de omisión» como decisión de reprimir un impulso [227].

---

[222] BIERLING, *Prinzipienlehre*, III, p. 115.

[223] *Prinzipienlehre*, III, p. 117.

[224] Se tiene presente siempre como modelo la relación materno-filial.

[225] Cfr. el ejemplo de H. MAYER, *Strafrecht*, p. 247: «Si un nadador descuidado es absorbido por un remolino cerca del muelle, puede que haya 50 transeúntes que lo contemplen inactivos. Cada uno de ellos sabe que ahora mismo tendría que lanzar el salvavidas al nadador, antes de que a éste le fallen las fuerzas. Ninguno obra dolosamente si no adopta la resolución». El proceso psíquico está expuesto de modo plenamente convincente; lo único es que H. MAYER saca la siguiente consecuencia: «Por eso es imposible castigar por el § 330 c».

[226] Cuestión totalmente distinta es que llegue a tener trascendencia para la *reprochabilidad* el proceso de motivación y en particular el «motivo del deber».

[227] Una observación más, relativa a las consecuencias de la doctrina de la interferencia, errónea ya desde el punto de vista psicológico: si se defiende el carácter de acción de la omisión haciendo que una resolución de reprimir inhiba el impulso «natural» de obrar, también debe ser válido lo contrario para todas las acciones, pues en la acción desde luego han surtido efecto (y no han sido reprimidos) «impulsos». ¡Las ventajas de convertir las omisiones en acciones se obtendrían al precio de convertir las acciones en omisiones!

c) También se sustenta la «voluntad de omisión» en la diferencia entre *«non velle»* y *«nolle»* [228]. El mero «no querer», en el sentido del *«non velle»*, sencillamente niega la existencia de una decisión de realizar determinada acción, siendo, por tanto, propio de *todas* las omisiones. En cambio, al *«nolle»*, como «decisión que niega», corresponde «la representación de lo que se niega» [229]. «Es la propia persona que permanece inactiva quien debe haberse representado la actividad» [230]

No obstante, ya el punto de partida de esta diferenciación es rebuscado; entre «querer que no» y «no querer», entre *«nolle»* y *«non velle»*, no cabe distinguir razonablemente en la relación aquí relevante; la distinción entre *«nolle»* y *«non velle»* sólo es posible cambiando el plano de consideración:

El *«nolle»* se refiere a la consciencia del *omitente* acerca de su estado psíquico, consistente en que el omitente *no* tiene la decisión de una determinada *acción*. El *«non velle»* expresa el mismo estado, sin, no obstante, requerir el conocimiento del omitente sobre la ausencia de decisión de una acción determinada; el que observa aquí es *un tercero*. *«Non velle»* una acción determinada es elemento esencial de *todas* las omisiones. *«Nolle»*, en cambio, significa que el propio omitente conoce su *«non velle»*, o sea, es observador en sentido figurado. Lo cual presupone que el omitente se ha percatado de su propia capacidad de acción; si no, no podría darse cuenta de que le falta la concreta voluntad de realización. Ahora bien, es posible que un tercero observador, a su vez, aparte del *«non velle»*, que desde luego se da en todo supuesto de omisión, incorpore, asimismo, en su constatación la relación intelectual del omitente con el hecho del *«non velle»*. Pero este tercero observador sólo puede entonces distinguir entre un *«non velle»*, acompañado de la *consciencia* de éste, y un *«non velle» inconsciente*. Así pues, la diferencia reside no en el plano volitivo, sino en el intelectual.

d) *La omisión consciente* [231]

Así ha quedado de manifiesto lo que se quiere decir con omisión «querida»: la omisión «consciente», o sea, el omitir acompañado del conocimiento del poder fáctico final. Esta confusión, sin embargo, no es más que uno de los malentendidos que se agrupan en torno al concepto de «omi-

[228] Cfr. BINDING, *Normen*, II, p. 110; RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 135.

[229] RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 135.

[230] M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 108; en términos semejantes MAURACH, *Lehrbuch*, 1, p. 173; RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 134.

[231] Acerca de la omisión «consciente» también KOLLMANN, *Handlungsbegriff*, pp. 172 ss.; G. HUSSERL, *Negatives Sollen*, pp. 27 ss. (al respecto nota 173 en pp. 68 ss.); A. ROSIN, *Die Natur*, pp. 73 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 176 ss. Sobre la significación dogmática del omitir consciente e inconsciente, *vid. infra*, pp. 127 ss.

e) *Síntesis*

La omisión no es *realización* de voluntad ni se sustenta en la *voluntad* de realización. Lo esencial para la omisión no es la dirección final del omitir, sino la finalidad potencial referida a la acción omitida.

Así pues, no existe la «voluntad de omisión» o el «dolo de omisión» en el sentido de voluntad de realización, tal como es propio de la dirección final. A ser posible, hay que evitar la expresión variopinta y equívoca de «omisión querida».

Casi siempre que se dice «omisión querida» se alude a la omisión «consciente», o sea, al no llevar a cabo una acción determinada aquel capaz de acción que es consciente de su poder fáctico. No obstante, esta consciencia de la propia capacidad de llevar a cabo determinada acción no es nada esencial de la omisión; también hay omisiones «inconscientes» [232]. Al respecto, ha de volver a subrayarse que *también la omisión inconsciente* requiere la capacidad de acción y, por tanto, la «base *cognoscitiva*» necesaria para poder desplegar una dirección de acción final: el captar la dirección de la acción, es decir, el objeto de la intervención (la «situación típica»). Así pues, «omisión inconsciente» es sencillamente omisión *sin* la consciencia del poder fáctico potencial sobre la acción (omitida) [233].

E. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO CONCEPTO GENERAL QUE ENGLOBA AL ACTUAR Y AL OMITIR

I. Sentido y forma de plantear el concepto de comportamiento

Si se plantea aquí la cuestión del «concepto general» que englobe a actuar y omitir no se hace con el «afán desesperado» de «salvar la unidad del sistema». Y ello no es así porque esta investigación aún se está moviendo en el terreno prejurídico. Pero además —permítaseme anticiparlo en función del contexto—, no me asusta la idea de una «escisión del sistema de arriba a abajo» que tanto impresionara a RADBRUCH [234], KOLLMANN [235] o GALLAS [236]. Por una parte, bajo las categorías valorativas de realización de tipo, injusto y delito, persiste la unidad formal a pesar de la «escisión». Por otra, la moderna teoría de la culpabilidad infiere un criterio *material* común para delitos de omisión y de comisión, pues con la reprochabilidad se añade al comportamiento antijurídico no sólo una nue-

[232] Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.
[233] Cfr. *supra*, pp. 93 ss.
[234] *Handlungsbegriff*, pp. 142 ss.
[235] *ZStW*, 29, pp. 387 ss.
[236] *ZStW*, 67, pp. 8 ss. *Vid.* ahora también SCHRÖDER, *StGB*, introd. II. 1.

sión querida». Es evidente que aquí surte efecto toda la pluralidad de acepciones de «querer»; en particular el desear suplanta al concepto de querer. Así, se habla de omisión querida cuando fue deseada la producción del resultado no impedida.

Sigue cabiendo duda acerca de si el término omisión «querida» se aplicaría, asimismo, en el supuesto inverso: el omitente deseaba fervientemente la producción de un suceso y sabía que podría haberlo impedido. Si se habla aquí de omisión «querida», está claro que se alude a la omisión «consciente»; quien quisiera hablar de omisión «no querida» se referiría en realidad a la no evitación «no deseada» del resultado. El indefinido concepto de «omisión querida» está abierto a todas las interpretaciones precisamente porque falta una auténtica voluntad de realización. Quien intente construir el «dolo de omisión» se topa con el problema, irresoluble en la omisión, de encontrar el límite entre el dolo eventual y la «imprudencia consciente». No hay criterio alguno para distinguir dolo e imprudencia en la omisión consciente.

El fenómeno de la omisión «consciente» podemos captarlo aún con mayor exactitud: el omitente consciente no sólo ha llegado a ser consciente del *objetivo* posible de la acción —esta base cognoscitiva es ya requisito de la capacidad de acción y, por tanto, de *toda* omisión—, sino que se ha percatado, asimismo, del camino que conduce al objetivo de la acción. A diferencia del que omite inconscientemente, para quien la vía de actuación *es* simplemente *cognoscible, ha captado* la posibilidad (o posibilidades) de alcanzar el objetivo. El que omite conscientemente, pues, ha desplegado ya un rendimiento intelectual que constituye la primera fase de la dirección final: *en relación con la acción omitida*, ya ha llevado a cabo un *plan del hecho*, aun cuando tras éste a menudo no haya existido *ninguna voluntad* seria de obrar, y en todo caso no una voluntad definitiva con poder fáctico. *En esta medida*, la «omisión consciente» contiene una parte de la acción omitida. Esta parte de acción puede estar configurada, en caso extremo, de manera sumamente intensa; así, cuando el omitente incluso había comenzado la realización exterior del plan; omisión, y consciente, existe también cuando se interrumpió la acción (omitida) antes de alcanzar el objetivo. En el otro supuesto extremo, la partecilla de acción que hay en la omisión consciente es minúscula o prácticamente igual a cero; algunas posibilidades de alcanzar un fin son evidentes, «se ocurren solas», sin necesidad de «esfuerzo» intelectual.

La omisión «consciente», con arreglo a lo dicho, contiene algo así como «dolo» (¡prescindiéndose del aspecto volitivo!), dolo referido a la *acción* omitida. Pero este dolo no sería un dolo de omitir, sino el dolo, no realizado, de actuar. Con respecto a la *omisión*, lo único que caracteriza a la omisión consciente es el conocimiento de la posibilidad de acción.

va valoración, sino, asimismo, como sustrato de ésta, la posibilidad de motivarse por la norma [237].

No obstante, el argumento de la escisión del sistema no debe llevar al empeño de, al refutarlo, nivelar las diferencias en un «concepto básico sistemático»; la heterogeneidad fundamental de la acción con respecto a la omisión no puede ni debe pasarse por alto, ni «en sí», ni en sus consecuencias dogmáticas.

Así pues, cuando en lo sucesivo se verifiquen las características comunes a acción y omisión, ello se hará con la exigencia pre-sistemática de mantener el desdoblamiento relativo a estas dos maneras específicamente humanas de reaccionar al entorno.

Esta cuestión está mal planteada desde el principio si los elementos estructurales de la acción se tratan de buscar, asimismo, en la omisión para formar a partir de ellos los elementos del «concepto general», pues si la omisión presentara la estructura de la acción —y ya hemos visto que no es éste el caso—, la omisión constituiría una acción, y sería superflua la cuestión del concepto general.

A la inversa, la demostración de MAIHOFER [238] de que la corporeidad y la voluntariedad (ésta entendida como «acto voluntario») no forman la esencia de la omisión, nada significa sobre si también sobre la base del concepto «causal» de acción han de reducirse acción y omisión al común denominador de un concepto general. Además, la posición que ataca MAIHOFER ya no se defiende, desde luego no lo hace MEZGER, que no considera ni corporeidad ni voluntariedad del acto como elementos esenciales de la omisión [239].

Ya RADBRUCH basaba su conocida tesis de la escisión no solamente en la falta de acto voluntario y corporeidad en la omisión: «La omisión no sólo tiene en común con la acción los elementos voluntad, acto y causalidad entre ambos, sino que se agota más bien en negarlos. De poseer, en lugar de éstos, otros elementos positivos, habría aún esperanza de conciliarla con la acción. Pero las dos no se dejan "encajar" así en un concepto general» [240].

---

[237] *Una* importante consecuencia dogmática *sí* que se deriva, evidentemente, de la tesis de la escisión: en el ámbito del tipo y del injusto *no* puede superarse la contraposición entre acción y omisión, y por eso tiene que estar excluido —consecuentemente— para los partidarios de la tesis de la escisión el captar mediante un tipo comisivo los supuestos de omisión. Pero tampoco debe esto extrañar, porque se deduce para el delito de omisión impropia ya por otros motivos.

[238] *Handlungsbegriff*, pp. 15 ss.

[239] Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 131 ss.; *Studienbuch*, I, p. 57.

[240] RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, p. 140 (cursiva mía).

II. La capacidad de acción como elemento común

La investigación ha puesto de relieve que la *omisión* posee un elemento *«positivo»*, la capacidad de acción [241], planteándose así la cuestión de si este poder fáctico final potencial también es esencial en la *acción*.

De hecho, no cabe negar que en toda acción está contenida la «capacidad de acción» y en todo dominio del hecho el «dominio potencial del hecho» [242]. No puede una persona demostrar de modo más contundente que le es posible determinada acción que llevándola a cabo. Así pues, la capacidad de acción no sólo es un requisito esencial de la omisión, sino, asimismo, de la acción. El hecho de que esto no requiera destacarse especialmente para el concepto de acción reside en su evidencia. Donde se ha actuado, sería absurdo plantear aún la cuestión de la capacidad de acción.

Así se refuta la objeción de RADBRUCH [243] de que «la posibilidad física de actuar» ciertamente es «elemento de la omisión, pero no un elemento que tenga en común con la acción». Y es que esta «posibilidad objetiva», que sólo representa una parte de la capacidad de acción [244], está, asimismo, contenida en la acción. Un acto que se realiza es también físicamente posible.

Otro tanto cabe oponer a la objeción de GALLAS [245] de que «lo que caracteriza a la acción no es la dominabilidad, sino el dominio por la voluntad» y, por otra parte, «el no llevar a cabo una acción sometida al dominio potencial de la voluntad ("posible") aún no significa omitir» si falta una expectativa.

Sin embargo, el curso de la acción que *es* dominada por la voluntad también es domin*able* por ésta; ciertamente, en secuencias articuladas de acciones existe dominio actual de la voluntad sólo con respecto a la parte acabada de realizar, y con respecto a las partes subsiguientes únicamente se da «dominabilidad» [246]. En todo caso, al comienzo de la actividad final está la decisión, pero en su origen la capacidad de acción. Nada cabe objetar contra una formación *genética* del concepto general para acción y omisión [247].

El segundo argumento de GALLAS, el de que para la omisión se requiere, asimismo, la expectativa, se basa en la teoría de la expectativa, con res-

---

[241] También RADBRUCH requería «la posibilidad física de obrar» (*Handlungsbegriff*, p. 141).

[242] WELZEL, *Strafrecht*, p. 27; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 157, 284; cfr. *supra*, p. 55.

[243] *Handlungsbegriff*, p. 141.

[244] Cfr. *supra*, pp. 55 ss.

[245] *ZStW*, 67, 11, nota 33.

[246] Según GALLAS, sólo existiría dominio del hecho actual pleno si ya estaban realizadas todas las fases... ¡con lo cual el dominio del hecho ya habría llegado a su fin! Es propio de los conceptos tanto de la voluntad como del dominio el estar orientados al *futuro*.

[247] Cfr. también ENGISCH, *Kohlrausch-Festschrift*, p. 170.

no llega a nivelar las diferencias, ya que el «hacer» no es un «omitir», el empleo del concepto «acción» como concepto general sólo puede dar lugar a confusión [256]. De ningún modo la «teoría de la acción» es, asimismo, «teoría de la omisión»; ello se ha resaltado con la suficiente claridad en esta investigación y ha de aparecer con mayor claridad aún en la dogmática. Por muy referida que la omisión esté a la acción, de ningún modo cabe hablar de una aplicación inmediata de conocimientos de la teoría de la acción a la omisión [257].

Así pues, el «comportamiento» es «la actividad o pasividad física de la persona, sujeta a la *capacidad* de dirección final de la voluntad» [258]. La persona capaz de acción «se comporta», o bien llevando a cabo la acción que le es posible, o bien no ejecutándola. Ahí reside precisamente lo común y lo distintivo: la capacidad de acción instaura la unidad del concepto global «comportamiento»; pero este comportamiento no puede definirse sin asumir el «o bien, o bien», pues *tampoco* en el concepto de comportamiento cabe eliminar la contradicción entre «acción» y «omisión». Lo único es que se descubre la raíz común, pero todo intento de nivelar en el concepto global el carácter contrapuesto de acción y omisión necesariamente desembocaría en reinterpretar la omisión como acción, o viceversa [259].

Con el de comportamiento se consigue el concepto que designa la reacción de la persona a su entorno, a las posibilidades que se *le* ofrecen. La persona puede *aprovechar* su capacidad de acción referida a la situación, llevando a cabo la acción que le es posible, «actuando»; o puede *dejar pasar* la oportunidad favorable, *no* llevando a cabo la acción posible, «omitiendo». Estas dos formas de tomar postura ante las «posibilidades que se ofrecen» caracterizan la existencia específicamente humana, integran «el comportamiento» de la persona [260].

---

[256] FINGER, *Deutsches, Strafrecht*, I, p. 273; DALL'ORA, *Condotta*, pp. 8 ss.

[257] En favor del «comportamiento» como concepto general comprensivo de «acción» (hacer) y «omisión» se han pronunciado: ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 101; BIERLING, *Prinzipienlehre*, I, p. 242; DALL'ORA, *Condotta*, pp. 7 ss.; FRANK, *StGB, Einleitung*, p. 4; GERLAND, *Reichsstrafrecht*, pp. 88 y 125; HAFTER, *Lehrbuch*, p. 74; HEGLER, *ZStW*, 36, p. 24, nota 11; HEIMBERGER, *Strafrecht*, p. 29; R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, pp. 126 ss.; HÖPFNER, *ZStW*, 36, p. 113, nota 10; KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 284; KOHLER, *Leitfaden*, p. 24; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, pp. 3 y 5; NAGLER, *LK*, I², introd., p. 20; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, p. 43; RITTLER, *Strafrecht*, I, p. 59; A. VOGT, *ZStW*, 63, p. 382; V. WEBER, *Grundriß*, pp. 52 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, p. 27.

[258] WELZEL, *Strafrecht*, p. 27.

[259] El que una tentativa así sería inidónea lo ha puesto de manifiesto RADBRUCH (*Handlungsbegriff*, p. 140), quien intenta definir el «concepto general»: «Lo proveniente de un sujeto humano libre de coacción —¿y qué más?, ¿qué sustantivo hemos de añadir a este atributo?—». En realidad, no puede definirse el comportamiento como algo «proveniente» de una persona; la omisión es precisamente no realización de una acción, de manera que no «proviene de una persona». Pero de este modo aún no se ha rebatido que quepa encontrar lo común a acción y omisión a partir de la raíz.

[260] Cfr. HEGLER, *ZStW*, 36, p. 24, nota 11: «El comportamiento como posición actuante de una persona con respecto al mundo exterior (inclusive su propio cuerpo) puede ser positivo (intervención) o negativo (no intervención)».

pecto a la cual ya se tomó posición *supra* [248]. Pero aun considerando la «expectativa» —general— como requisito de la omisión, esta exigencia adicional de la omisión nada cambiaría en que la «capacidad de acción» constituya un elemento *común* a omisión y acción.

Esta solución ya está prefigurada en ENGISCH [249], al no limitarse en éste el concepto de la «voluntariedad» al «acto voluntario», sino entenderla como «dominabilidad por parte de la voluntad», como «libertad de acción», poniéndose así de manifiesto que también sobre la base del concepto «causal» de acción o del concepto «social» de acción, fundado sobre aquél, puede fundamentarse un concepto global común para acción y omisión, reconociendo —por formularlo con MEZGER— la «posibilidad del querer» como elemento instaurador de la unidad [250]. La imposibilidad de encontrar un concepto básico comprensivo del hacer y del omitir no tiene por qué ser —como cree MAIHOFER [251]— el sino del concepto «natural» de acción [252].

III. El comportamiento

En la «capacidad de acción» se ha encontrado, pues, el elemento común a acción y omisión. Cómo se denomine a este concepto general constituye —como destaca con razón MAIHOFER [253]— una cuestión puramente terminológica. En la doctrina se encuentran varias combinaciones: se denomina al todo «acción», dividiéndolo en «hacer» («comisión», «actividad positiva») y «omitir» («actividad negativa») [254]; se divide la «acción en sentido amplio» en «acción en sentido estricto» y «omisión» [255]; o se elige como concepto global uno nuevo, el de *«comportamiento»*, comprensivo de la «acción», por una parte, y de la «omisión», por otra. Ha de preferirse esta última vía, pues como el concepto general

---

[248] Pp. 70 ss.

[249] *Kohlrausch-Festschrift*, pp. 164 ss.

[250] Por eso no es necesario atender, con ENGISCH (*Kohlrausch-Festschrift*, pp. 163 ss.), a un «ocasionar objetivamente las consecuencias» común a hacer y omitir. El concepto global puede hallarse tanto desde el concepto de acción «causal» como desde el «social», *sin* afirmar la causalidad de la omisión.

[251] *Handlungsbegriff*, p. 33.

[252] MAIHOFER (*Handlungsbegriff*, p. 22, nota 58) considera la referida solución de ENGISCH un «refugio», que no da lugar a «resolver (*Lösung*) estas dificultades, sino a desligar (*Loslösung*) el concepto de acción del concepto de voluntariedad». Lo cual sólo sería correcto si realmente se abandonara el *acto* volitivo como requisito de la acción (el «hacer» en el sentido de ENGISCH); a lo cual no se ve forzado, sin embargo, ENGISCH, pues con el «acto volitivo» se da siempre la «voluntariedad» en el sentido de la «libertad de obrar».

[253] *Handlungsbegriff*, p. 13; DALL'ORA, *Condotta*, p. 8.

[254] Así, p. ej., DREHER-MAASSEN, *StGB*, Introd., p. 1; ENGISCH, *Kohlrausch-Festschrift*, p. 164; KOHLER, *Strafrecht*, p. 213; V. LISZT, *Lehrbuch*, p. 116; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 125; H. MAYER, *Strafrecht*, p. 42; M. E. MAYER, *Allgemeiner Teil*, pp. 108 ss.; E. SCHMIDT, p. 154; A. BÖHM, *Rechtspflicht*, p. 15.

[255] P. ej., MEZGER, *Lehrbuch*, p. 91.

Por lo general, a la persona se le abren en todo momento toda una serie de direcciones de acción. Al acogerse a una posibilidad de acción, al emprender una acción determinada, necesariamente tiene que desaprovechar otras posibilidades. Por eso el número de «omisiones» es en cada caso mayor que el de acciones [261]. Esta situación explica el distinto rigor de la intervención de la prohibición comparado con la del mandato: si una acción está prohibida, aún queda gran número de otras posibilidades de acción; en cambio, actuar cumpliendo un mandato excluye por completo el adoptar todas las demás posibilidades de acción existentes en ese mismo momento [262].

F. AVANCE DOGMÁTICO

I. Resultado dogmático intermedio

a) El provisional esquema estructural del delito omisivo *supra* esbozado [263] puede ahora llenarse de contenido, a tenor del curso del análisis, con la capacidad de acción; ésta será una de las tareas de los epígrafes siguientes. Y es que *la capacidad de acción constituye la piedra angular de toda la dogmática del delito omisivo.*

b) El dolo del hecho es un supuesto particular de la voluntad final de realización, la voluntad de realización jurídico-penalmente relevante, dirigida a la realización de la acción descrita en el tipo [264]; los límites del nexo final forman, asimismo, los límites del dolo, como ya he intentado mostrar en otro lugar [265]. Ahora bien, como nuestra investigación ha llegado al resultado de que tanto el nexo causal como la dirección final en la omisión no sólo pueden faltar, sino que necesariamente tienen que faltar, con ello ya está prejuzgado, asimismo, cierto resultado dogmático: el *dolo* en el sentido de la voluntad de realización *le falta al delito de omisión.* Con todo, es necesaria ulterior demostración en el sentido de si lo que se suele entender por «dolo de omitir», esto es, la omisión consciente, tiene razón de ser dogmática en el delito de omisión.

---

[261] Cfr. ENGISCH, *MonKrimBiol.*, 1939, p. 423; WELZEL, *Strafrecht*, p. 175.

[262] ENGISCH, *MonKrimBiol.*, 1939, p. 432.

[263] *Supra*, p. 36.

[264] WELZEL, *Das neue Bild*, p. 10; *Strafrecht*, p. 36; V. WEBER, *Grundriß*, pp. 63 ss.; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 218; NIESE, *Finalität*, p. 9; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 151 ss.; Armin KAUFMANN, *ZStW*, 70, p. 64.

[265] *ZStW*, 70, pp. 65 ss.

II. El principio de inversión

Pero también ha de revelarse ya, sobre la base de lo hasta aquí indicado, la clave con cuya ayuda descifrar (desde la posición central que asume el poder fáctico final potencial) todas las demás cuestiones dogmáticas del delito de omisión.

a) Hemos visto que tampoco el concepto general del «comportamiento» puede nivelar las dos formas de comportamiento acción y omisión. Bien es verdad que acción y omisión no están meramente yuxtapuestas, según señalaba RADBRUCH, como *a* y *no a*, pues en esta fórmula no se tiene en cuenta a la persona y a su poder fáctico. Si se llama *A* a la persona capaz de una acción determinada y *a* a la realización de esa acción, habría que llamar a la acción *A+a* y a la omisión *A+no a*. Nótese que queda intacta la antítesis entre el actuar (en determinada dirección) y el permanecer inactivo. En esta medida, *la omisión está invertida con respecto a la acción:* para ella son esenciales la *falta* de causalidad y la *falta* de finalidad; la presencia de ambas, que caracteriza a la acción, justamente descartaría a la omisión. El «problema causal» de la omisión, en realidad, es el problema de la «causalidad potencial» de la realización de voluntad omitida, imaginada, mientras que en la acción el problema causal se refiere a ella misma. El poder fáctico final se refiere en el hacer positivo a este mismo, y en la omisión, en cambio, no a «la omisión», sino a la acción ausente.

Se trata aquí de una perspectiva que ya se anuncia en varios partidarios de la «teoría de la expectativa» (y desde luego no sólo en ellos): es la idea de trasladar, «invirtiéndoles el signo», todos los datos obtenidos en el delito comisivo a la acción «imaginada», «esperada», a la *acción* omitida, y mediatamente al propio delito omisivo [266]. Así, ENGISCH [267] recurre a la «acción positiva añadida mentalmente» que se omite. Asimismo, en el «poder fáctico final potencial» de WELZEL está la referencia al dominio final sobre la acción *omitida*. Para GALLAS, es una «finalidad *imaginada*» aquella cuya «ausencia» en el delito omisivo alcanza, como «referencia negativa con lo final, importancia material» para la determinación del juicio jurídico de desvalor [268]. Y MEZGER subraya —bien que sin sacar las consecuencias oportunas— que la «acción esperada» ¡posibilita «trasladar todos los datos obtenidos en el hecho comisivo, asimismo, al hecho omisivo»! [269].

b) En el fondo, ya no es necesario destacar con claridad la relación lógica aquí aludida, elevándola a principio; una vez captado el alcance de

[266] *Cfr. supra*, p. 76.
[267] *MonKrimBiol.*, 1939, p. 424.
[268] GALLAS, *ZStW*, 67, p. 40 (cursiva en el original).
[269] *Studienbuch*, I, p. 73; *cfr. supra*, p. 57.

con respecto a la acción en tanto que a aquélla le es esencial la *falta* de una *acción* determinada. O, expresándolo en términos normativos: el mandato requiere una acción; la prohibición, omitir una acción [271]; tanto el deber de actuar como el deber de omitir requieren la capacidad de acción [272].

De todos modos, este «principio de inversión», a partir del que parecen resolverse sin esfuerzo *deductivamente* muchos problemas, no ha estado ahí al comienzo de las ulteriores indagaciones, sino que se deducía como común denominador al que cabía reducir los resultados de esfuerzos *inductivos* referidos a las cuestiones particulares. Con todo, el carácter evidente de este común denominador confirma, a mi juicio, que son correctos los resultados que pueden reducirse a él.

El alcance de esta idea de que en el delito omisivo se «invierten» los signos de la dogmática de la comisión se esboza ya aquí para dirigir la atención del lector, desde el principio, hacia este importante punto de vista.

[271] Cfr. también *supra*, pp. 25 ss.
[272] *Vid. supra*, pp. 34 ss.

esta idea no resulta difícil extraer, más allá de los puntos de partida, *todas* las consecuencias.

1. *Desde el punto de vista de la función dogmática cabe formular así este* ***principio de inversión****: en el delito omisivo aparece el mismo efecto jurídico que en el delito comisivo si en relación con la acción omitida concurre la* ***estructura inversa*** *que en la acción cometida.*

Permítaseme esbozar a vuelapluma algunas consecuencias evidentes de este principio:

No hay que hablar de la «comisión de la omisión», sino del *omitir la comisión* de la acción prescrita, a pesar de contar con capacidad de hacerlo.

Lo importante *no* es *la decisión* («dolo») de «cometer la *omisión*», sino la *falta de la decisión de llevar a cabo* la acción prescrita, a pesar de existir la capacidad de decidir.

No es relevante la *«tentativa de omisión», sino omitir la tentativa* de realizar la acción prescrita, a pesar de contar con la capacidad para ello.

Lo significativo no es la «autoría mediata *por* omisión», sino la *omisión* de ejecutar la *acción* prescrita *como autor mediato.*

No hay «complicidad con la omisión», sino *omisión de la complicidad* para que un tercero cumpla el mandato.

2. *El principio de inversión cabe formularlo, asimismo, de otro modo, desde la* ***homogeneidad de los fenómenos:*** *si en la* ***acción*** *omitida aparece la misma manifestación que en la* ***acción*** *cometida, en el delito comisivo depara el* ***efecto inverso.***

También aquí surgen en seguida algunos supuestos de aplicación:

Mientras que realizar la acción *prohibida fundamenta* la tipicidad en el delito comisivo, en el omisivo precisamente la realización de la acción *prescrita excluye* la tipicidad.

La tentativa fallida de realizar la acción *prohibida da lugar* (en su caso) a punibilidad; la tentativa fallida de realizar la acción *prescrita tiene efecto eximente.*

El desistimiento de la tentativa de la acción *prohibida excluye* la punición; el desistimiento de la tentativa de realizar la acción *prescrita determina* la punición.

La «inducción» a la acción *prohibida* ha de valorarse *negativamente;* la «inducción» a la acción *prescrita, positivamente.*

c) Lo correcto de este principio de inversión se deriva de que —*existiendo en ambos casos la capacidad de acción* [270]— «invierte» la omisión

[270] Cfr. *supra*, pp. 55 y 99 ss.

CAPÍTULO TERCERO

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA

SUMARIO: A. EL TIPO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA CUASI-DOLOSOS. I. El concepto de tipo en los delitos de omisión. *a)* La propuesta de estructura de FINGER. *b)* La función del tipo. II. La ausencia de la acción prescrita y la capacidad de acción como elementos del tipo. *a)* La ausencia de la acción prescrita y la «situación típica» como elementos del tipo. *b)* La integración de la capacidad de acción en el tipo. 1. Problema que se plantea. 2. ¿Es la «capacidad física de acción» elemento autónomo del tipo objetivo? 3. El transcurso de la dirección final como punto de partida. III. La tentativa interrumpida de cumplir el mandato. *a)* Observación previa. *b)* Significado de la tentativa interrumpida de cumplir el mandato. IV. La tentativa fallida de cumplir el mandato. V. Omisión consciente y dolo. *a)* Omisión «consciente» e «inconsciente» («El deber de examen»). *b)* El límite entre el delito de omisión «cuasi-doloso» y la imprudencia. *c)* ¿Basta con modificar el concepto de dolo? *d)* La exigencia de dolo por parte de la ley y el obrar con tendencia a cumplir el mandato. *e)* El dolo eventual «inverso». *f)* Resultados. VI. ¿Es elemento del tipo el deber de obrar? VII. Resumen de la estructura del tipo. *a)* La incardinación de la tentativa de cumplir el mandato. *b)* Articulación del tipo en el delito de omisión «cuasi-doloso».—B. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN «CUASI-DOLOSO». I. Especiales elementos de la antijuricidad. II. Las causas de justificación. *a)* Justificación legal. *b)* Justificación supralegal.—C. LA REPROCHABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA. I. La teoría de la culpabilidad y las contravenciones de mandatos. II. La cognoscibilidad del deber jurídico en particular. *a)* El deber de obrar como elemento de referencia. *b)* «Teoría del dolo» y «teoría de la culpabilidad». *c)* La evitabilidad del error sobre el deber de obrar. *d)* El límite entre el error sobre el deber y el error excluyente del tipo. III. La inexigibilidad. *a)* Alcance de la inexigibilidad. *b)* ¿Comporta la inexigibilidad que quede excluida la culpabilidad? *c)* La exigibilidad como problema de la cuantificación de la culpabilidad. *d)* Acerca de la teoría de la responsabilidad por el hecho.—D. EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA IMPRUDENTE. I. Observación preliminar. II. Imprudencia y principio de inversión. *a)* La realización no querida de la consecuencia pretendida por el mandato. *b)* La no realización de la consecuencia pretendida por el mandato y perseguida por el obligado. III. La contrariedad a cuidado en el obrar con tendencia a cumplir el mandato. *a)* La estructura de esta infracción del cuidado. *b)* Concepciones discrepantes sobre la existencia o el alcance de la imprudencia en el delito de omisión propia. *c)* La punibilidad del delito de omisión propia imprudent-

de indicarse aquí que se trata de lo que la terminología predominante llama delitos de omisión propia «dolosos». De todos modos, la investigación subsiguiente no parte, por ejemplo, de la premisa de que en el terreno de la omisión haya un objeto que se corresponda con los conceptos «dolo» e «imprudencia» del ámbito de los delitos comisivos. En esta medida, el epígrafe que sigue anticipa un resultado que se pondrá de manifiesto en el curso de la investigación.

A. EL TIPO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA CUASIDOLOSOS

I. El concepto de tipo en los delitos de omisión

Ya se ha destacado [1] que, también en los delitos de omisión, la tipicidad constituye el elemento básico de la estructura del delito, según entiende la doctrina dominante [2]. No obstante, hace falta justificar este punto de partida, pues ni es indiscutido, ni tan evidente como en principio pudiera parecer.

a) *La propuesta de estructura de* FINGER

FINGER ha desarrollado para los delitos de omisión propia una estructura sustancialmente distinta del esquema de los delitos comisivos, y es la siguiente [3]:

> «El mandato está siempre vinculado a determinados requisitos (no contiene simplemente el precepto de obrar, sino el precepto de obrar en determinadas circunstancias). Requisitos del delito omisivo, pues, son:
>
> 1) que se dieran las circunstancias previstas en el mandato,
> 2) que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo,
> 3) que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida.
>
> El suceso exterior, en el delito de omisión propia, consiste en no hacer, en la pasividad. Por ello, de acuerdo con la naturaleza de estos delitos, no pueden señalarse elementos especiales, caracterizadores del tipo objetivo».

---

[1] *Vid. supra*, pp. 35 ss.

[2] Cfr., p. ej., BELING, *Verbrechen*, p. 28; GERLAND, *Reichsstrafrecht*, pp. 165 ss.; MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 231 ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, p. 111; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 133, 151 ss.; MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 132 ss.; NAGLER, *LK*, I[9]; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 173; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, introd., V.2; V. WEBER, *Grundriß*, pp. 56 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, p. 276.

[3] FINGER, *Deutsches Strafrecht*, I, p. 294; materialmente coincidente FINGER, *Strafrecht*, 1932 (en STAMMLER), p. 452.

le. *d)* La «temeridad» del § 138.III en particular. IV. El «elemento comisivo» de la imprudencia omisiva. *a)* Problema que se plantea. *b)* Grupos de casos. *c)* Elemento omisivo y elemento comisivo de la imprudencia.—E. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA. I. El omitir la participación en el cumplimiento del mandato. *a)* La «participación» como objeto del deber. *b)* Problemas dogmáticos. II. ¿Existen formas de autoría en el delito omisivo? *a)* ¿Coautoría? *b)* ¿«Autoría omisiva mediata»? III. ¿Inducción *a*, y complicidad *en*, la omisión? IV. El «disuadir del hacer prescrito». *a)* El fenómeno. *b)* La disuasión y el principio de inversión. *c)* Problemática que se plantea. V. ¿Delitos omisivos por comisión? *a)* Los grupos de casos problemáticos. *b)* Resultados fortuitos. *c)* La cuestión central. *d)* Resultado.—F. LA OMISIÓN INTENTADA Y EL OMITIR LA TENTATIVA DE CUMPLIR EL MANDATO. I. Estado de la doctrina. II. Mandato de evitar el resultado y mandato de actividad. *a)* Mandatos de evitar el resultado. *b)* Mandatos de evitar una lesión de bien jurídico. II. La tentativa de omitir. *a)* La piedra de toque de la «tentativa de omisión». *b)* ¿Existe la tentativa inacabada de omisión? *c)* ¿Existe la tentativa fracasada de omisión? IV. El omitir la tentativa de cumplir un mandato. *a)* La acción imaginada y negada. *b)* La capacidad de tentativa. *c)* El principio de inversión en el omitir la tentativa de cumplimiento. *d)* El desvío con respecto al curso previsible del suceso en el delito de omisión. *e)* ¿Existe el arrepentimiento activo en el delito de omisión? *f)* El omitir la tentativa de cumplimiento supersticiosa. V. Tipos de tentativa con signo inverso. VI. Resumen.

El ámbito de los delitos incluidos en los de omisión propia no se va a delimitar aquí. El límite de los delitos de omisión propia ya se ha trazado en una dirección: como delitos *omisivos* que son, se distinguen de los delitos de comisión, caracterizándose por infringir deberes *de actuar*, infracción que consiste precisamente en una omisión. Ya se han analizado exhaustivamente ambas cuestiones; así pues, frente a los delitos *de comisión* está deslindado el ámbito de delitos de omisión propia. Queda por decidir, y de momento deberá seguir quedando, si —y en su caso en qué— se distinguen de los delitos de omisión *impropia*. Al respecto ha de investigarse, en primer lugar, la estructura de los delitos de omisión *propia*, para después poder preguntar, en el marco de los de omisión *impropia*, por criterios distintivos.

A efectos de ejemplificar, en lo sucesivo sólo se recurrirá, en la medida de lo posible, a aquellos preceptos legales en que no se cuestiona su pertenencia al grupo de los delitos de omisión propia. Conocidos son los ejemplos más importantes: los delitos menos graves de los §§ 138 y 330 c del Código Penal alemán. Además, las contravenciones y el Derecho penal especial ofrecen multitud de ejemplos.

La secuencia de los siguientes apartados de la investigación está prefigurada por la estructura del delito: tipicidad, antijuricidad, reprochabilidad. En el análisis de los problemas conexos, el orden secuencial no expresa un prurito sistemático, sino que obedece a razones de exposición adecuada. La investigación se dirige, en primer lugar, a los delitos de omisión propia «cuasi-dolosos». La elección del concepto «cuasi-doloso» sólo se justificará después, si bien para aclarar el objeto de la investigación ha

Con esta articulación de FINGER concuerda STORSBERG [4], quien considera «erróneo hablar de tipo de omisión. El tipo del delito comisivo abarca circunstancias del hecho y acción típica. La norma de la omisión sólo contempla las primeras» [5].

La concepción de FINGER y STORSBERG, ya en su planteamiento, se basa en una confusión, al entender que en los delitos comisivos hay que distinguir entre circunstancias del hecho y acción típica. En realidad, todas las circunstancias del hecho sólo sirven para caracterizar la acción descrita en el tipo [6]. En principio, otro tanto ocurre en los delitos de omisión; también aquí las «circunstancias del hecho» describen una acción, evidentemente, la debida, la que no se ha producido. Sin embargo, las circunstancias del hecho, por eso mismo, no son elementos de algo inexistente, sino justamente elementos de una omisión. Y nada cambia en ello porque —como destaca FINGER con razón— no se dé tipo «objetivo» en el sentido de un curso causal externo.

Con todo, esta cuestión es de más hondo calado. Tanto FINGER como STORSBERG ponen en primer plano los requisitos de la existencia del deber, a saber, «las circunstancias previstas en el mandato» (la «situación de deber») y el «poder obrar». Así pues, sólo si consta que existe deber de obrar se verifica la «infracción de deber», el «permanecer inactivo» [7].

Al respecto, hay que señalar, en primer lugar, que así *puede* abordarse la estructura del delito. Incluso se ajusta a una consideración específicamente de lógica de la normas el proceder así, pues el deber constituye el *prius* lógico de la contrariedad a deber. *Antes* de que la persona obre u omita, debe constar si está obligada a omitir la acción, o si existe un deber de realizarla. Pero en seguida se pone de manifiesto que este razonamiento conlleva más consecuencias: y es que el concreto deber de obrar o de omitir está excluido cuando media una causa de justificación [8]. Pero el comportamiento no está justificado sólo *post festum*, como pudiera dar a entender la expresión; la causa de exclusión del injusto es en realidad una causa de desobligación: quien obra en legítima defensa *actúa* ya de con-

---

[4] STORSBERG, *Nothilfepflicht*, pp. 46 ss.

[5] De aquí deduce STORSBERG para los delitos de omisión propia la siguiente estructura: 1. La «situación de deber» (p. ej., la situación de desamparo y el conocimiento de ésta). 2. La contrariedad a deber: *a)* verificación de la conducta debida; *b)* posibilidad objetiva y personal de la conducta debida y deficiencia de la conducta real con respecto a la debida y posible. 3. Las causas de justificación. 4. La culpabilidad.

En términos semejantes estructuró antes WELZEL (*NJW*, 53, pp. 328 ss.) el delito de omisión propia: 1. Contenido del deber de obrar. 2. La infracción de deber. 3. Causas de justificación. 4. La culpabilidad. *Vid.*, no obstante, ahora WELZEL, *Strafrecht*, pp. 176 y 466; donde también sigue la estructuración trimembre aquí propugnada: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad.

[6] Prescindiendo aquí de los elementos de la autoría; acerca de éstos, *supra*, p. 34, nota 49.

[7] Los pormenores de la verificación no interesan aún en este lugar.

[8] WELZEL, *Strafrecht*, p. 70; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 250 ss.; cfr. *supra*, p. 31.

formidad a Derecho; para él, desde el principio, no existía deber de omitir [9].

Sin embargo, la lógica interna de este razonamiento no da más de sí: también la capacidad de motivarse por la norma se encuentra ya al comienzo del comportamiento. También ésta existe o no existe, con independencia de cómo se comporte luego el autor. Sólo el comportamiento subsiguiente decide entonces sobre si surgen, o no, infracción de deber o culpabilidad. La realización del tipo es la que constituye —vista así— la clave de la estructura del sistema.

Como se ha señalado, de este modo se *puede* configurar —sin objeciones desde el punto de vista lógico— la estructura del delito [10]. Pero ya de estas ideas resulta lo siguiente contra FINGER y STORSBERG:

1. Si, con FINGER, se sigue este camino, hay que recorrerlo hasta el final; el «permanecer inactivo», la «infracción de deber», correspondería, entonces, a la última pieza de la estructura.
2. Justamente la misma posibilidad se ofrece también para los delitos comisivos; *en este aspecto no existe la menor diferencia entre omisión y comisión.*
3. Así pues, la cuestión sólo puede plantearse de este modo: *¿hay que* estructurar de la manera acabada de exponer? Y si no: ¿existen motivos claros que aconsejaran una estructura así en general o al menos en los delitos de omisión propia?

La primera pregunta es fácil de responder: como en los peldaños estructurales «tipicidad» y «antijuricidad» se comprenden todos los requisitos del deber como elementos del tipo o requisitos del injusto [11], no existe motivo alguno que fuerce a abandonar el esquema estructural «habitual», invirtiendo el orden de sus elementos. El abogado al que se le consulta tendrá que recorrer a menudo el camino acabado de esbozar. Un observador posterior, como el juez, no tiene motivo alguno para ello. Por el contrario —y de aquí se desprende la respuesta a la segunda pregunta— desde el punto de vista de la punibilidad, con vistas al cual ha de desarrollarse el sistema del Derecho *penal*, comenzar por la realización del tipo presenta ventajas. En especial, nos evita comprobaciones, no racionales y difíciles, de elementos sin importancia para los penalistas, siempre que no conste «comportamiento infractor».

Todo ello es trasladable a los delitos de omisión. También aquí de nada sirve comprobar no sólo las cuestiones de la culpabilidad y de la justifica-

---

[9] Lo cual sin perjuicio del hecho de que la tipicidad es presupuesto *lógico* de la justificación; la cuestión de la justificación está referida a la relevancia jurídica de la conducta *futura*. Cfr. al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 254 ss.

[10] Si se repara en esto, algunos sistemas del siglo pasado se ven a una luz distinta a como suele verlas la moderna historia de la evolución doctrinal.

[11] Al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 156 s.

II. La ausencia de la acción prescrita y la capacidad de acción como elementos del tipo

El tipo de mandato describe la omisión de la acción prescrita. De este modo están ya determinados los «elementos típicos» constitutivos, pues ya se puso de relieve —desde la consideración de lógica de las normas— que la infracción de deber consiste en el no llevar a cabo la acción prescrita, a pesar de la capacidad de hacerlo, y se puso de manifiesto —desde el punto de vista ontológico— que la omisión ha de determinarse como no realización de una determinada acción por parte de quien es capaz de acción. La capacidad para la acción prescrita y la ausencia de la acción prescrita son, pues, los criterios determinantes. No obstante, requieren ulterior desarrollo, así como su afianzamiento dialéctico contra concepciones divergentes, en ambos casos desde la perspectiva de la estructura del delito.

a) *La ausencia de la acción prescrita y la «situación típica» como elementos del tipo*

1. Ya se señaló que la no realización de la acción descrita en el mandato ha de situarse, en la articulación del tipo, lo más al principio posible, a fin de evitar comprobaciones previas no racionales. Lo cual, sin embargo, se enfrenta a una dificultad: la verificación simple de que una persona determinada no ha llevado a cabo la acción descrita en el mandato carece de toda referencia. No puede precisarse la «ausencia» segura de la acción prescrita ni temporal ni espacialmente, ni con respecto a determinado objeto de la acción. Por ello, tal comprobación no tendría sentido. Y así parece que hubiera que comprobar, en primer lugar, la capacidad de acción, esto es, la posibilidad de llevar a cabo la acción prescrita en el mandato. Pero justamente esto ha de evitarse, con objeto de ahorrarse comprobaciones inútiles.

No obstante, cabe eludir esta dificultad situando al principio uno de los requisitos de la capacidad de acción, el fin de la acción señalado por el mandato. Éste es por lo general el *objeto* de la acción ordenada: el plan delictivo que debe denunciarse; el accidente y su consecuencias que han de eliminarse; el establecimiento de una morada, del que debe darse cuenta; los fuegos que han de asegurarse para evitar incendios, etc. WELZEL [13] llama a este requisito «situación típica». Se trata de aquellas circunstancias que han de eliminarse, modificarse, protegerse o en general verse influidas por la acción prescrita, los «objetos de influencia» de la acción (prescrita) [14]. Ha

[13] *Strafrecht*, p. 176.
[14] Cfr. *supra*, p. 56.

ción, sino también de la fundamentación del deber, si no consta que se den los elementos del mandato. En particular contra FINGER y STORSBERG, esto significa que la cuestión más compleja de los delitos de omisión, la comprobación de la capacidad de acción, sólo ha de abordarse cuando consta que alguien no ha hecho lo que exige el mandato.

b) *La función del tipo*

Los conceptos «tipo», «tipicidad» y «realización del tipo», pues, han de tomarse por base de la estructura de los delitos de omisión propia, no obstante el hecho de que el tipo de mandato ha de tener *contenido* distinto que el de prohibición. Ello se deduce de la diferencia entre prohibición y mandato, entre acción y omisión, y ahí reside la relativa razón que puede tener la concepción de FINGER. Del mismo modo que la teoría de la acción no puede trasladarse a la omisión, tampoco la doctrina del tipo puede trasladarse irreflexivamente al tipo del mandato, pues *la* «doctrina del tipo», por su evolución histórica, es primordialmente una doctrina de los tipos *de prohibición*.

Visto así, resultaría ventajoso renunciar en los delitos de omisión al concepto de tipo, previniendo confusiones. Esta vía terminológica sería, sin embargo, no sólo inadecuada, sino que incluso induciría a error: hay que mantener la idea de «tipo» en los delitos de omisión no sólo porque falten motivos en contra y por tradición, ni sólo porque no hay que agudizar artificialmente las diferencias inapreciables, debiéndose destacar lo común. Lo decisivo es que la *función* que corresponde a la tipicidad en la estructura de los delitos de comisión existe *exactamente igual* en los delitos de omisión. También en el ámbito de los delitos de omisión es la tipicidad el peldaño o grado básico de la estructura delictiva; también aquí el tipo de mandato describe el comportamiento jurídicamente relevante, sirviendo de indicio de la antijuricidad; también aquí la cuestión de la antijuricidad está referida a la tipicidad; y, por último, también aquí existe una doctrina del tipo específica. Por eso, induciría a error elegir otro concepto para esta función en los delitos de omisión, dificultando así la posibilidad de comparar magnitudes conmensurables. Resulta evidente que la «unidad del sistema» proporciona un motivo adicional para mantener el concepto de tipo [12]. Frente a tales ventajas ha de asumirse la desventaja de la confusión inherente a que exista una doctrina del tipo unitaria para delitos de comisión y de omisión; pero tal confusión hunde sus raíces más profundamente, en la idea de que la omisión en el fondo es una acción.

[12] Claro que no sería por sí solo trascendente, pues con el «comportamiento» como concepto básico del sistema y la «reprochabilidad» como concepto de referencia común, estructurado unitariamente, quedaría garantizada suficientemente la unidad del sistema.

de mantenerse que estos elementos son condiciones previas de la capacidad de acción; no hay denuncia de delito sin existir plan delictivo, no hay prestación de auxilio en un accidente sin que se haya producido el accidente: sólo por razones prácticas se analizan estos presupuestos en primer lugar, para —sin abordar cuestiones particulares de la capacidad de acción— comprobar la falta de realización del mandato. Y es que los «objetos de actuación» constituyen el punto de partida para poder responder a la cuestión de la ausencia de la acción descrita en el mandato en relación con la persona concreta.

2. Resulta evidente que con estos dos elementos, la presencia del objeto de actuación y la ausencia de la acción prescrita por parte de determinada persona, se obtiene poco más que una negación. La constatación de que el día X existía el plan delictivo Y y de que la persona A no lo ha denunciado, nada significa, si no se prueba la posibilidad de denunciar. No obstante, algunos autores se conforman con estas constataciones, considerándolas el «tipo objetivo de delito», especialmente BINDING, NAGLER y M. E. MAYER [15]. Así, para BINDING la capacidad de llevar a cabo el acto concreto prescrito sólo es un elemento de la «capacidad de realizar la acción debida». La falta de la concreta capacidad de acción se convierte en relevante sólo para la culpabilidad. Para el «tipo objetivo» del delito de omisión propia basta la «ausencia» de la «acción prescrita» [16], la «omisión querida inculpablemente o no querida inculpablemente» [17]. Esta determinación del «tipo objetivo de delito» la ha tomado BINDING del delito comisivo. Pero en el delito de *omisión* propia *falta* lo paralelo al «hecho» en el sentido de BINDING [18], y el «enjuiciamiento ideal de los sucesos» [19] no puede suplirlo. Así, carece de base la afirmación de BINDING de que «acciones y omisiones coinciden en todos los elementos esenciales» [20]. El «tipo objetivo», que para BINDING contiene «siempre el elemento de la "antijuricidad"» [21], no queda definido por la mera constancia de que no ha ocurrido la «acción prescrita» [22].

---

[15] M. E. MAYER, *Allgemeiner Teil*, p. 133.

[16] BINDING, *Normen*, II, p. 307.

[17] BINDING, *Normen*, II, p. 231.

[18] Cfr. *supra*, pp. 53 ss.

[19] BINDING, *Normen*, II, p. 106.

[20] *Normen*, II, p. 306.

[21] *Normen*, II, p. 231, nota 7.

[22] Precisamente la construcción del delito de omisión propia es característica del proceder de BINDING: la omisión *culpable* se determina, con buen criterio, como «no captación y no realización, contrarias a deber, de la resolución de intervenir activamente del modo jurídicamente exigido en el curso causal externo» (*Normen*, II, p. 109). En la contrariedad a deber reside el presupuesto de la «capacidad de acción» en el sentido de BINDING (cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 25 ss., 128, 161 y 173) y —puesto que el concepto de BINDING es el más estricto—, por ende, también en el sentido de esta obra. El «tipo delictivo objetivo» contiene, entonces, lo que, tras aclarar la «capacidad de acción» en el sentido de BINDING, queda del tipo delictivo completo. En el tipo comisivo queda el «hecho antijurídico»; pero en el delito de omisión propia queda... la negación pura (tanto de la causalidad como) del hecho y de la acción.

A pesar de lo cual, NAGLER sigue la concepción de BINDING en relación con los delitos de omisión propia: «Como el ordenamiento jurídico requiere determinado hacer positivo, la contravención típica se agota en *no llevar a cabo* la acción prescrita». «La acción objetivamente típica se agota en la pasividad y en el negarse a realizar la actividad debida» [23].

Tales formaciones de tipos carecen de sustancia. Les falta precisamente lo que en los delitos comisivos le da al «tipo objetivo» al menos una medida mínima de sustancia: el nexo causal y la voluntariedad. Si con respecto a un plan delictivo realizado hoy cabe verificar que nadie —da igual quién, dónde y en qué circunstancias— se ha preocupado de denunciar a tiempo el plan delictivo, no cabe afirmar ni que así se ha descubierto una relación material ni que se ha constatado algo jurídicamente relevante. Este «tipo objetivo» completamente ilimitado, que precisamente se caracteriza por referirse sencillamente *a todo el mundo*, no sirve para lo que ha de constituir la misión original de esta parte de la estructura del delito: ser un paso en el camino para imputar un suceso o un no suceso a una determinada persona. Sin incorporar la capacidad de acción, y con ella la omisión en su totalidad, no cabe desarrollar un concepto de tipo con sentido.

V. WEBER se sustrae a una parte de estas objeciones. Bien es verdad que tiene en cuenta —coincidiendo así con BINDING— la posibilidad de acción sólo en el marco de la culpabilidad [24], que en conjunto se contrapone como el «poder» al «deber» que se plasma en el tipo de injusto [25]. Pero V. WEBER requiere —yendo en esto más allá de BINDING y NAGLER— el «dolo» [26] ya para el tipo de los delitos de omisión propia. En esta medida sólo cabe oponer a la estructura del tipo de los delitos de omisión propia de V. WEBER las objeciones que se esgrimieron ya contra la idea del «dolo de omisión» [27].

Pero tampoco la inclusión del «dolo» estrecha el tipo suficientemente, pues así habrían omitido típica (y antijurídicamente) el paralítico que presenció un accidente, así como el vigilante que escucha el plan delictivo de quienes le tenían amarrado.

---

[23] NAGLER, *LK* I[6], p. 61.

[24] *Grundriß*, pp. 122 ss.

[25] V. WEBER, *Aufbau*, p. 11.

[26] De este modo evita V. WEBER al mismo tiempo otro motivo de fricción que para otros se desprende de referir el dolo a la posibilidad de acción.

[27] Cfr. *supra*, pp. 84 ss.; *infra*, pp. 127 ss.

plan delictivo existe, quien no sabe (o al menos no tiene por posible) que, debido al accidente, se cierne un notable daño, no es capaz de presentar la denuncia prescrita o de prestar el socorro debido. El conocimiento de la situación típica es la *base cognoscitiva* de la capacidad de acción; sin ella no puede llevarse a cabo la prestación final prescrita [33].

Para la consideración de estos datos en la propia estructura de WELZEL han de comprobarse dos posibilidades: por una parte, podría integrarse el «poder fáctico» en el tipo subjetivo; y entonces ya no tendría sentido la separación entre tipo objetivo y subjetivo: el tipo objetivo sería inesencial, como hemos visto, y el tipo subjetivo contendría también elementos objetivos, como la posibilidad de materializar la decisión de actuar posible.

Por tanto, hay que tener en cuenta la segunda posibilidad: del agregado de la capacidad de acción ya hay un requisito segregado y situado al comienzo de la estructura del tipo: la existencia de la «situación típica». ¿Resulta posible segregar, asimismo, la *«posibilidad física de acción»* (o «poder fáctico físico»)? Dicha posibilidad se refiere a la comprobación de que, con arreglo a las habilidades externas y a los medios disponibles, la acción prescrita le hubiera sido posible «objetivamente» al omitente [34]. Esta posibilidad física de acción, que en ningún caso debe confundirse con la propia capacidad de acción, parece que como mínimo le daría configuración en tal medida al aspecto «objetivo» de la omisión que sería pertinente utilizar este concepto.

2. ¿Es la «capacidad física de acción» elemento autónomo del tipo objetivo?

Bien pronto surgieron reparos a reconocerle a la «posibilidad física» de actuar relevancia autónoma en el sistema [35].

a) Verificar la posibilidad física de acción significa comprobar la posibilidad de realización causal de una concreta decisión de actuar imaginada. Ahora bien, no parece presentar dificultad —naturalmente, en cursos sencillos de acciones— el efectuar esta comprobación sobre la base de una decisión de acción presupuesta, esto es, sobre la base de una decisión de obrar en que queda incierto si el omitente, de acuerdo con su capacidad intelectual, la habría podido concebir. Si se hubiera podido impedir la caída del niño a la mina de cal simplemente con que el trabajador que se encuentra al lado lo hubiera sujetado tendiéndole la mano, no presenta problema alguno verificar la capacidad física de acción. Pero no siempre la situación es tan simple, ni siquiera lo es por lo general: el alpinista A se

[33] Cfr. *supra*, pp. 60 ss.
[34] Cfr. *supra*, pp. 55 ss.
[35] Cfr. *supra*, p. 83, nota 170.

b) *La integración de la capacidad de acción en el tipo*

1. Problema que se plantea

Los dos primeros grados de la estructura del tipo están determinados, conforme a las consideraciones últimas, del modo siguiente: 1) la comprobación del «objeto de actuación», de la situación para la que el mandato requiere una acción; 2) la ausencia de la acción descrita en el tipo. Ahora han de acomodarse los demás requisitos de la omisión. De hecho, ya han sido tratados exhaustivamente en la parte de fundamentación de esta obra, habiendo quedado, por tanto, establecidos: ha de comprobarse *si quien permanece inactivo podría haber concebido y llevado a cabo una decisión de realizar la acción prescrita* [28].

En lo sucesivo se tratará sólo de la *secuencia* en la que han de integrarse estos requisitos, debiéndose abordar la postura de WELZEL, que acuñó un esquema estructural del delito de omisión, además en gran medida materialmente —con referencia a los requisitos que han de plantearse para el tipo del delito de omisión propia— coincidente con la que aquí se mantiene.

WELZEL articula así la «tipicidad» [29]:

> «1. Tipo objetivo:
>
> *a)* Concurrencia de una situación determinada: existencia de un plan delictivo (§ 138), presencia en un accidente (§ 330 c), etc.
> *b)* No realización de una acción determinada: la denuncia del delito, el auxilio, el identificarse (§ 360, núm. 8), etc.
> *c)* Poder fáctico del omitente para llevar a cabo la acción.
>
> 2. Tipo subjetivo: conocimiento de la situación típica (no basta el tener que conocerla). La omisión puede tener lugar tanto consciente como inconscientemente».

Así pues, WELZEL incorpora al «poder fáctico» como parte del «tipo objetivo», añadiendo sólo entonces, como «tipo subjetivo», el «conocimiento de la situación típica», incurriendo así en inconsecuencia, pues también para WELZEL —en plena coincidencia con el resultado de esta investigación— por «poder fáctico» ha de entenderse sólo el «poder fáctico final», la capacidad de obrar finalmente [30]. Pero para el «dominio del hecho final potencial» se requiere que la persona inactiva conozca la «situación típica», la dirección posible de la acción: quien no sabe que el

---

[28] Cfr. *supra*, pp. 55 ss.
[29] *Strafrecht*, p. 466; más pormenorizadamente pp. 176 ss.
[30] WELZEL, *Strafrecht*, p. 174.

encuentra cerca de su compañero B, que cae al vacío. A fin de comprobar la capacidad física de A para socorrer, hay que presuponer de entrada una decisión concreta de obrar en forma de determinado plan de salvación. Éste sólo puede provenir y presuponerse a partir de las circunstancias objetivas, si no se quiere recurrir ya en este lugar a los conocimientos y a la capacidad intelectual de A, anticipando así el «aspecto subjetivo» de la capacidad de acción. Ya aquí se presenta el primer escollo: ¿cómo ha de llevarse a cabo el presuponer el plan de salvación? ¿Ha de dotarse al «observador objetivo» —en el que, en definitiva, se desemboca— de omnisciencia o de conocimientos limitados? ¿Hay que enjuiciar *ex ante* o *ex post*? ¿Habría que añadir al conocimiento de la persona inactiva los conocimientos del tercero o eso constituiría una «anticipación» inadmisible del «aspecto subjetivo»? ¿Merece la pena este esfuerzo si luego hay que verificar la capacidad de acción «subjetiva»? [34]

b) Pero supongamos nosotros mismos que este complejo problema quepa resolverlo satisfactoriamente. El plan de salvación —se averigüe como se averigüe— podría tener la siguiente configuración en nuestro ejemplo: subida por una grieta, desplazamiento lateral, dejarse caer a la plataforma en que se encuentra B, etc. Pues bien, para indagar la posibilidad de acción «física» se pregunta si A, dada su fuerza y habilidad física, la existencia de cuerda, etc., podría haber ejecutado este plan de salvación [35]. En realidad, en esta verificación se da por supuesta no sólo la decisión y el

[34] Podría pensarse aquí en recurrir para resolverlo a un concepto de acción «social», «objetivo-final», sobre todo si dicho concepto —como en la concepción de ENGISCH (*Kohlrausch-Festschrift*, pp. 360 ss.; *Weltbild*, pp. 38 ss.)— abarca la configuración «previsible» para una «persona juiciosa», teniendo en cuenta el saber ontológico del autor (cfr., asimismo, HONIG, *Frank-Festgabe*, pp. 182 ss.). Sin que podamos profundizar aquí en la cuestión de forma del concepto «social» de acción, hay que señalar, con respecto al problema que nos ocupa, lo siguiente: el propio ENGISCH aplica este concepto de acción a lo objetivamente pretendible *con la omisión*. Sin embargo, con arreglo a los resultados de nuestra investigación, el concepto de acción «objetivo-final» tendría que aplicarse en su función, inversamente, a la *acción en mente;* lo cual es posible sin dificultad alguna de calado. La pregunta que hay que plantear en el hacer (¿era lo realizado objetivamente pretendible?), en la omisión debería ir acompañada de esta otra: ¿era lo que debía realizarse, lo prescrito, objetivamente pretendible (para una persona «considerada»)? Pero esta cuestión —y ello es metodológicamente decisivo— ¡debería venir *precedida* de la verificación de la posibilidad del obrar por parte de la propia persona inactiva! Al igual que el concepto de acción objetivo-final de ENGISCH *presupone* en el hacer la voluntariedad (individual) y la causalidad (individual), así también en la omisión la posibilidad (individual) del querer y la posibilidad (individual) de la realización causal deberían *preceder* a la verificación de la pretendibilidad objetiva de la acción prescrita. Si ENGISCH (*Kohlrausch-Festschrift*, p. 161) define: «El obrar es la realización de consecuencias alcanzable mediante un acto ejecutado voluntariamente», la inversión de esta frase para la omisión sería del tenor siguiente: «El omitir es la *no* realización de consecuencias alcanzable mediante un acto ejecut*able* voluntariamente». Esto es lo único que se ajusta a la función restrictiva y selectiva del concepto de comportamiento «objetivo-final». Plenamente en este sentido, incluso el propio ENGISCH parte de que la omisión —con independencia de la «pretendibilidad objetiva»— requiere «posibilidad de obrar» y además ¡en la persona inactiva en concreto! De la determinación *de esta* posibilidad de acción, que antecede a la cuestión de la «socialidad» y de la «finalidad objetiva», se trata en el texto. Así pues, de poco puede servir aquí el concepto de acción «objetivo-final» ni materialmente ni por su función.

[35] Resulta de por sí un problema el de si esta «habilidad» corporal sólo puede verificarse de la mano de factores físicos o sólo en relación con el intelecto y la voluntad. Partiendo —a mi juicio,

plan de salvar, sino, asimismo, toda la dirección final que ha de tener lugar en el curso de la acción de salvación, parte por parte e incluso paso a paso. Se requiere multitud de realizaciones de voluntad para ir continuando esta acción de salvación y cada «acto de voluntad» debe estar precedido de su respectivo plan individual, pues el plan de salvación esbozado tan a grandes rasgos tiene que traducirse en la concreta configuración del hecho para cada vez que la mano se agarra y para cada paso.

De donde se deduce que la «posibilidad física de obrar» no es, digamos, un «curso causal hipotético», ya que para verificar éste habría que incorporar todas las realizaciones de voluntad como eslabones intermedios causales; pero por éstos ni se pregunta ni cabe preguntar en la posibilidad *física* de acción. Tampoco se trata, en la posibilidad física de acción, de «causalidad potencial», pues ésta requiere la verificación de la posibilidad del acto volitivo y de la cadena causal hipotética que se materializaría al añadir precisamente este acto volitivo [36]. Y ello falta en nuestro ejemplo, y no sólo en él: aquí no basta apretar un botón o un resorte para poner en marcha una cadena causal que ejecute el resultado de salvación, sino que ha de comprobarse la «posibilidad» de toda una serie de actos volitivos. Con la posibilidad física de acción tampoco se constata —como con la capacidad de acción en general— una cualidad de un sujeto determinado; ciertamente al considerar la fuerza muscular se mide una cualidad de la persona, pero ésta se encuentra totalmente aislada de la existencia de una cuerda y de unas características determinadas de una grieta en la situación de necesidad de B. Únicamente la comprobación, asimismo, del aspecto subjetivo de la capacidad de acción puede amalgamar los datos aislados en un todo con sentido.

Resulta absurda una posibilidad de acción «física» u «objetiva» *por sí sola*, ya que no puede dar una configuración adecuada ni a un concepto de omisión ni al tipo «objetivo» del delito omisivo. En particular, no alcanza a desempeñar en el delito omisivo el papel que en el delito comisivo corresponde a la voluntariedad y a la relación causal que se vincula a ésta [37].

c) Aún existen otros motivos que harían absurda la verificación *aislada* de la capacidad física de acción. En primer lugar, ¿tiene objeto en

---

con buen criterio— de esta última opción, ¿uno de cada dos de los que pasan por allí, que no ha estado nunca «de escalada», tendría la posibilidad *física* de salvar a B si contara con los medios disponibles! En todo caso es evidente que cualquier pasajero tiene la «posibilidad física» de salvar a los demás pasajeros si el piloto queda inconsciente, pues desde el punto de vista puramente físico desde luego que puede manejar los mandos.

[36] Cfr. *supra*, pp. 66 ss.

[37] En favor de la posibilidad «física» del obrar como criterio del tipo de omisión se han pronunciado últimamente en particular NOWAKOWSKI (*supra*, p. 33) y GRÜNWALD (*supra*, p. 36). Lo señalado en el texto rige, asimismo, con todo, frente a cualquier otra determinación «objetiva» de la posibilidad de acción, en tanto que no se alude con ello en realidad a la «capacidad de acción» en el sentido del poder fáctico final potencial.

De cuanto antecede podemos al mismo tiempo deducir lo siguiente: *la posibilidad de obrar finalmente es la única «posibilidad de acción» que cabe verificar en absoluto para una persona determinada.* Y puede afirmarse, asimismo: cuando doctrina y jurisprudencia requieren tan unánimemente la posibilidad de prestar socorro y la posibilidad de presentar la denuncia, se alude siempre —si bien no expresamente— a la posibilidad del prestar socorro final y a la posibilidad del presentar la denuncia final, esto es, al poder fáctico final potencial, a la capacidad de acción en el sentido que aquí le damos. *No cabe encontrar desde este punto de vista un concepto de tipo pertinente para el delito de omisión propia («cuasi-doloso») que no tenga que incorporar la «finalidad potencial», recibiendo de ella su impronta.*

La secuencia en que han de articularse en el tipo los distintos requisitos de la capacidad de acción queda ya aclarada de un modo gráfico en el aspecto teórico y adecuado en el práctico:

En primer lugar ha de integrarse la base cognoscitiva de la capacidad de acción, el conocimiento de la situación típica, entendiendo por «conocimiento» el efectivo. Quien fue consciente de la situación típica conoce el «objeto de actuación» de la acción prescrita, la situación en la que ha de operar. Y de este conocimiento de la situación puede deducir el *objetivo* del acto prescrito, el modo en que ha de intervenirse en la situación. Quien conoce la desgracia (que amenaza producirse) y cuenta con la posibilidad de (ulteriores) perjuicios para la salud del accidentado puede extraer de ahí la conclusión —y a menudo así lo hará— de que el fin de su intervención (el contenido de la acción prescrita) podría ser evitar estas graves consecuencias. Ya se expuso [38] que basta contar con la posibilidad de que exista la situación típica (¡pero no basta la mera posibilidad de contar con ello!).

Tampoco debe exceptuarse de este principio el «conocimiento fidedigno» del § 139 StGB, redacción antigua, ni el «saber fidedigno» del § 138 StGB, redacción actual [39]. Hoy está fuera de duda [40] que no basta el mero deber conocer en el sentido de la imprudencia grave o temeraria. Por lo demás, basta absolutamente el contar con la posibilidad de que el plan delictivo vaya en serio [41]. Si A tiene dudas, en el propósito de asesinar de

[38] Cfr. *supra*, p. 60.

[39] 138 StGB, n. a.: «*Omisión de denuncia de delitos planeados.* El que llegare a saber de modo fidedigno acerca del propósito o la comisión de [determinados delitos que se enumeran] en un momento en que aún podía evitarse la ejecución o el resultado, y omitiere avisar a tiempo a las autoridades o a la persona amenazada, será castigado con prisión.» [N. de los TT.]

[40] *RGSt*, 64, p. 371; BINDING, *Normen*, II, pp. 1135 ss.; *Lehrbuch*, II, pp. 674 ss.; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, § 138, nota V; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 597; MEZGER, *Studienbuch*, II, p. 254; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 138, nota II.4; SCHWARZ, *StGB*, § 138, notas I.C y 5.B; WELZEL, *Strafrecht*, p. 422; WERNER, *LK*, I², § 138, nota V; en otro sentido, p. ej., FRANK, *StGB*, § 139, nota IV.

[41] Así WELZEL, *Strafrecht*, p. 422; DREHER-MAASSEN, *StGB*, § 138, nota 4.

nuestro ejemplo preguntar por la posibilidad física de salvación si A no se ha percatado del accidente de B? Además: supongamos, en nuestro ejemplo, que hay dos vías para llegar a donde ha caído B —yendo por dos grietas distintas—, y, finalmente, una tercera posibilidad, la de ir a buscar a otro salvador que se encuentra en un refugio lejano. ¿Con respecto a cuál de las tres vías de salvación ha de plantearse la pregunta de la posibilidad física de obrar? Si sólo en una vía de solución compruebo si físicamente A podría haberla emprendido, al verificar el aspecto subjetivo llegaría a descartar la capacidad de acción en el caso en que A no hubiera podido darse cuenta de esa vía, pero sí, en cambio, incluso llegó a darse cuenta de las otras dos. Este incorrecto resultado sólo cabría evitarlo previa indagación de la posibilidad física de *todas* las posibilidades de salvación imaginables. ¡Y ello aun cuando ni siquiera consta que A tuviera conocimiento del accidente!

El que existan varias vías para alcanzar el objetivo del mandato de ningún modo resulta excepcional. La propia ley se refiere expresamente a ello en el § 138 StGB, al equiparar la denuncia a las autoridades con el aviso a la futura víctima. También aquí sería evidentemente absurdo verificar la posibilidad física de la denuncia con respecto a todas las autoridades imaginables y la víctima, y con respecto a todos los medios de avisar, mientras no conste que el omitente tenía conocimiento del plan delictivo (o que conocía el paradero de la víctima o pudo averiguarlo).

3. El transcurso de la dirección final como punto de partida

Todas estas fricciones teóricas y prácticas sólo cabe evitarlas recurriendo al sentido de la capacidad de acción. *La comprobación del poder fáctico final potencial debe revisar el transcurso de la dirección final:* en principio ha de verificarse la base cognoscitiva de la capacidad de acción, el conocimiento del plan delictivo o del accidente. Después, hay que comprobar si quien no actuó podría haber llegado a conocer una vía para alcanzar el objetivo prescrito: capacidad de planear. Y sólo en último lugar ha de averiguarse si el plan del hecho que esa persona pudo proyectar también podría haberse realizado. En esta secuencia, no importa si la posibilidad de realización puede equipararse a la «posibilidad física de acción» o si contiene algo más que factores exclusivamente físicos; la posibilidad de realizar el plan del hecho puede y debe incorporar, asimismo, factores volitivos y cognoscitivos, en tanto que la ejecución de la decisión de actuar tomada requiere una continua y sucesiva dirección final. Asimismo, puedo legítimamente preguntar, una vez que he comprobado el conocimiento por parte del que no actuó acerca de la situación típica, qué es lo que «se» habría hecho en esta situación, y puedo verificar si también quien no actuó podría haberse dado cuenta de esta vía, y haberla materializado.

B, acerca del contenido del plan o de las circunstancias de la adquisición del conocimiento, dudas que no dirime ni en un sentido ni en otro, por expresarlo en términos de BINDING [42], «no le niega» al plan de asesinato «la credibilidad»; «cuenta» con que el plan puede ir en serio y con que, por tanto, podría llevarse a cabo el asesinato [43].

Como segundo elemento de la capacidad de acción ha de incorporarse el conocimiento o cognoscibilidad de la vía de realización del acto prescrito; también la «capacidad de planear» fue analizada en detalle [44].

Como último eslabón del poder fáctico potencial final ha de integrarse en la estructura del tipo la posibilidad de realizar la decisión de actuar adoptada.

De cuanto antecede resulta la siguiente estructura del tipo [45]:

1. La existencia de la situación típica.
2. La ausencia de la acción requerida en esta situación por el mandato.
3. La capacidad de acción:

a) el conocimiento de la situación típica,
b) el conocimiento o cognoscibilidad de la vía para realizar la acción prescrita,
c) la posibilidad de realizar la decisión de la acción prescrita.

Con todo, debe comprobarse aún si a estos elementos típicos han de añadirse otros más.

III. La tentativa interrumpida de cumplir el mandato

a) *Observación previa*

El tratamiento de la tentativa de efectuar la acción prescrita no se refiere a la tentativa en el sentido técnico legal del § 43 StGB, con las consecuencias jurídicas allí mencionadas. Baste con indicar que no se alude aquí a la tentativa de omisión, sino a la tentativa como fenómeno del desa-

[42] *Lehrbuch*, II, p. 674.

[43] La polémica de tono subjetivista de BINDING (*Normen*, II, pp. 1835 ss.) se dirige contra la concepción antes muy extendida de que, debido a la expresión «de modo fidedigno», podría tenerse en consideración también la imprudencia. Cfr. *Lehrbuch*, II, p. 674: el subordinado debe «sólo suponer» que «existen los planes. Si duda, pero considera su existencia más probable que lo contrario, cree en ello». Evidentemente, va demasiado lejos la exigencia de BINDING en el sentido de que el autor crea en la probabilidad preponderante.

Acerca de que la expresión «de modo fidedigno» ha de entenderse objetivamente como demostración de la creencia subjetiva del autor en la seriedad del plan, *vid.* WELZEL, *Strafrecht*, p. 422. Cfr. acerca de este punto también MEISTER, *MDR*, 53, p. 651, nota 4.

[44] Cfr. *supra*, pp. 61 ss.

[45] El esquema definitivo de la estructura del tipo se encuentra en la p. 149.

rrollo de la acción [46]. La tentativa aparece o como *fase* que *debe* atravesar toda acción o como *destino* que *pueden* sufrir *algunas* acciones. Toda acción —y, por tanto, asimismo, el emprender la acción descrita en el mandato— «atraviesa, desde la decisión de actuar hasta la plena realización, una serie continuada de grados de realización parciales» [47].

En lo sucesivo se hablará de «tentativa interrumpida» cuando el sujeto agente abandone su decisión de actuar en la fase de tentativa y —de ser necesario— desactive los factores reales ya puestos en marcha para alcanzar el objetivo. Característico de esta situación material es que sigue existiendo el dominio del hecho final; está en manos del sujeto agente no interrumpir el acto, sino culminar el plan del hecho.

Por el contrario, se hablará de tentativa «fracasada» o fallida cuando no bastan los medios empleados para alcanzar el fin perseguido y por ello la acción se «queda atascada» en la fase de tentativa; «aquí la fase mental de la determinación final llega más allá del proceso real» [48].

A ambas «formas» de la tentativa de actuar les es común que el plan del hecho existente al comienzo no se materializa en la realidad; el resultado *(Erfolg)* pretendido no se alcanza, quedando, por tanto, la acción «sin éxito» *(erfolglos)* [49]. Como también el cumplimiento del mandato requiere una acción —final, por añadidura—, estos fenómenos aparecerán también aquí. Conviene, pues, alcanzar cierta claridad sobre su significado jurídico.

b) *Significado de la tentativa interrumpida de cumplir el mandato*

Estos supuestos entrañan poca dificultad. Quien se dirige a la comisaría de policía para denunciar un plan delictivo, pero a mitad de camino se

---

[46] En términos análogos distingue nítidamente también MEZGER «entre el concepto y la punición de la tentativa. El *concepto de tentativa* sólo puede obtenerse *desde el punto de vista subjetivo del sujeto actuante*» (*Lehrbuch*, p. 395; cursiva en el original). MEZGER, naturalmente, se manifiesta en contra de que se trate de un «concepto de tentativa prejurídico» (*Lehrbuch*, p. 395, nota 12 a).

[47] WELZEL, *Strafrecht*, p. 163.

[48] WELZEL, *Das neue Bild*, p. 6.

[49] Pudiendo quedar abierto, para los fines de esta investigación, si, y hasta qué punto, coincide la tentativa «interrumpida» con la «idónea» o la «fracasada». Además, la «polémica, saturada de tradición, de las teorías sobre la tentativa inidónea» (MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 438) forzaría a divagar más de lo que aquí es posible. En mi criterio, la antigua concepción básica de la teoría subjetiva, según la cual *toda* tentativa es inidónea, hay que restringirla en el sentido de que ello no es aplicable a los casos de «tentativa interrumpida», en los que el autor, abandonando su resolución de obrar, hace que la tentativa «no tenga éxito». Desde este punto de vista coincidiría la antítesis entre tentativa inidónea e idónea con la (propugnada en el texto) entre tentativa fracasada e interrumpida. Para los fines de esta investigación, sólo hay que atender al punto de vista de si a pesar del poder de actuar final efectivamente existente se interrumpió la acción llevada a cabo hasta la fase de tentativa.

La «tentativa interrumpida» de llevar a cabo la acción prescrita carece, pues, de repercusiones dogmáticas, no modificando nada en la existencia de una omisión típica.

IV. La tentativa fallida de cumplir el mandato

También en este grupo de casos se presupone —tanto «subjetiva» como «objetivamente»— la capacidad de acción. El autor podría alcanzar el fin prescrito, pero recurre a un medio inadecuado. Aún podría denunciar a tiempo el plan delictivo desde el teléfono del vecino, pero en su lugar sale corriendo irreflexivamente y llega demasiado tarde.

a) *El obrar con tendencia a cumplir el mandato*

Para estos casos ha de acudirse a una idea que desarrolló por vez primera Eberhard SCHMIDT. En los delitos de omisión impropia, SCHMIDT parte de un deber «de actuar con *tendencia* objetiva a impedir el resultado [53]. El que una acción presente o no tal «tendencia objetiva a impedir el resultado» se determina según los «principios del correspondiente ámbito de saber y experiencia». Si se da una acción con tal tendencia, «ciertamente cabe decir que "no se ha impedido" el resultado, pero esa "no evitación" nunca es típica» [54].

E. SCHMIDT ha puesto de manifiesto el significado de la «tendencia objetiva a impedir el resultado» para el delito de omisión *impropia*, y ello con respecto a la *imprudencia*. Sin embargo, la idea básica merece consideración en general en el ámbito del delito omisivo. Para el delito de omisión impropia ha de prescindirse en principio de la referencia a la «evitación *del resultado*»; al menos no es característico de los deberes de actuar aquí tratados que tengan por contenido precisamente evitaciones de resultado [55]. Así pues, para los delitos de omisión en general habría que hablar de *tendencia de la acción* a alcanzar lo requerido por el mandato. En esta investigación tampoco hay que atenerse sólo al carácter «objetivo» de la tendencia de la acción, es decir, a la idoneidad objetiva [56]. Y esto sobre todo porque *hasta ahora* no se ha puesto de manifiesto una diferencia, correlativa a la separación entre hecho doloso e imprudente, en el ámbito del delito de omisión propia.

---

[53] E. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, p. 84 (cursiva en el original).

[54] E. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 84 ss. y 89 ss.

[55] Más adelante habrá que volver a abordar la cuestión de si así *puede* ser en los delitos de omisión *propia*.

[56] Cfr. E. SCHMIDT con respecto al propio § 330 c StGB: «Está claro que la clase y la medida de la intervención salvadora tienen que ser muy dependientes de las capacidades *subjetivas* psíquicas y físicas» (*Der Arzt im Strafrecht*, p. 83; cursiva en el original).

vuelve, evidentemente ha realizado el tipo del § 138 StGB; quien ya se apresuraba a socorrer al accidentado, pero se da la vuelta porque no quiere mancharse de sangre, ha omitido socorrer típicamente. Y también a este grupo pertenece el siguiente supuesto: si se rompe la soga con la que el alpinista intenta salvar a quien ha caído, ciertamente no se interrumpe voluntariamente este intento de salvar; pero si el alpinista omite emprender otra tentativa de salvación posible, también concurre aquí una omisión de socorro típica.

Estos resultados también podrían obtenerse de la ley. Así, cabría pensar en aplicar aquí la regulación de la tentativa del § 43 StGB «invirtiendo el signo», porque de todos modos el autor había empezado la realización de la acción que le estaba prescrita. No obstante, en seguida intervendría el § 46, núm. 1, StGB, igualmente «con signo invertido» [50]. Así pues, el «desistimiento voluntario de la tentativa» de la acción *prescrita* opera precisamente *fundamentando* la punición [51]. Lo decisivo es que la tentativa de cumplir el deber no se ha llevado a término, esto es, que la decisión de realizar la acción prescrita no fue plenamente «efectiva». Si surgen obstáculos que hacen inviable la decisión, sólo se da tentativa «inidónea», faltando la capacidad de acción para el ulterior cumplimiento de la decisión.

También puede ocurrir que el obligado a actuar sólo cambie su decisión tras haber realizado todo lo exigible para alcanzar el objetivo inherente al mandato, o sea, que ya están puestos en marcha todos los factores causales. «Entonces se necesita paralizarlos al igual que en el desistimiento voluntario de la tentativa» [52]. El que conoce el plan delictivo ya ha echado al correo la carta de denuncia, pero luego la recupera. Se ha hablado aquí de «delito omisivo por comisión» [53], pero en realidad se trata de algo análogo al § 46, núm. 2, StGB en el ámbito de la omisión.

---

[50] § 46 StGB, r. a.: «*Exclusión de la punibilidad de la tentativa*. La tentativa como tal no será punible si el autor:

1) hubiere abandonado la ejecución del acto pretendido sin verse impedido al respecto por circunstancias independientes de su voluntad, o

2) en un momento en que la acción no se hubiere descubierto, hubiere impedido con su propia actividad la producción del resultado constitutivo de la consumación del delito grave o menos grave» [N. de los TT.]

[51] Esta aplicación «inversa» del § 46 StGB presupone, claro está, que el desistimiento de la tentativa se considere como *algo más* que una «causa personal de exclusión de la penalidad» debida a motivos puramente político-criminales; esta concepción, a mi entender correcta, ha cobrado auge recientemente: cfr. BOCKELMANN, *NJW*, 55, pp. 1437 ss.; *Untersuchungen*, pp. 180 ss.; JAGUSCH, *LK*, 1ª, nota I; JESCHECK, *MDR*, 55, pp. 562 ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, pp. 294 ss.; SCHRÖDER, *MDR*, 56, p. 322; WELZEL, *Strafrecht*, p. 171; cfr., asimismo, HEINITZ, *JR*, 56, p. 249; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, § 46, nota I; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 448; V. WEBER, *Grundriß*, p. 81; *vid.* ya BINDING, *Normen*, I, p. 137, nota 8.

[52] Así, ya BINDING, *Normen*, II, 1.ª ed., p. 451.

[53] V. OVERBECK, *GS*, 88, pp. 319 y 328; RITTLER, *Strafrecht*, p. 87; cfr., asimismo, H. MAYER, *Strafrecht*, p. 113.

Nuestra cuestión cabe ahora plantearla con precisión: ¿Cómo ha de enjuiciarse el comportamiento de aquel que quiere hacer lo indicado en el mandato, pero se equivoca en los medios? ¿Qué efectos tiene que se siga una vía equivocada para alcanzar el fin inherente al mandato, habiendo podido elegir la vía correcta? [58]

A echa a correr hacia la persona amenazada por un delito, que vive lejos, y llega demasiado tarde, aun cuando había una comisaría en las proximidades, de lo que habría podido acordarse. Para salvar a un niño, A toma un bote que hace agua cuando había otro bote disponible, cuya idoneidad le constaba a B. La tendencia (subjetiva) de la acción estaba dirigida, en ambos casos, a realizar lo requerido por el mandato. A y B obraron, ciertamente, adecuándose al objetivo de la norma *(«gemäß» dem Rechtszweck)*, pero no adecuadamente *(zweckmäßig)*. De aplicar aquí la idea básica de Eberhard SCHMIDT, estará excluida la tipicidad de la omisión porque se da la acción con tendencia (subjetiva) a alcanzar el fin del mandato [59].

Este resultado se corresponde con la realidad. El que el sujeto no haga nada para cumplir su deber de obrar, o bien que no cumpla, ciertamente, la tarea impuesta por el mandato, pero intente hacerlo, supone una diferencia determinante. No sólo ha demostrado «buena voluntad», sino también *«voluntad de realización»*. Tener en cuenta la acción dirigida a alcanzar el fin del mandato es, pues, algo correcto y necesario.

b) *Solución deductiva*

También podemos obtener este resultado, y sin esfuerzo, de nuestro «principio de inversión». Cuando en la acción prescrita se da la misma estructura de la acción que en una acción prohibida, los efectos dogmáticos deben invertirse con respecto a los del delito comisivo [60]; lo que en nuestro caso significa: la tentativa fallida de llevar a cabo una acción es típica y punible siempre y cuando la tentativa esté conminada con pena; la tentativa fracasada de realizar una acción prescrita lleva a excluir la tipicidad. La aplicación del § 43 StGB «invirtiendo el signo» lleva aquí, pues, deductivamente, al mismo resultado que se reveló acertado previamente para la consideración inductiva. Habrá que demostrar aún que también la aplicación del § 59.1 StGB [61] a la omisión lleva al mismo resultado.

[58] A fin de evitar malentendidos, hay que señalar que no se trata aquí de si el sujeto actuante persigue el objetivo en virtud del mandato; el hecho de que el deber haya llegado a ser el motivo es irrelevante.

[59] En sentido similar FINGER, *Strafrecht*, 1932 (en STAMMLER), p. 452.

[60] *Vid. supra*, pp. 103 ss.

[61] § 59.1 StGB a. t.: *«Culpabilidad. Error.* 1. Si, al cometer una acción punible, no se conociere la concurrencia de circunstancias fácticas pertenecientes al tipo legal o agravantes de la punibilidad, tales circunstancias no serán imputables» [N. de los TT.].

V. Omisión consciente y dolo

a) *Omisión «consciente» e «inconsciente» («El deber de examen»)*

1. Cuando obrar con la intención de llevar a cabo la acción descrita en el mandato no realiza el tipo cabe plantear la pregunta: ¿Acaso no se da ello igualmente, y no debe tenerse en cuenta, cuando el omitente supuso erróneamente que no podía desplegar el rendimiento requerido por el mandato? ¿No falta entonces la propia posibilidad de mostrar buena voluntad (de realización)? La respuesta a esta cuestión ya está contenida en los resultados que arrojaba la investigación de las estructuras de la capacidad de acción [62]:

Si el error sobre la propia «capacidad de rendimiento» es *inevitable*, está ausente la capacidad de acción; por falta de poder fáctico potencial final no hay en absoluto omisión y no se realiza el tipo del delito de omisión propia. Quien no supo ni pudo darse cuenta de que tenía disponible el teléfono de su vecino para llamar a la policía, no se comporta típicamente en el sentido del § 138.1 StGB, si no denuncia a tiempo el delito por tal motivo. Quien no sabe nadar, y no supo ni pudo averiguar lo poco profundo que era el estanque al que había caído el niño, no fue capaz de socorrer y, por tanto, no omitió.

La cuestión es distinta en el segundo caso, cuando el error sobre la posibilidad de llevar a cabo la tarea impuesta por el mandato es *evitable*. Nada se altera aquí en la capacidad de acción [63]; por consiguiente, se da una omisión típica. La persona inactiva se ha dado cuenta de la tarea impuesta por el ordenamiento jurídico debido a la «situación típica» que ha advertido. También están disponibles los medios necesarios para realizar la prestación prescrita. Lo que falta es la elección de los medios para alcanzar el objetivo señalado, la comprensión de los datos de la situación o la operación mental requerida para cualquier plan de acción. El que no sabe nadar y, con sus capacidades y sirviéndose de una de las pértigas existentes en las proximidades, se hubiera convencido fácilmente de que podía salvar al niño caído al estanque, no ha comenzado a prestar ayuda; ya ha fracasado en la primera parte de la dirección final. No ha utilizado sus capacidades, no ha empleado la voluntad de realización para buscar una vía de salvación.

Ahí reside la diferencia decisiva con respecto a la acción con «tendencia subjetiva a alcanzar el objetivo prescrito». Quien «se equivoca» en la elección de los medios, bien es verdad que tiene un rendimiento defectuoso, pero desde luego lo tiene. Procura cumplir el mandato. Su voluntad de realización está dirigida a alcanzar el fin de la norma, el de conjurar el

[62] Cfr. *supra*, pp. 61 ss.
[63] Cfr. *supra*, p. 64.

—incluidos los de omisión impropia—, pues todo deber de actuar requiere como elemento de la dirección final prescrita indagar el modo de socorrer y elegir los medios. Por otra parte, resaltar el «deber de examen» puede dar lugar a malentendidos. El concepto «deber de examen» lo ha empleado el BGH para fundamentar la reprochabilidad del error de prohibición evitable [72]; también en el marco de la imprudencia se habla con cierta frecuencia de deberes de examen. A ninguno de estos aspectos se alude aquí. Asimismo, fácilmente podría abarcarse como objeto de la verificación no la propia situación de desamparo, sino la necesidad del socorro. Lo cual sería materialmente incorrecto, pues hay que distinguir nítidamente entre la cuestión de *si* es necesario socorrer y la de *qué* es necesario para socorrer. Con respecto a la necesidad de socorrer —esto es, a que amenaza producirse un daño o una extensión del daño como consecuencia de la situación de desamparo— hace falta como mínimo el considerarla posible como presupuesto de la propia capacidad de acción. La verificación, en cambio, tiene por objeto pensar de qué manera ha de tener lugar más adecuadamente el socorro. (De donde puede resultar, claro, que la necesidad de socorrer, considerada posible, en realidad no exista) [73].

---

[72] BGH, 2, pp. 201 y 209.

[73] Conforme a estos principios hay que evaluar, asimismo, el supuesto resuelto por el BayObLG (*NJW*, 57, p. 354; extracto en *MDR*, 57, p. 116):

Alrededor de un motociclista accidentado se encontraban diez personas, entre ellas dos motoristas. A llegó con su turismo y se detuvo. A se negó a llevar al herido en su vehículo, lo que, asimismo, fue acertado desde el punto de vista médico. Los circunstantes se plantearon la posibilidad de otras medidas de auxilio, que, no obstante, no llevaron a cabo. A se alejó diciendo: «Éstos no saben lo que quieren; no tienen ni idea». Tanto A como los dos motoristas estuvieron en condiciones de recabar ayuda médica y policial yendo en sus vehículos hasta el teléfono próximo.

Desde el punto de vista objetivo, se dio la «situación típica» del § 330 *c*; el accidentado se encontraba en situación de desamparo. De esta situación fáctica fue consciente A; en particular, sabía que no se había llamado aún a la policía o al médico. El que esto era necesario y adecuado y que podía hacerlo, lo sabía o podía fácilmente reparar en ello. Así pues, A fue capaz de socorrer y su omisión fue típica (y antijurídica). Lo que en todo caso puede cuestionarse es la consciencia de la contrariedad a deber. Las palabras de A al marcharse del lugar del accidente denotan la posibilidad de que creyera que los presentes estaban obligados a avisar, pero él no.

Por el contrario, el BayObLG duda sobre si existe *dolo*, y con razón, porque el dolo de omisión no existe. Según el BayObLG, bastaría para el «dolo» que el sujeto «hubiera contado con la necesidad de su ayuda, pero no hubiera querido prestarla aun siendo necesaria». Sin embargo, si A «por irreflexión o negligencia no hubiera extraído la conclusión, a partir de las circunstancias que conocía, de que su auxilio era necesario, puede ser pertinente el reproche de imprudencia». De conformidad con lo cual ¿sería impune quien por indiferencia («irreflexión») o aversión absoluta, o porque deseaba el perjuicio, ni siquiera se hubiera planteado la necesidad del socorro *por su parte*? Únicamente respondería por «dolo» el que muestra tal implicación que reflexiona sobre la posibilidad de socorrer. (Y completamente resulta restringido el ámbito de aplicación del § 330 *c* si se requiere además una «aprobación positiva» del no socorrer —¿o un «rechazo interno positivo» del socorrer?—; de tomárselo en serio, habría que suprimir resignadamente el § 330 *c*). En esta decisión no queda claro qué ha de entenderse por «reparar en que su auxilio era necesario»; la distinción que se inicia en el texto no llega a llevarse a cabo. El peligro de muerte y, por ende, la necesidad de *un* deber de socorro lo conocía A indudablemente; pero entonces también está claro que su deber de obrar seguía existiendo cuando se marchó (cfr. WELZEL, *Strafrecht*, p. 385; confuso BGH en *NJW*, 52, p. 394). Si acaso, A podría equivocarse sobre si estaba él obligado. Con respecto a la delimitación entre el error exculpante del tipo y el error sobre el deber, *vid. infra*, pp. 147 ss.

peligro o avisar a la persona amenazada. Por el contrario, el otro se conformó con pensar que no había posibilidad de cumplir el mandato (o no pensó en ello en absoluto), aun cuando no tendría que «haberse quedado tranquilo» hasta haber encontrado la vía de salvación. Esa persona inactiva ciertamente omite «inconscientemente», al no llegar a ser consciente de que cuenta con la posibilidad de realizar la acción salvadora. Pero sabe lo que ocurre, qué peligro va a realizarse. Sin embargo, no emplea el entendimiento y los órganos sensoriales para procurar ayuda.

Con razón observa WELZEL [64]: «La limitación a la omisión consciente premiaría al indiferente y al insensible social». Por subrayarlo una vez más [65]: a la omisión consciente y a la inconsciente les es común como base cognoscitiva del poder fáctico el conocimiento del objeto de la intervención, esto es, en el ámbito jurídico: el *conocimiento* de la meta del mandato, de la *«situación típica»*. La omisión «inconsciente» se distingue de la consciente únicamente en que en ella la persona inactiva no piensa —aun cuando podría— que le es posible intervenir en la situación conocida (p. ej., apartar el peligro percibido).

Sólo en este aspecto de desconocimiento a pesar de existir cognoscibilidad reside la diferencia entre la omisión consciente y la inconsciente. Y precisamente esta falta de conocimiento es la que tendría que haberse procurado el omitente, la cual sería el primer eslabón en la dirección del intervenir que le está prescrito. El obligado tiene que procurarse, en primer lugar, intelección de las posibilidades existentes de cumplir el deber [66]. «Esta comprobación es componente necesario de cualquier auxilio imaginable y, por ende, parte del deber de socorro» [67]. El comportamiento de quien ya falla en esto no ha de valorarse mejor —a igualdad de condiciones— que el de aquel omitente que ha llegado a ser consciente de sus posibilidades de acción [68].

2. En cambio, no considero necesario ni correcto —con STORSBERG [69], WELZEL [70] y BUSCH [71]— destacar un especial «deber de comprobación o examen» como parte del deber de socorro subyacente al § 330 c StGB. Por una parte, habría que asumir un deber así en todos los delitos de omisión

[64] *Strafrecht*, p. 385.

[65] Cfr. *supra*, pp. 93 y 95 ss.

[66] Cfr. GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 13.

[67] WELZEL, *NJW*, 53, p. 328.

[68] Cuestión distinta es si, en la orilla, A, que no sabe nadar, busca agitado una posibilidad de salvación para quien se está ahogando, olvidando en su nerviosismo al socorrista que se está echando una siesta. Si suponemos que, a pesar de su nerviosismo, A habría estado en condiciones de buscar a dicho socorrista, entonces ciertamente A no habría hecho nada con eficacia exterior dirigido a la salvación de quien se ahogaba, pero su esfuerzo por hallar una posibilidad de salvación constituiría un obrar con tendencia a la evitación. Bien es verdad que realizó defectuosamente la comprobación, pero *la hizo*.

[69] *Nothilfepflicht*, pp. 71 ss.

[70] *NJW*, 53, p. 328; *Strafrecht*, p. 385.

[71] *Mezger-Festschrift*, p. 177; igualmente OLG Colonia, en *NJW*, 57, p. 1610.

No hay que abandonar la reserva ante la admisión de deberes: ¡no hay deber sin infracción de deber, sin mandato, sin tipo de mandato!

Con estas consideraciones ha quedado aclarada la diferencia entre la omisión «inconsciente» y la «tentativa fallida» de cumplir el mandato. La omisión inconsciente no justifica tratamiento particularizado alguno, mientras que el obrar con la tendencia a realizar la prestación requerida por la norma lleva a la exclusión del tipo.

b) *El límite entre el delito de omisión «cuasi-doloso» y la imprudencia*

Pero también, por otra parte, podría ponerse en entredicho el efecto excluyente del tipo que despliega la tentativa fracasada de realizar la acción descrita en el mandato. Cabría tal vez objetar: la diferencia valorativa determinante entre la falta de toda acción por parte de quien es capaz de actuar y la realización de una tentativa inidónea es inequívoca; aquí, sin embargo, como mínimo *no* se ha hecho *todo* lo que el sujeto habría podido y debido hacer. Si el «salvador», cuando se dirige hacia quien se está ahogando, pierde los remos, con frecuencia habrá que tener en cuenta en su favor su nerviosismo e inexperiencia. Pero si se llega al juicio de que, con su experiencia en manejar barcas, tendría que haberse «sobrepuesto» y llegado a su objetivo, su rendimiento es *deficiente* y su comportamiento lleva un acento de desvalor, si bien mucho menor que si no hubiera hecho nada.

Nuestro planteamiento de la tentativa fracasada (por inadecuada) del cumplimiento del mandato lo tiene también presente GEORGAKIS cuando escribe [74]: «Por el contrario, cuando el obligado ha puesto en práctica sin querer un comportamiento inadecuado, habría que comprobar si, con respecto a esa inadecuación, le cabe el reproche de imprudencia».

De este modo se ha enunciado la clave de la cuestión central de la dogmática del delito de omisión: *¿Cabe trazar aquí una línea divisoria* —entre la omisión de la acción prohibida, por una parte, y la tentativa fracasada, inadecuada, de realizar la acción conforme a la norma, por otra— *que se corresponda con la que separa el hecho doloso y el delito imprudente en los delitos comisivos*?

Es obvia la respuesta *afirmativa*. Y es que: 1. Existe —como se ha señalado— una diferencia valorativa muy nítida entre los dos grupos de casos de la omisión. 2. En la tentativa fracasada de obrar de conformidad a la norma, el elemento que si acaso podría sustentar un acento de desvalor y que, en caso de ser culpable, podría reprocharse, es la *falta de cuida-*

[74] *Hilfspflicht*, p. 34; la observación de GEORGAKIS se refiere, naturalmente, a la omisión impropia. Cfr., asimismo, A. ROSBE, *Die Natur*, pp. 75 ss.

do al realizar el acto prescrito. Pero la falta de cuidado es un criterio típico de la imprudencia; esto puede aseverarse, por evidente, sin emprender una investigación específica sobre la imprudencia.

Pero en todo caso —por decirlo una vez más—, asimismo, la tentativa *descuidada* de cumplir el mandato excluye la tipicidad del omitir. El que esto que se sitúa al margen de *este* tipo pueda calificarse como «imprudente», cuando sea descuidado y debido a ello, se abordará más adelante [75]. Con todo, lo que justifica la existencia del límite que la tentativa fallida de cumplir el mandato traza para el tipo de mandato es denominar *«cuasi-doloso»* al omitir que queda *dentro* del tipo. Con este «delito de omisión propia cuasi-doloso» tienen que ver tanto las consideraciones dogmáticas anteriores como las subsiguientes [76].

El hecho de que el paralelismo con el delito comisivo doloso sólo se produce con respecto al contenido de desvalor —¡y no, pongamos por caso, con respecto a la igualdad de estructura dogmática!—, según lo hasta ahora señalado, no requiere ya demostración (*Beweis*), sino sólo alguna indicación (*Hinweis*).

c) *¿Basta con modificar el concepto de dolo?*

Admitir una línea divisoria (sólo *por analogía*) entre la comisión dolosa y la omisión sin tentativa de cumplir el mandato, por un lado, y la comisión imprudente y la tentativa descuidada de cumplir el mandato, por otro, presupone que los criterios de delimitación *no* son *los mismos* en la comisión y en la omisión. Que esto es así se desprende ya de los resultados obtenidos hasta ahora de esta investigación. Y es que *no hay dolo de omisión* [77]. La omisión no puede ser objeto de una voluntad de realización, sino que se caracteriza por que falta precisamente la voluntad de realización de llevar a cabo un acto. Por ende, el dolo, como «conocer y querer la

---

[75] *Vid. infra*, pp. 186 ss.

[76] La terminología que se sigue en esta obra se basa en una sugerencia de GALLAS, quien —si bien sólo en el ámbito del injusto de los delitos de omisión impropia— habla de una omisión «cuasi-final» (*ZStW*, 67, p. 41, nota 81; el «sólo» lo mantiene GALLAS tanto en el delito de omisión propia como en el de omisión impropia). La elección de conceptos se apoya, asimismo, en la utilización del término «cuasi-causalidad» con el que en realidad se alude a la «causalidad potencial».

Naturalmente, así aún no se ha demostrado la pertinencia de esta terminología, ni con respecto a la partícula «cuasi» ni en relación con el mantenimiento del concepto «doloso». Desde luego que cabe discutir la pertinencia de esta denominación. En mi caso, importaba no proscribir completamente el concepto «doloso», por cuanto se ajusta a la tradición y porque aquello a lo que alude al menos acierta en el núcleo de los casos que en el texto se denominan «cuasi-dolosos». Asimismo, el término «doloso» es útil para expresar el contraste con los delitos de omisión «imprudentes». La partícula «cuasi» expresa, pues, por una parte, que precisamente *falta* una voluntad de realización *actual* y, por otra, que la doctrina del dolo es aplicable a los delitos de omisión «cuasi-dolosos» con signo *opuesto*.

[77] *Cfr. supra*, pp. 84 ss., 93 ss. y 102.

Llevando el caso hasta lo grotesco, imaginémonos al tabernero sentado en el banquillo. Supongamos que se ha demostrado que X conocía el plan delictivo; le pregunta el juez: «¿Es que no ha pensado Vd. en que tenía que denunciar?». Dejándose guiar por su sano sentido jurídico, nuestro X intentaría presentar su actuar bajo la luz más favorable: «Claro que sí, señoría; estaba ya decidido a hacerlo, incluso había averiguado la dirección de la víctima, pero ¿cómo iba a *chivarme* de mis mejores huéspedes?». Y precisamente al mentir así, nuestro X —según la doctrina del dolo de omisión— se habría metido él mismo en la cárcel, pues en los fundamentos de hecho de la sentencia se diría: «De la confesión digna de crédito del acusado se desprende que... de manera que tuvo dolo de omisión».

Aun no haciendo falta, hay que decir expresamente en honor de nuestra jurisprudencia que, aunque se produjera una confesión veraz, nunca habría absuelto a X. La doctrina del «dolo de omisión» hace tiempo que sólo existe sobre el papel.

2. Así pues, si queda descartada la omisión «consciente» como sucedáneo del dolo en el delito omisivo, sólo queda por considerar otra posibilidad: la *limitación del concepto de dolo* no sólo al aspecto intelectivo en general, sino además *al conocimiento de la situación típica*. No se requeriría para este «dolo» la consciencia de la propia inactividad, de no realizar la acción prescrita; tampoco —lo cual es más importante— sería necesario el conocimiento de la posibilidad de acción [80]. Sin embargo, así quedaría aludido únicamente un presupuesto de la capacidad de acción, a saber, la base cognoscitiva [81]. Este concepto de «dolo» estaría *en esto* en total concordancia con los resultados de esta investigación.

Pero —al margen de los reparos existentes desde el punto de vista terminológico— ¿sirve este concepto de dolo para la delimitación con respecto a la «imprudencia omisiva»? A lo sumo, con respecto a un desconocimiento «imprudente» de la situación típica (de la situación de desamparo, del plan delictivo). Pero esta dirección en la delimitación del tipo de mandato, sobre cuya necesidad se está hoy de acuerdo al menos con respecto a los §§ 138 y 330 c StGB [82], la presta ya la capacidad de

[80] Cfr. WELZEL, *NJW*, 53, p. 328: «En esta medida, se requiere "dolo" para el § 330 c, teniéndose presente que ha de entenderse meramente en el sentido del conocimiento real del tipo objetivo "situación de desamparo" y de que el dolo se refiere únicamente a esta circunstancia fáctica».

Tal vez también el BayObLG (en *MDR*, 57, p. 116) emplee un concepto semejante de dolo: de acuerdo con él, condenar a quien está obligado a socorrer presupone «que al menos haya contado con la necesidad de su auxilio, pero que no lo ha prestado, e incluso, para el caso de que fuera necesario, no hubiera querido prestarlo». Sin embargo, esta coincidencia se limita si acaso a las exigencias sobre el conocimiento; además, la sentencia parece requerir un «no querer» en el sentido de la teoría de la aprobación, propia del dolo eventual. Tales consideraciones, en el ámbito de la omisión, o son irremediablemente inviables, o han de reducirse al desear o no desear la consecuencia dañosa. Cfr. *supra*, pp. 95 ss. y 129, nota 73.

[81] Cfr. *supra*, pp. 60 ss. y 121.

[82] § 138 StGB: «*Omisión de denuncia de delitos planeados.* El que llegare a saber de modo fidedigno acerca del propósito o la comisión de [determinados delitos que se enumeran] en un

realización del tipo», al no existir, no puede emplearse en el delito omisivo como elemento de delimitación.

1. Con todo, cabría pensar en *construir* para el delito omisivo *un sucedáneo de dolo sin elemento volitivo*, limitado al aspecto del conocimiento. Entonces, esta omisión «dolosa» sería idéntica a la «omisión consciente». Pero, por una parte, así se abandonaría el elemento esencial del dolo, el aspecto volitivo. Y, por otra, precisamente las consideraciones de este apartado han puesto de manifiesto que sería materialmente falso trazar una línea divisoria entre la omisión «consciente» y la «inconsciente» en la tipicidad. El «desvalor de omisión» —la ausencia de valor de acto— es justamente el mismo tanto en la omisión consciente como en la inconsciente, puesto que la «inconsciencia» simplemente se refiere a aquello de lo que la persona inactiva debió y pudo hacerse consciente precisamente con vistas a realizar la acción prescrita, teniendo en cuenta la situación de peligro que le era conocida [78]. Casi siempre, los acentos de desvalor recaen a la inversa: quien, conociendo un plan delictivo o un accidente, ni siquiera se plantea si puede denunciar o socorrer, y cómo, omite «inconscientemente» precisamente porque las consecuencias del delito o del accidente le dan igual o incluso las desea. En cambio, aquel a quien el renombrado «impulso de salvar» al menos le lleva a reflexionar sobre las posibilidades de intervenir, ha omitido «conscientemente»; aparecería como el prototipo del «autor omisivo doloso».

Comprobemos lo acertado de esta decisión, una vez más, con un ejemplo: el dueño de una bar, X, averigua, al servir a parroquianos «ilustres» en un reservado, un plan de robo con homicidio. No se le pasa por la cabeza denunciar el delito planeado, ni mucho menos reflexionar sobre si dispone de alguna vía (y cuál) para denunciarlo a tiempo; si acaso, piensa en que va a aumentar su volumen de negocio si el plan sale adelante. No cabe aquí hablar de «dolo de omisión». La acción de presentar la denuncia no llega a aparecer en el campo visual de X, como tampoco cabría apreciar un «rechazo interno positivo» de la denuncia. (¡Se da una «aprobación interna positiva» del robo!) Huelga señalar que no existe «dolo» alguno relativo a la *posibilidad* de denunciar a tiempo. Tampoco hace falta fundamentar que X merece la pena máxima que permite el § 138.I StGB (omisión de denunciar determinados delitos). Y no se objete que se trata de un supuesto excepcional; en primer lugar, éste no constituiría un argumento, y, en segundo lugar, no sería cierto. Lo único cierto es que —a Dios gracias— no existen demasiados pecadores tan empedernidos a quienes al menos no se les pase por la cabeza intervenir. Pero ni siquiera este pensar en denunciar sería «dolo»; pues ¿quién de los que entonces no hacen nada reflexiona sobre de qué manera *puede* realizar la acción que no está dispuesto a realizar? [79]

---

[78] *Vid. supra*, pp. 95 ss. y 127 ss.

[79] Cfr., p. ej., OLG Colonia, en *NJW*, 57, p. 1609.

acción, al requerir como base cognoscitiva el *conocimiento* de la situación típica.

Y hacia el «otro lado», *con respecto a la tentativa descuidada del acto prescrito*, un «dolo» limitado a la situación típica es evidente que *no* podría proporcionar criterios de delimitación, pues también la tentativa fracasada, inadecuada, de alcanzar el fin prescrito presupone el conocimiento de la situación descrita en el mandato (de la situación de desamparo, de los planes delictivos). Este «concepto de dolo» sería demasiado amplio para servir de orientación al «tipo de omisión dolosa» [83].

Esto puede ilustrarse con ejemplos como el siguiente: A, que no sabe nadar, arroja el único salvavidas existente, sin pararse a considerar el viento y la corriente, lo que habría podido tener en cuenta dados sus conocimientos y facultades. B presenta tarde la denuncia del delito por salir corriendo irreflexivamente en vez de utilizar el teléfono. A y B fueron plenamente «capaces de acción», pero no han utilizado del todo sus capacidades, sino obrado inadecuada y descuidadamente. Con arreglo a la concepción aquí analizada del «concepto de dolo», habría que afirmar el «dolo» tanto en A como en B; por el contrario, es evidente, y ya se demostró dogmáticamente *supra*, que la tentativa sería, pero fallida, de alcanzar el fin del mandato si acaso puede dar lugar a responsabilidad por imprudencia.

3. Otra construcción de dolo sucedáneo la sugiere MAURACH planteando la cuestión de «si el no tomar la decisión de realizar el obrar prescrito puede equipararse al dolo de no obrar, o si ello no es posible porque *falta de decisión* no es *igual a dolo*». MAURACH responde: «Quien no puede animarse a socorrer, *asume* que no pueda materializarse en absoluto su socorro. Eso es dolo eventual» [84].

Las consideraciones de MAURACH apuntan, naturalmente, a suplir el elemento volitivo en el dolo de omisión por un «asumir»; de acuerdo con los resultados de esta investigación, sin embargo, es indudable que no cabe encontrar voluntad de realización en la omisión [85]. Lo único que es posible debatir aquí es si la formulación de MAURACH consigue acaso superar las dificultades que salen a relucir en la construcción de un «con-

momento en que aún podía evitarse la ejecución o el resultado, y omitiere avisar a tiempo a las autoridades o a la persona amenazada, será castigado con prisión».

§ 330 c StGB: «*Omisión de socorro*. Quien no socorriere en un supuesto de accidente, peligro común o situación de necesidad, aun siendo ello necesario y exigible en función de las circunstancias, en particular sin peligro propio y sin infracción de otros deberes de entidad, será castigado...» [N. de los TT.]

[83] BINDING, *Lehrbuch*, I, p. 681; GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 350; GERLAND, *Reichsstrafrecht*, p. 385; HEIMBERGER, *Strafrecht*, p. 162; MAURACH, *Lehrbuch*, II, pp. 409 y 597; MEZGER, *Strafrecht*, p. 162; OLSHAUSEN, *StGB*, § 139, nota 7; WEGNER, *Strafrecht*, pp. 186 ss.; WELZEL, *NJW*, 53, p. 328; *vid.*, asimismo, los autores citados en nota 40 de la p. 121.

[84] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 234 (en contra de H. MAYER, *Strafrecht*, p. 247) (cursiva mía).

[85] *Vid. supra*, pp. 84 ss. y 93 ss.

cepto de dolo» limitado ya al aspecto cognoscitivo. Pero también ha de responderse negativamente a esta pregunta.

El aspecto intelectivo del «dolo eventual» consiste en considerar posible una circunstancia del hecho. Si el obligado a auxiliar sabe con exactitud que la persona que pide socorro a gritos va a ahogarse si no se la salva, está descartado por esa razón, de entrada, el «dolo eventual». Pero tampoco sirve de nada el dolo eventual con respecto al propio no obrar de quien no actúa y al poder de obrar propio. Quien no piensa en absoluto en una circunstancia, no puede asumir esa circunstancia y, por ende, tampoco tener dolo eventual. El dueño del bar que ni siquiera piensa en denunciar —ni mucho menos en su poder final de obrar, en la vía de que dispone para advertir del delito— tampoco «aprueba positivamente» el no denunciar, ni lo «asume». El insensible que, contemplando a quien se ahoga, *ni siquiera piensa* en una acción de salvamento, no tiene «dolo eventual» relativo al no salvar.

4. Naturalmente, existe un «concepto de dolo» que puede aplicarse también en el delito omisivo: la identificación de «dolo» y «consciencia del deber jurídico». Ya SCHWALBACH señalaba que «en el delito de omisión no hay hecho ni voluntad» —sin encontrar eco, desde luego— y refería el dolo y la culpa exclusivamente a la antijuricidad [36]. En sentido semejante, recientemente HARDWIG [37] indica que en el delito omisivo «la voluntad no puede referirse a nada sino a la infracción del deber».

Es evidente que con este «dolo malo de omisión» nos internamos ya en la reprochabilidad, así como que es incompatible con la moderna «teoría de la culpabilidad» que esta investigación comparte. Con todo, hay que realizar dos observaciones: 1. Este concepto de «dolo malo de omisión» no sería idéntico al concepto de dolo de la «teoría del dolo» en su expresión común, al *no* contener la consciencia de que concurren *todos* los elementos de la omisión, mientras que en el delito comisivo el conocimiento de las circunstancias del hecho es parte del «dolo malo». Si se pretendiera exigir la consciencia de que concurren todos los elementos del tipo también para el «dolo malo de omisión», entonces tendrían razón todas las objeciones expuestas antes contra el dolo de omisión así entendido. 2. Precisamente (también) en el delito de omisión tiene que conducir a resultados inadecuados la teoría del «dolo malo». El dueño del bar de nuestro ejemplo no tenía «dolo» ni «dolo malo», como tampoco consciencia *actual* de su deber de actuar.

Nuestros argumentos en contra del «dolo de omisión» afectan también, pues, al dolo «malo» en cualquiera de sus manifestaciones. La reprochabi-

---

[36] SCHWALBACH, *GS*, 32, pp. 609 ss. En contra, KRUG (*Abhandlungen*, p. 23) consideraba lo siguiente: «El dolo y la culpa no se plantean... pues la omisión en sí —suponiendo que el obrar fuera posible— es siempre un acto voluntario». La posibilidad de distinguir dolo y culpa en los delitos de omisión es una antigua cuestión controvertida en el Derecho común.

[37] *GA*, 1956, p. 373.

fes se estiman inadecuados los resultados son los de la propia ley, a saber, los que ésta ha incorporado en el ámbito de los delitos comisivos. Si la ley prescribiera *aquí* algo distinto se estaría contradiciendo a sí misma. Esta contradicción habría que asumirla, si acaso, si la ley lo prescribiera forzosamente. ¿Pero dónde lo hace? Con esto, la respuesta a la segunda pregunta depende de la respuesta a la primera. Falta una regulación expresa de los delitos omisivos. Y aun cuando la ley, en el § 1 StGB [91], partiera de que la omisión ha de equipararse con carácter general a la acción, ello no significaría en modo alguno que hubiera que aplicar sin reparos todos los preceptos a la omisión. Sobre esto hay unanimidad en el ámbito del delito de omisión *impropia*. Como también reina unanimidad, p. ej., acerca de que los preceptos de la Parte General no cabe aplicarlos sin más a los delitos imprudentes, aun cuando la ley no prescriba nada así expresamente. ¿Por qué iba a ser distinto para la omisión?

2. Como único precepto al respecto cabría considerar el § 59 StGB [92], pues de él se deduce la «exigencia de dolo» en los delitos comisivos. Que la regulación la ha configurado el legislador en relación con el hacer activo es indudable. El § 59.I StGB contiene el principio de que si se desconocen las circunstancias del hecho de una acción típica no cabe «imputar» la existencia de estas circunstancias (a la acción dolosa).

La doctrina, a efectos de la aplicación del § 59.I StGB al delito omisivo, ha venido sustituyendo correlativamente «acción» por «omisión». Así, serían «circunstancias del hecho» no sólo la «situación típica», sino también la ausencia de la acción prescrita (!) y la posibilidad de actuar. Lo cual llevaría al tantas veces debatido «dolo de omisión», cuyo aspecto volitivo sería una mera ficción, y cuyo aspecto intelectivo comportaría graves fricciones materiales. Causa de este resultado defectuoso es la equiparación sin reparos de acción y omisión, cuando la omisión no es ninguna acción, ni ontológica ni dogmáticamente, sino ¡la omisión de una acción!

La regla del § 59.I StGB está pensada completamente a la medida del hacer positivo. Se atiende al *realizar*, al desconocimiento de lo que se realiza, o de las circunstancias en las cuales se realiza. Mientras esté ausente este conocimiento, lo realizado no puede imputarse como *acción* (dolosa). El atender así al *realizar* y al *no* imputar como *acción* queda descartado desde el principio para el delito omisivo. En el ámbito de los delitos comi-

[91] La clasificación de los delitos en graves *(Verbrechen)*, menos graves *(Vergehen)* y faltas *(Übertretungen)* del § 1 StGB, r. a., alude expresamente a «acciones» conminadas con penas de diversa gravedad. [N. de los TT.]

[92] § 59 StGB: «*Culpabilidad-error.* I. Si, al cometer una acción punible, no se conociere la concurrencia de circunstancias fácticas pertenecientes al tipo legal o agravantes de la punibilidad, tales circunstancias no serán imputables. II. En la punición de acciones cometidas imprudentemente sólo se aplicará este precepto en la medida en que el propio desconocimiento no se debiere a imprudencia» [N. de los TT.]

lidad en el delito omisivo no puede referirse al dolo malo o a la imprudencia de Derecho, sino (con FINGER) únicamente a que «la persona inactiva se ha percatado de su deber o se habría podido percatar de él con la debida atención» [87].

De cuanto antecede se desprende no sólo que no existe «dolo de omisión» alguno en el sentido de voluntad de realización, sino también que no puede construirse como sucedáneo ningún otro concepto de dolo que satisfaga los requisitos materiales del delito de omisión. El «delito de omisión cuasi-doloso» no se caracteriza, pues, por un «cuasi-dolo»; más bien es «cuasi-doloso», por una parte, en tanto que abarca como mínimo en lo esencial lo que hasta ahora se denominaba «omitir doloso» y, por otra, en tanto que se caracteriza por la inversión de los dogmas válidos para el delito de comisión doloso. Esto se pondrá de manifiesto en mayor medida más adelante.

d) *La exigencia de dolo por parte de la ley y el obrar con tendencia a cumplir el mandato*

1. A estas alturas es de esperar la objeción siguiente: la *ley* requiere el dolo también en los delitos omisivos, y eso no puede pasarse por alto. Así, también GALLAS se pliega a esta «exigencia de dolo», aun negando, con razones convincentes, toda finalidad en la omisión, y en general considerando a la finalidad como criterio del dolo [89].

Sin embargo, sean correctos o no los resultados de esta investigación, el tenor literal de la ley desde luego no decide al respecto. La existencia de un «dolo de omisión» se ha negado con razones que hunden sus raíces en la estructura prejurídica de la omisión. A estas estructuras está, asimismo, vinculado el legislador; huelga repetir lo que al respecto se ha indicado en otro lugar de esta investigación [90].

El problema sólo puede residir, pues, en si *de lege lata* la «exigencia de dolo» obliga, ya que no podía encontrarse *(auffinden)* el dolo de omisión, a inventarlo *(erfinden)*. A quien considere esto necesario hay que plantearle desde el principio dos preguntas: ¿Qué preceptos legales obligan a extrapolar sin reparos el dolo de comisión al ámbito de la omisión? Y ¿puede ser el sentido de una ley, en general construida de modo no irracional, obligar a resultados cuya inadecuación se puso de manifiesto al revisar las distintas construcciones de dolo imaginables?

Para contestar por anticipado a la última pregunta: estos resultados *no* pueden ajustarse al sentido de la ley, pues los baremos conforme a los cua-

---

[87] FINGER, *Deutsches Strafrecht*, I, p. 294; *vid.*, asimismo, *infra*, pp. 155 ss.

[89] GALLAS, *ZStW*, 67, pp. 41 ss.; al respecto, Armin KAUFMANN, *ZStW*, 70, pp. 64 ss.

[90] Cfr. *supra*, pp. 37 ss.

sivos se pregunta por la *existencia* de acciones *prohibidas;* para los delitos omisivos lo decisivo es la *inexistencia* de acciones posibles *prescritas.*

En el delito omisivo, pues, hay que atender precisamente a si se ha realizado la prestación requerida.

Una aplicación con sentido del § 59.I StGB al delito omisivo no puede consistir, por consiguiente, en intercambiar simplemente los conceptos «acción» y «omisión». Si en el § 59.I StGB, en lugar de la expresión «al cometer una acción punible», se encasqueta la de «al omitir puniblemente una acción», es *todo* el enunciado el que debe modificarse convenientemente, debiendo referirse ahora a la acción *omitida,* no a la cometida.

Lo que significa que el § 59.I StGB envuelve su consecuencia en la fórmula de que hay que tratar las circunstancias realizadas —o las que caracterizan a lo realizado— como inexistentes («no cabe imputarlas»). Para la omisión se trata de lo inverso: aquí no puede tratarse lo no realizado como realizado. Si el § 59.I StGB, en la comisión, establece como condición para su consecuencia jurídica el *desconocimiento* de las circunstancias *realizadas,* para el caso de la omisión es justamente lo contrario lo que proporciona el sentido recto: la condición es aquí la *suposición errónea* de circunstancias *no realizadas.* Luego, lo considerado como realizado ha de tratarse también como realizado.

Así recibe la idea básica del § 59.I StGB su sentido adecuado para el delito omisivo: a quien cree que con su obrar se va a alcanzar el fin señalado por el mandato (esto es, a quien lleva a cabo una «tentativa fallida de cumplir el mandato»), hay que tenerle en cuenta en su favor lo supuestamente alcanzado en relación con el cumplimiento del mandato como efectivamente alcanzado (o sea, «*no* cabe imputarlo» como omisión). ¡Y ello sin perjuicio de la regulación del § 59.II StGB, que es aplicable a la falta de cuidado en el obrar con tendencia a evitar el resultado!

En pocas palabras, para la comisión rige lo siguiente: a quien realiza *más* de aquello de lo que es consciente «no cabe imputarle» (como acción) lo realizado inconscientemente. En la omisión, por el contrario, a quien realiza *menos* de lo que imagina «no cabe imputarle» (como omisión) lo no realizado, pero imaginado.

El § 59 StGB se ocupa precisamente del error sobre la acción, no del error sobre la omisión. Así pues, desde la perspectiva de la misma *función* dogmática, esto es, la de excluir el tipo («no cabe imputar»), con respecto a la acción no efectuada en el delito omisivo tiene que concurrir el fenómeno inverso que en el delito comisivo: en vez de la ignorancia que *excluye* el dolo del hecho y, por ende, la acción, de la que se ocupa directamente el § 59.I StGB, en el delito omisivo ha de aparecer la suposición errónea que *fundamenta* la decisión del hecho y, por ende, la acción (de

tentativa). Apenas hace falta subrayar que este resultado se ajusta al «principio de inversión» ya antes esbozado.

Nosotros habíamos obtenido este resultado al principio continuando las ideas de Eberhard SCHMIDT sobre la tendencia a evitar el resultado, teniendo muy presentes los requisitos dogmáticos de una solución materialmente adecuada [93]. Llegábamos entonces al mismo resultado aplicando el segundo aspecto de nuestro principio de inversión, el de que la misma estructura de la acción —tentativa fallida— en la omisión ha de tener el efecto dogmático inverso [94]. Y veíamos también que la aplicación del primer aspecto del principio de inversión corrobora el resultado: la misma función dogmática —error sobre el tipo en el sentido del § 59.I StGB— presupone en el delito omisivo la estructura inversa de la acción (omitida): fracaso de la tentativa. Se confirma así no sólo la trascendencia que ha de atribuirse al obrar con tendencia a cumplir el mandato, sino también que el principio de inversión «funciona» y, por tanto, que es correcto [95].

Para que vaya avanzando esta investigación, hay que dejar sentado lo siguiente: el § 59.I StGB no le cierra el paso a la consideración de la diferencia material desvelada entre la omisión de cualquier obrar en dirección al fin prescrito, por una parte, y la tentativa fracasada de cumplir el mandato, por otra, sino que, antes al contrario, ¡aplicándolo en sus propios términos al delito omisivo, confirma esta línea separadora! El § 59.I StGB no obliga a una ficción del dolo en el ámbito de la omisión, sino que —correctamente aplicado— indica el camino de la solución adecuada.

3. De manera análoga, sería posible también *de lege ferenda* una aplicación pertinente de la idea básica de la regla relativa al error sobre las circunstancias fácticas, si el § 18 de la Propuesta de Proyecto se convierte en ley [96]: «Quien al cometer el hecho no conociere una circunstancia perteneciente al tipo legal, no obrará dolosamente».

Por el contrario, sí presentaría dificultades el § 15.1 de la Propuesta de Proyecto [97]: «Sólo se impondrá pena a quien obrare dolosa o imprudentemente» [98]. Si este precepto llega a ser ley costaría trabajo no aplicar el concepto de dolo al delito omisivo. Todas las ficciones y fricciones vinculadas al «dolo de omisión» serían entonces difícilmente evitables. Sin

---

[93] Cfr. *supra*, p. 103.

[94] *Vid. supra*, pp. 125 ss.

[95] *Vid. supra*, p. 126.

[96] Propuesta del Departamento de Derecho Penal del Ministerio de Justicia Federal encargado del proyecto de Parte General del Código Penal tras los acuerdos de la Comisión Plenaria en primera lectura; *vid.* al respecto el informe de DREHER, *ZStW*, 67, pp. 440 ss.

[97] Cfr. al respecto DREHER, *ZStW*, 67, p. 440.

[98] El § 16.1 StGB, en el sentido del 18 del Proyecto, establece: «*Error sobre las circunstancias fácticas*. 1. Quien al cometer el hecho no conociere una circunstancia perteneciente el tipo legal, no obrará dolosamente». Por su parte, el § 15 StGB es del tenor siguiente: «*Actuación dolosa e imprudente*. Únicamente será punible la actuación dolosa, salvo cuando la ley también conminare con pena expresamente el obrar imprudente» [N. de los TT.]

como consecuencia accesoria posible de una actividad *(concurrencia de la «voluntad de evitación»)*, excluye el obrar con tendencia a cumplir el mandato y *fundamenta la tipicidad*.

Por ejemplo: A y B van de excursión al monte; B se despeña, quedando gravemente herido. A, que no puede socorrer en persona, tampoco busca ayuda porque le contenta la muerte de B. Pero A cuenta con la posibilidad de que, al volver él a pasar junto al refugio, el patrón eche en falta a A y envíe ayuda. Por eso, A procura pasar de largo sin que le vean, a pesar de lo cual el patrón le ve y da lugar a la salvación de B. Aquí, ciertamente A ha causado la salvación de la vida de B, pero sin voluntad de realización, porque precisamente se esforzó por impedir la evitación de este resultado. (La «teoría de la aprobación» podría, invirtiendo su tesis, decir: «A *no* aprobó el resultado de salvación de su obrar».) Así pues, no se da obrar alguno con tendencia a socorrer y se realiza el tipo del § 330 c StGB.

Como se trata de supuestos raros, basten estas observaciones. La «inversión» de la problemática del dolo eventual es ciertamente de escaso valor práctico, pero de alto interés teórico, y corrobora de nuevo la viabilidad de nuestro principio de inversión.

De gran importancia en todos los sentidos es, sin embargo, una *idea negativa* que se desprende de las consideraciones precedentes: si se considera sólo posible la concurrencia de una situación típica, ¡la omisión de ésta es siempre típica! Esto lo ponen de manifiesto ya nuestras consideraciones sobre la capacidad de acción, que se ven confirmadas por que *no* se encuentra *aquí* el paralelismo con la problemática del dolo eventual. Lo mismo ocurre cuando el sujeto, entre dos posibilidades distintas de presentar a tiempo una denuncia, opta por la que le parece que ofrece muchas menos perspectivas de éxito. O bien A lleva a sabiendas a B, gravemente herido, que requiere una operación urgente, al médico rural X, en vez de al hospital que se encuentra a la misma distancia. ¡También aquí *falta* una actuación con tendencia a cumplir el mandato, y tampoco aquí surge *ningún* problema emparentado con el dolo eventual! El mandato requiere que se aproveche la mejor oportunidad para cumplirlo; lleva a cabo una tentativa de evitación del resultado excluyente de la tipicidad *sólo* aquel que aprovecha la posibilidad que le parece con mejores perspectivas, aun cuando se equivoque al respecto.

f) *Resultados*

Las consideraciones sobre la tentativa de cumplir el mandato (el obrar «con tendencia a evitar el resultado») nos han internado en un ámbito central de la dogmática de la omisión. Por eso hay que recapitular de nuevo sobre el fruto de estas consideraciones:

embargo, también este precepto habla sólo de «obrar». Quedaría entonces quizá la posibilidad de considerar inaplicable este precepto al ámbito de la omisión, opción por la que la jurisprudencia difícilmente se decidiría.

Por eso, sería de desear un precepto expreso que regulara la *aplicación adecuada* de los preceptos de la Parte General a los delitos omisivos. Entonces se dejaría espacio para que doctrina y jurisprudencia desarrollasen la dogmática de la omisión. Desde luego, un precepto en tales términos prevendría precisamente una asunción sin reparos de la doctrina del delito comisivo. Piénsese lo que se piense sobre los resultados de esta investigación, lo que, según creo, es seguro es que el delito omisivo no puede tenderse, sin consecuencias nocivas, en el lecho de Procusto de una dogmática que está orientada exclusivamente hacia el delito comisivo.

e) *El dolo eventual «inverso»*

1. Al estudiar el § 59.1 StGB hemos visto que la función del error sobre el tipo se invierte en la omisión en el sentido de tener en cuenta lo supuestamente realizado o realizable, la tentativa fallida de cumplir el mandato. Entonces, la problemática del dolo eventual está emparentada funcionalmente con la del error sobre el tipo; se trata de la cuestión de qué conocimiento existente sobre el tipo bajo qué presupuestos (volitivos) es dolo, de cuándo el considerar posible basta como base intelectual de la voluntad de realización [99]. Con arreglo al principio de inversión, la misma función (aquí: limitación del dolo del hecho o de la «cuasi-dolosidad») ha de presentar en la acción prescrita el fenómeno estructural inverso que en la acción prohibida. En el delito comisivo, la voluntad de realización puesta en práctica que tiende precisamente a la evitación de la consecuencia accesoria considerada posible, la denominada voluntad de evitación, excluye el dolo del hecho; de faltar esta voluntad de realización dirigida a evitar, la voluntad de realización abarca, asimismo, la consecuencia accesoria considerada posible. (Esta voluntad de realización tiene que faltar siempre que el autor no vea posibilidad alguna de ejercer influencia sobre que se produzca o no la consecuencia accesoria.) El principio de inversión ha de aplicarse entonces del modo siguiente:

En los tipos de *prohibición* ocurre que, si falta una finalidad dirigida precisamente a evitar la consecuencia considerada posible de una actividad («voluntad de evitación ausente»), el dolo del hecho queda intacto y *se da la tipicidad*. En los tipos de *mandato* se presenta el mismo efecto con la estructura inversa de la acción: la intención existente y puesta en práctica que se dirige a evitar el cumplimiento del mandato, considerado

[99] No cabe en este contexto profundizar en mayor medida en las distintas teorías sobre la delimitación del dolo. En el texto subsiguiente doy por supuesta la concepción que he expuesto en otro lugar (ZStW, 70, pp. 64 ss.).

1. No existe el dolo de omisión. Ya desde la perspectiva ontológica se había puesto de manifiesto que no hay lugar en el terreno de la omisión para la voluntad de realización y, por ende, para un dolo genuino [105]. Pero aun cuando se quisiera renunciar al elemento volitivo —esencial en el dolo— en el ámbito de los delitos de omisión, tampoco cabría avanzar nada con un «dolo de omisión» mermado en tales términos: incluso un dolo entendido sólo como conocimiento de los elementos de la omisión (sin la voluntad) en seguida conduce a fricciones. Si se refiere esta consciencia actual —como sería consecuente— a *todos* los presupuestos objetivos de la omisión, ello lleva a privilegiar la insensibilidad y la indiferencia, pues casi siempre la capacidad de acción propia sólo llega a ser consciente para el que omite si ha reflexionado sobre la realización de la acción (prescrita), esto es, si no le es completamente indiferente el peligro que ha de evitarse. Si se intenta eludir estas consecuencias insostenibles limitando el concepto de dolo al conocimiento de la situación típica, no se abarca con dicho concepto más que la base cognoscitiva de la capacidad de acción. Entonces también habría que llamar «dolosa» a la omisión que únicamente se materializa porque el obligado, al intentar cumplir el mandato, no despliega todo el cuidado que *le* era posible.

2. Este resultado no es asumible, puesto que ya se ha indicado —tal era el punto de partida de estas consideraciones— que la tentativa fallida de cumplir el mandato comporta una omisión *sui generis* que si acaso es comparable al acento de desvalor del comportamiento imprudente. Hay una línea inequívoca y nítida entre el comportamiento de quien no hace nada en absoluto para efectuar el acto prescrito y la conducta de quien —aun cuando errando evitablemente— cree alcanzar el fin que señala el mandato. Esta tentativa hay que equipararla, dados los presupuestos señalados, al cumplimiento del mandato. Lo que significa que el obrar con *«tendencia subjetiva a cumplir el mandato»* excluye la tipicidad de la omisión: se trata de un *elemento limitador del tipo*. Su integración en la estructura del tipo del delito de omisión propia habrá que abordarla más adelante, al final de las consideraciones sobre el tipo.

3. La existencia de esta divisoria, marcada por la tentativa de cumplir el mandato (la «tendencia a evitar el resultado»), justifica, desde la perspectiva del desvalor —y sólo desde ella—, en paralelo con los delitos comisivos, caracterizar al delito de omisión de que aquí se trata como «cuasi-doloso».

4. A esta demarcación con base material preexistente no le cierra el paso la ley; de la idea básica del § 59.I StGB se deriva, incluso aplicándola en sus propios términos al delito omisivo, que la suposición errónea de cumplir el mandato ha de imputarse al obligado como acción de cumplimiento. Al mismo tiempo se confirma así la viabilidad del «principio de inversión».

[105] Cfr. *supra*, pp. 84 ss. y 90 ss.

5. Cómo ha de tratarse la tentativa de cumplir el mandato en la que el obligado no ha desplegado todas sus capacidades se abordará en otro lugar [101].

Con estas bases se podría cerrar la consideración de la estructura típica del delito de omisión propia, no planteándose la cuestión de si en la omisión propia el tipo ha de contener algún elemento más.

VI. ¿Es elemento del tipo el deber de obrar?

a) El Tribunal Supremo Imperial alemán (RG) [102], al menos materialmente, no había elevado el deber de actuar a elemento del tipo. A su vez, parte el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), «en los llamados hechos de omisión propia», de que «no se requiere un conocimiento del deber jurídico de obrar que en estos casos se deriva directamente de la ley» [103]. Asimismo, el Tribunal Superior de Baviera (BayObLG) subraya resueltamente que «el deber de socorro» no es «elemento del tipo legal» [104].

No obstante, parece cobrar auge en la doctrina la opinión de que también en los delitos de omisión propia el deber de obrar pertenece al tipo, debiendo, por tanto, estar abarcado por el denominado «dolo» [105].

El mero hecho de que haya podido surgir esta concepción, que presupone que el deber desempeña en el delito de omisión propia un papel totalmente distinto que en el delito comisivo, tiene su origen en distintas causas (y equívocos).

1. Con especial decisión postula SCHRÖDER [106]: el «deber de obrar» «pertenece desde luego al tipo en los delitos de omisión propia y, por consiguiente, debe estar abarcado por el dolo». No obstante, con buen criterio puntualiza [107]: «El error sobre el deber jurídico de obrar es un auténtico error sobre la norma y en su significado para la consciencia de la antijuricidad equivale al error de prohibición». Claro que a continuación dice: «... ¡y, sin embargo, este error sobre el mandato es error sobre el tipo!».

---

[101] Cfr. *infra*, pp. 185 ss.

[102] Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht* se tratará en breve.

[103] BGH, 1. StR, 152/55, núm. 10, introd. § 47. Cfr., asimismo, BGHSt, 2, 297; en este caso estaba fuera de duda la ignorancia del autor sobre su deber jurídico de socorrer, no obstante lo cual el BGH ni siquiera se planteó si podría faltar el «dolo». Muy cuestionables ahora las formulaciones del BGH (Sala I), en *JZ*, 58, p. 506 (508), c.

[104] BayObLG, en *MDR*, 57, p. 117, núm. 46.

[105] MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 169, 233 y 234; *Lehrbuch*, II, pp. 409 y 598; SCHRÖDER, *ZStW*, 65, pp. 182 y 203 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, nota III.8; HARDWIG, *GA*, 1956, p. 373; LANGE, *JZ*, 56, p. 76 (no obstante, sólo en el ilícito administrativo); KIELWEIN, *GA*, 1955, p. 230. En contra de esta concepción se han pronunciado WELZEL, *Strafrecht*, p. 177; BUSCH, *Mezger-Festschrift*, p. 179; GALLAS, *ZStW*, 67, p. 41; BÖRKER, *JR*, 56, p. 87; MEZGER, *Studienbuch*, II, p. 235; HARTUNG, *JZ*, 55, p. 665.

[106] *ZStW*, 65, p. 203.

[107] *ZStW*, 65, p. 204.

infringirlo... Para el conocimiento del deber de socorro bastaría, pues, que el acusado hubiera contado con que no se pudiera haber localizado al médico de cabecera y con que, en tal caso, éste hubiera denegado la asistencia» [114].

El RG *no* se ocupa en absoluto de la cuestión de si el médico, en las circunstancias dadas, era consciente de estar obligado a socorrer; por «conocimiento del deber» entiende el RG, a lo que parece, únicamente el *conocimiento de los presupuestos* con cuya concurrencia surge el deber de socorro. La cuestión del conocimiento del mandato, o de su alcance, no la plantea en absoluto el RG.

Se pone así de relieve otra raíz del equívoco: *se confunden los presupuestos del nacimiento del deber con el deber mismo*. Por mucho que el médico haya conocido la necesidad de asistir a la señora y, por tanto, la situación típica, el conocimiento de su *deber* de socorro no está vinculado necesariamente a ello. Así pues, es una confusión de bulto la que explica aquí la tesis de que el deber de obrar es elemento del tipo en los delitos de omisión propia.

4. Otra causa de que se admita el deber jurídico como elemento del tipo en los delitos de omisión propia ya se mencionó antes [115]: la dificultad de construir un «dolo de omisión». Son raras las veces en que se menciona expresamente esta causa como motivo de los esfuerzos de extender el dolo al deber de obrar [116]. Pero sí la expresa con claridad el razonamiento de HARDWIG [117]: «Si un sujeto no declara las divisas que posee porque ignora este deber, nadie afirmará con asomo de justificación alguna que ha infringido dolosamente su deber. Comprender esta situación llevaría a la controversia de si el deber pertenece en los delitos de omisión al tipo o a la antijuricidad, controversia peregrina, porque entonces el deber desempeñaría en los delitos de omisión un papel totalmente distinto que en los delitos comisivos».

Nada habría que añadir a estas atinadas consideraciones si de ellas se extrajeran las conclusiones correctas. En realidad, HARDWIG aporta un buen ejemplo para refutar el «dolo de omisión». El poseedor de divisas conoce la «situación típica», es decir, el hecho de poseer divisas. Como también está en condiciones de efectuar la declaración. (La capacidad de acción no puede eventualmente ponerse en duda por faltar un motivo, el cual aquí sólo podría originarse del conocimiento del deber) [118]. Se da una omisión típica que es antijurídica y cuya reprochabilidad puede decaer por

[114] *RGSt*, 75, pp. 163 ss. En nuestro contexto no interesa la cuestión de si del § 330 c StGB, en estas circunstancias, cabe derivar un deber de asistencia del médico. En contra del BGH: E. SCHMIDT, *Rechtspflicht des Arztes*, p. 14; GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349; WELZEL, *Strafrecht*, p. 385.

[115] Cfr. *supra*, pp. 134 ss.

[116] Cfr., no obstante, ya SCHWALBACH, *GS*, 31, pp. 809 ss.

[117] *GA*, 1956, p. 373.

[118] Cfr. *supra*, pp. 57 ss.

Se ponen así en evidencia las raíces de la tesis de SCHRÖDER. Para quien, como SCHRÖDER, defiende la «teoría del dolo» y parte de la imposibilidad de distinguir entre tipo y antijuricidad, entre error sobre el tipo y error sobre el deber [108], el deber de obrar, consecuentemente, es «elemento del tipo» y ha de ser abarcado por el dolo. En cambio, si se niega esta concepción tanto en el plano del tipo como —sobre la base de la teoría de la culpabilidad— en sus consecuencias con respecto al error [109], de *esta* fundamentación habrá que extraer precisamente la conclusión contraria, ¡no considerando al deber de obrar como elemento del tipo!

2. Otra fuente del equívoco consistente en hacer que el deber de obrar se convierta en elemento del tipo la ha aducido el BayObLG [110]: «Schönke-Schröder —en su comentario al § 59, nota III.8, *loc. cit.*— extrapolan lo que BGHSt 3, 82, ha expresado para los delitos de omisión impropia, sin más a los delitos de omisión propia; las referencias que citan estos autores como prueba no ofrecen base para su concepción». De hecho, es evidente que *la asunción de los dogmas del delito de omisión impropia* es uno de los motivos de que haya surgido la concepción de que nos ocupamos. Tanto los delitos de omisión propia como los de omisión impropia se basan en deberes de obrar; si se considera en éstos el deber jurídico como elemento del tipo, es fácil dar el paso de sustentar lo mismo con respecto a aquéllos. Y en los delitos de omisión impropia tanto la doctrina dominante como la jurisprudencia del BGH entienden que el deber de evitar el resultado debe estar abarcado por el dolo.

Naturalmente, con respecto a SCHRÖDER la crítica del BayObLG es injustificada, pues SCHRÖDER no se limita a extrapolar, sino que extrae la consecuencia de su concepción básica. Asimismo, el BayObLG pasa por alto que SCHRÖDER siempre puede invocar también para el delito de omisión impropia la sentencia citada por él (RGSt, 75, 160).

3. Esta sentencia se basa en el siguiente principio: «Al tipo del § 330 c StGB pertenece el conocimiento del deber de socorro» [111]. Este principio parece confirmar la concepción de que el deber de obrar es elemento del tipo. Sin embargo, estudiando con mayor detenimiento los fundamentos de Derecho, resulta —como ha demostrado BUSCH— [112] una imagen distinta. Se trata en la sentencia de la cuestión de si un médico al que se llamó fue consciente de que «él era el único que podía auxiliar a la señora E con la mayor urgencia» [113]. Con respecto a ello, el RG señala: «El dolo tiene que abarcar el conocimiento del deber y la consciencia de

[108] Cfr. SCHRÖDER, *ZStW*, 65, pp. 192 ss.; *MDR*, 50, p. 646.

[109] En contra de la opinión de SCHRÖDER, *vid.* WELZEL, *Strafrecht*, pp. 132 ss.; *MDR*, 51, p. 66; *infra*, pp. 155 ss.

[110] Cfr. BayObLG, en *MDR*, 57, p. 137, núm. 46.

[111] *RGSt*, 75, p. 160.

[112] *Mezger-Festschrift*, p. 179.

[113] *RGSt*, 75, p. 163.

un error inevitable sobre el mandato. ¡Pero no cabe hablar en absoluto de «dolo» (o de «imprudencia»)!

HARDWIG, en cambio, extrae otras conclusiones: sólo por falta de conocimiento del deber decae el «dolo», pues precisamente con auxilio del conocimiento del deber ha de construirse el «dolo de omisión». Pero no se queda ahí HARDWIG; de la tesis posterior de que el concepto de dolo es el mismo en los delitos omisivos y comisivos deduce las características del dolo de comisión [119]: también el dolo de comisión requiere el conocimiento del deber. (Falta, simplemente, la consecuencia ulterior: la de deducir, de la ausencia del elemento volitivo en el denominado «dolo de omisión», que también en el dolo de comisión es completamente superflua la voluntad.)

Al principio, pues, se exporta el concepto de dolo del delito comisivo al omisivo; aquí el dolo se convierte en una sombra de sí mismo, que sólo a duras penas es posible mantener viva con ayuda del conocimiento del deber. De este modo surge la «infracción omisiva» *(Zuwiderunterlassung)*. Entonces se reimporta este concepto de dolo al delito comisivo... y ha nacido la «infracción activa» *(Zuwiderhandlung)*. (Si volviera a empezar el círculo de reflexión cabría exportar la «infracción dolosa» a la omisión, y con el «comportamiento infractor doloso» quedaría rematada la unidad de este dolo-consciencia del deber) [120].

5. Particular interés presenta la postura de MAURACH, en tanto que consecuente defensor de la teoría de la culpabilidad: «El deber de obrar, fundamentado por la norma de prohibición pero expresamente asumido en el tipo de los delitos de omisión propia... es genuino elemento del tipo objetivo y no, como en ocasiones se enseña, un "elemento (extratípico) del deber"» [121]. También MAURACH obtiene este resultado en paralelo con la omisión impropia: «Pero si un elemento implícito del tipo (como lo es el deber de obrar de los delitos de omisión impropia) tiene que estar referido al dolo, ello rige con mayor razón para los deberes de socorro descritos expresamente en la ley penal» [122].

---

[119] HARDWIG, *GA*, 1956, p. 373.

[120] Sobre los efectos de la ampliación del «dolo» al deber se volverá a tratar en la teoría de la culpabilidad: *infra*, pp. 155 ss.

[121] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 233; II, pp. 409 y 598.

[122] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 234. En otro lugar señala, al tratar de la imprudencia en los delitos de omisión propia, que los tipos *de las contravenciones* «sólo pueden realizarse dolosamente. Y ello no constituye una restricción insoportable de la autorización penal, pues la imprudencia se refiere únicamente al tipo, no al contenido y al alcance de la norma prescriptiva. Por eso, si, p. ej., el omitente ha olvidado la existencia del deber de denuncia, o de otro mandato..., se trata de error *de prohibición*, que deja intacto el dolo» (MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 467, cursiva en el original). Justo en sentido contrario LANGE (*StGB*, § 59, nota VI; § 138, nota IX; § 330 c nota VI). Sólo en las «contravenciones» es elemento del tipo el deber de actuar, que tiene que ser abarcado por el «dolo».

Las ideas de MAURACH —equiparación del deber de obrar en los dos grupos de delitos omisivos— no serían concluyentes ni siquiera si (como ha de darse aquí por sentado) en el delito de omisión *im*propia el deber de obrar fuera verdaderamente elemento del tipo. Lo cual se deduce precisamente de las consideraciones de MAURACH acerca de *por qué* en los delitos de omisión impropia el deber de evitar el resultado ha de ser realmente parte del tipo. MAURACH achaca a WELZEL «desconocer la diferencia entre la *norma* subyacente al tipo y el deber de obrar incluido en el tipo». «La norma subyacente a los delitos de omisión impropia es, al igual que en los delitos comisivos, una norma *de prohibición*, mientras que el deber de obrar prescribe una actividad encaminada a observar la norma de prohibición» [123]. Aun dando por supuesto que esta fundamentación fuera correcta, *no* se acomoda precisamente al delito de omisión *propia*, pues en éste *no* se trata, según la opinión general y correcta, de un tipo *de prohibición*, sino de un tipo *de mandato*. De la norma de mandato abstracta nace el concreto deber de obrar. Justo lo que MAURACH opone a la concepción de WELZEL —que «únicamente sería correcta si fueran lo mismo norma y deber»— [124] es acertado en el delito de omisión propia [125]. Aquí todo error sobre la norma es un error sobre el mandato. Las tesis con las que MAURACH fundamenta su concepción con respecto al delito de omisión *impropia* refutan, pues, su afirmación relativa a los delitos de omisión *propia*.

6. Pero hay un equívoco más que está presente en casi todos los partidarios de la tesis contraria, a saber, la idea de que el deber de obrar tiene que incluirse en algún lugar de la estructura del delito. Se trata de la siguiente cuestión, suscitada en el delito de omisión impropia por la evolución dogmática: ¿es el deber «elemento del tipo» o «elemento de la antijuricidad»? Sin embargo, esta alternativa no existe. El planteamiento es tan errado y superfluo como en el delito comisivo. ¡A nadie se le ocurre alojar el deber *de omitir* en ninguna casilla de la estructura del delito! A la pregunta de si el deber de omitir acciones de matar es en el § 212 (homicidio) elemento del tipo o de la antijuricidad, la respuesta sólo puede ser: ni una cosa ni otra. Pues bien, la posición del deber en la estructura del delito de omisión es justamente la misma que en el delito comisivo: *¡El deber no aparece en la estructura del delito!* Y ni siquiera debe aparecer, si la estructura está adecuadamente desarrollada. Bien es verdad que las normas —tanto la prohibición como el mandato— son determinantes para la configuración del tipo. Pero precisamente *porque* la estructura del tipo depende de la norma, resulta superflua la mención del deber en el tipo o en cualquier otro sitio de la estructura del delito. No es acertado que el deber de obrar «fundamentado por la norma de mandato» esté

[123] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 245 (cursiva en el original).

[124] *Lehrbuch*, I, p. 245.

[125] Se prescinde aquí de la distinción entre «norma» abstracta y «deber» concreto (cfr. *supra*, pp. 29 ss. y 31 ss.); MAURACH no lleva a cabo esta distinción.

la «capacidad de acción», pues consta que no se da la tipicidad en el sentido de un delito de omisión «cuasi-doloso». Si A efectúa una acción de salvamento que fracasa, en todo caso ha desplegado su rendimiento, no realizando su comportamiento el tipo del § 330 c StGB. La cuestión de si A fue también capaz de conseguir la salvación como resultado, sólo interesa desde la perspectiva de la imprudencia, no punible en el § 330 c StGB. Viceversa, tras comprobar la capacidad de acción queda por verificar si se ha obrado con tendencia a cumplir el mandato; únicamente si es así no se habrá realizado el tipo. De donde se desprende que la verificación de si se da tentativa de cumplir el mandato es conveniente realizarla antes de comprobar la capacidad de acción, sobre todo teniendo en cuenta que ésta no es fácil de averiguar.

Es más, también la ausencia de la acción prescrita para la situación interesa sólo si *no* se ha efectuado una tentativa fallida de cumplir el mandato. Si A ha intentado seriamente salvar a B, verificar que no ha acaecido un resultado de salvación sólo tiene interés, de nuevo, desde el punto de vista de la imprudencia. Y es que el tipo del delito de omisión «cuasi-doloso» de ninguna manera se ha realizado si se da un obrar con tendencia a evitar el resultado. La «ausencia de la acción prescrita para la situación», requerida como elemento del tipo desde el principio en nuestro estudio de la estructura típica, puede, pues, no tenerse en cuenta sin problemas; o mejor dicho: dicha estructura hay que modificarla con la ausencia de una acción con tendencia a cumplir el mandato. En este punto, pues, hay que completar la estructura típica hasta ahora expuesta.

b) *Articulación del tipo en el delito de omisión «cuasi-doloso»*

1. La situación típica.
2. La ausencia de tentativa de alcanzar el fin del mandato (ausencia de un acto con «tendencia a evitar el resultado».
3. La capacidad de acción:

a) el conocimiento de la situación típica,
b) la cognoscibilidad de la vía para realizar la acción prescrita («capacidad de planear»),
c) la posibilidad de realizar la decisión de actuar.

«expresamente incluido en los tipos de los delitos de omisión propia» [125]. Cierto es que el tipo del delito de omisión propia describe los presupuestos del nacimiento del deber de obrar; pero no ocurre de modo distinto en el tipo de prohibición. Y precisamente a la inversa, es del tipo del delito comisivo de donde se suele derivar la configuración de la norma de prohibición.

Lo que fácilmente llama a engaño es el hecho de que aquí la capacidad de obrar (con sus elementos concretos), que desde luego constituye el presupuesto decisivo del deber, se nos aparece en el tipo de mandato en forma de elementos del tipo implícitos o expresos, mientras que no parece ser así en el tipo de prohibición. Esta diferencia lleva al error de incorporar al tipo, con sus presupuestos, el deber mismo. En realidad, tampoco a este respecto existe diferencia alguna entre el tipo de prohibición y el tipo de mandato, pues también el deber de omitir tiene por presupuesto la capacidad de realizar la acción prohibida [127]. Lo único es que este deber de obrar no requiere verificación especial alguna con respecto al acto *prohibido* por cuanto que está contenido como algo evidente en la comprobación de que *se realiza* la acción prohibida [128].

No se objete, pues: del principio de inversión habría que deducir precisamente que el deber de obrar ha de aparecer en la estructura del delito omisivo; puesto que —viceversa— el deber de omitir *no* aparece en la estructura del delito comisivo. Y es que precisamente en este punto se manifiesta la naturaleza común del delito comisivo y del omisivo: ¡la capacidad de acción es elemento tanto de la acción como de la omisión!

c) Como resultado hay que hacer constar lo siguiente: en el delito de omisión propia, el deber de obrar no es elemento del tipo ni de la antijuricidad, sino que no aparece en lugar alguno de la estructura del delito.

VII. Resumen de la estructura del tipo

a) *La incardinación de la tentativa de cumplir el mandato*

Ya han quedado expuestos los límites y los elementos del tipo de mandato. A la articulación del tipo desarrollada *supra* [129] hay que añadir simplemente, como elemento del tipo «de cuño negativo», la ausencia de la tentativa de realizar la acción prescrita.

A tal efecto, hay que considerar lo siguiente: si estamos ante una acción con «tendencia a cumplir el mandato», no nos interesa ya verificar

---

[125] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 233.
[126] Cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 139 ss.
[127] Cfr. *supra*, pp. 84 y 98 ss.
[128] *Vid.* p. 122.

B. LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE OMISIÓN «CUASI-DOLOSO»

I. Especiales elementos de la antijuricidad

Éstos pueden aparecer del mismo modo y con el mismo alcance que en el delito comisivo [130]. Aquí no se presentan particularidades frente al delito comisivo, y ello precisamente porque estos elementos no forman parte de la *materia* de la norma.

El hecho de que el dolo no tenga que extenderse a los especiales elementos de la antijuricidad se deduce, para el delito omisivo, de la propia ausencia de «dolo de omisión». En la omisión es más bien trascendente que la «base cognoscitiva» de la capacidad de acción, el «conocimiento de la situación típica», *no* abarca los especiales elementos de la antijuricidad.

II. Las causas de justificación

a) *Justificación legal*

El delito omisivo es el reino de la justificación supralegal. Lo cual es tan evidente que, frente a ella, las *causas de justificación legales* pasan a segundo plano; sólo a duras penas cabe encontrar ejemplos. En particular, los preceptos de la legítima defensa, la defensa de bienes y el autoauxilio tienen poca trascendencia práctica. Repeler ataques omitiendo es bastante raro. Con todo, pueden construirse ejemplos como el siguiente [131]:

A ha invitado a B a dar un paseo. De camino, A sufre un accidente. Para buscar el teléfono del médico de cabecera de A, B le registra la cartera. Al hacerlo, B descubre una carta de la que se desprende que durante su ausencia van a allanar su morada para robarle y que el motivo de invitarle A a pasear ha sido propiciar que los cómplices de A encontraran despejada la vivienda. Si entonces B se apresuró a volver a casa para evitar el robo, el abandonar a A fue «necesario para repeler la agresión», y A se vio afectado como «co-agresor». Con más precisión debería decirse: el socorro prescrito habría anulado la posibilidad de repeler el ataque; por eso, para con quien participaba en el ataque no llegó a surgir el deber de socorro. El

---

[130] Cfr., con respecto a los elementos especiales de la antijuricidad, WELZEL, *Strafrecht*, pp. 72 ss.; *JZ*, 52, pp. 19 y 133; *JZ*, 53, p. 119; *ZStW*, 67, p. 224; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 285 ss., 97 ss., 132 ss., 148 ss., 157 ss. y 257; KUNERT, *Normative Merkmale*, pp. 63 ss.; H. J. HIRSCH, *Negative Tatbestandmerkmale*, § 46.

[131] Cfr., asimismo, TRAEGER (*Unterlassungsdelikte*, p. 26); NAGLER (*GS*, 111, p. 74), con más ejemplos.

que aquí se aplique el § 53 StGB [132] es relevante porque sería dudosa la justificación con arreglo a los principios del estado de necesidad supralegal —al menos según el principio de ponderación de bienes— y en todo caso estaría descartada si se estuviera ante una consecuencia grave.

b) *Justificación supralegal*

Por el contrario, la *causa de justificación del estado de necesidad supralegal* posee la mayor trascendencia práctica para el delito de omisión propia [133]. No es éste el lugar de profundizar en los principios y los límites de esta justificación en particular, debiendo aludirse tan sólo a las modificaciones que experimenta la justificación supralegal del omitir con respecto a la de la comisión contraria a deber [134].

El principio de justificación general derivado de la teoría del fin, que reza que una acción típica no es antijurídica si constituye el medio adecuado para el fin justo, no puede trasladarse sin más a la omisión típica. Y es que, en primer lugar, sólo muy inexactamente cabe concebir como «medio» para un fin la omisión de determinada acción, pues precisamente la omisión no puede efectuarse ni emplearse para conseguir un fin. Por otra parte, no cabe responder así a qué medios deben emplearse para alcanzar el fin del *mandato*. Mientras que en el delito comisivo la cuestión de si un comportamiento está permitido, o incluso prescrito, sólo se plantea con respecto a la acción típica de la prohibición, en el delito omisivo hay que preguntar por la justificación en dos direcciones distintas:

1. ¿Está justificada la omisión típica con respecto a la otra acción llevada a cabo *en lugar de* la acción prescrita?
2. ¿Se justifica la omisión porque *para* efectuar la acción prescrita se tendría que haber realizado un tipo de prohibición?

1. La primera pregunta apunta a la existencia de *otro deber de obrar;* dos mandatos se concretan en obligación al mismo tiempo en la misma persona, al darse todos los requisitos. El obligado puede cumplir cualquiera de los dos, es, pues, «capaz de acción» en el sentido de los dos mandatos, pero sólo puede cumplir una u otra acción prescrita.

Si uno de los dos deberes de obrar es de superior valor que el otro, es evidente que prevalece; el cumplimiento del deber superior justifica no cumplir el segundo mandato. Esta jerarquía se apreciará, p. ej., entre los «deberes jurídicos de evitar el resultado» originados en una especial rela-

[132] § 53: «*Legítima defensa*. I. No existirá acción punible si la acción estuviere amparada por la legítima defensa. II. Legítima defensa es la necesaria para repeler un ataque actual y antijurídico a uno mismo o a un tercero» [N. de los TT.]

[133] Cfr. V. Weber, *Grundriß*, p. 94; Welzel, *Strafrecht*, p. 177.

[134] De otra opinión Nagler, al menos para el delito de omisión impropia: «La concordancia con los demás delitos comisivos es aquí completa» (*GS*, 111, p. 74).

C. LA REPROCHABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA

I. La teoría de la culpabilidad y las contravenciones de mandatos

En los presupuestos de la reprochabilidad, esto es, en los elementos que han de sumarse al injusto para desencadenar el juicio de culpabilidad, *no existe diferencia alguna entre el delito comisivo y el delito omisivo*. Tanto aquí como allí es determinante que el obligado posea la capacidad de motivarse de conformidad con la norma. Esta posibilidad de formación de voluntad conforme a deber caracteriza la base y el límite de la responsabilidad del sujeto por el comportamiento contrario a deber; si esta «capacidad de obedecer la norma» se añade al injusto, el comportamiento antijurídico le es reprochable a la persona.

a) Esta base estructural de la reprochabilidad en el sentido de la doctrina de la culpabilidad está referida a la norma; la capacidad de motivación conforme a deber sitúa al sujeto en una relación existencial con la norma. En todo esto coinciden, ya digo, delito comisivo y delito de omisión. La diferencia sólo reside en que la norma en un caso es una *prohibición* y en el otro un *mandato*. Y sólo en este aspecto rige para la doctrina de la culpabilidad del delito omisivo el principio de la «inversión del signo» con el que la dogmática del delito comisivo ha de aplicarse a la omisión [138].

Así pues, mientras que en la dogmática del tipo no se puede precisamente insertar la omisión en lugar de la acción, sino que hay que modificar mentalmente la dogmática hecha a la medida de la naturaleza de la acción sobre la base de la esencia de la omisión, eso no rige para la teoría de la culpabilidad. Las estructuras de la doctrina de la culpabilidad están referidas a la norma como el concepto global que abarca a prohibición y mandato. Las teorías que se han desarrollado con respecto a la norma —aun cuando concebidas en primera instancia para la prohibición— valen, pues, para todos los delitos. En lugar de la prohibición aparece el mandato; en vez de la posibilidad de motivarse conforme al deber *de omitir*, hay que tratar la capacidad de formar la voluntad basada en el deber *de obrar*. Por tanto, para los fines de esta investigación, encaminada a las particularidades de la dogmática de la omisión, bastan algunas breves consideraciones.

b) La capacidad de dejarse motivar por el mandato requiere de entrada la capacidad de llegar a ser consciente efectivamente del deber. Con lo cual se requiere sencillamente la capacidad de darse cuenta del deber; el deber se refiere precisamente a la acción concreta, debida *hic et nunc*, de

[138] Al respecto, *vid.* en detalle KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 160 ss.

ción vital y el deber de socorro del § 330 c StGB. Sin embargo, la situación es distinta, p. ej., en el siguiente supuesto famoso: un nadador sólo puede salvar a una de las dos personas que se están ahogando. Aquí existe equivalencia entre los dos deberes de socorro, de manera que el obligado puede *elegir* cuál de ambos cumplir. Desde luego, debe cumplir uno de los dos; tiene que —por mandato legal— «hacer de destino», al tener que abandonar a una de las dos personas a su suerte. Así pues, la elección del obligado decide sobre cuál de los dos deberes de actuar sigue «vigente» y cuál no [135].

Como regla para estos conflictos de deberes hay que establecer, con WELZEL, que el cumplimiento de un «deber superior *o equivalente*» excluye la antijuricidad [136]. Ahí reside, asimismo, la diferencia con el conflicto de deberes en los delitos comisivos: el obrar que realiza el tipo de prohibición sólo está justificado como consecuencia de un deber opuesto, de *superior* valor con respecto a la omisión, o para conservar un bien jurídico de valor *superior* que el del protegido mediante la prohibición. En el delito de omisión basta el cumplimiento de un deber de obrar *equivalente*, si para ese cumplimiento es *necesaria* la omisión de una acción prescrita por otro lado.

2. La segunda dirección en que se pregunta en la justificación, en cambio, se refiere a la *ejecución* de la acción prescrita. ¿Qué medios, cuyo empleo realiza un tipo de prohibición, pueden y deben utilizarse para cumplir el cometido impuesto por el mandato? En todo caso, aquí *no* rige el principio de que, a equivalencia de dos normas, el obligado tiene la *opción* de decidir cuál de las dos cumplir. Entre la acción que cumple el mandato y la omisión ajustada a la prohibición no existe ese derecho de opción. A no puede mantener o restablecer la salud de C sacrificando la salud de B. Si una de las normas prescribe conservar un bien jurídico (de C), la misma norma prohíbe la lesión del mismo bien (de B), *no* pudiendo realizarse la acción prohibida para cumplir el mandato. Únicamente si el valor protector de la prohibición es de inferior importancia que la realización de la acción prescrita puede llevarse a cabo el acto prohibido, en la medida en que sea *necesario* para cumplir el mandato [137].

---

[135] Desde la perspectiva básica de que el poder, incluso en la forma —aquí relevante— de la capacidad de acción, no es requisito del deber de obrar, llega consecuentemente V. WEBER a resultado distinto: «Al médico que opera hasta la extenuación en un hospital de sangre totalmente desbordado, sin poder socorrer a todos los heridos graves; a la brigada de salvamento que en la catástrofe de un bombardeo nocturno, o en un accidente naval o aéreo, sólo dispone de los medios para salvar a una parte de quienes están en peligro y tiene que abandonar a su suerte a los demás; no les podemos reprochar no haber rendido lo que les era imposible. Pero no están eximidos del deber de socorrer a todos» (*Kiesselbach-Festschrift*, p. 249). Igualmente, en definitiva, MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 344.

[136] WELZEL, *Strafrecht*, p. 177 (cursiva mía).

[137] Cfr. V. WEBER, *Grundriß*, p. 94.

este sujeto. Además, para la motivabilidad por la norma se requiere la capacidad de formar la voluntad conforme al deber conocido: del conocimiento ha de poderse extraer la consecuencia práctica para el comportamiento efectivo. El deber de obrar exige la capacidad para formar la correspondiente voluntad de realización efectiva sobre la base del conocimiento del deber. Lo que importa no es *aquí* —en la doctrina de la culpabilidad— la posibilidad de tomar una decisión de realizar la acción (debida); esta capacidad viene en sus requisitos intelectuales ya afirmada y presupuesta con la capacidad de acción. Lo único que aquí interesa es la capacidad de, a partir del conocimiento del deber, formar la voluntad conforme a deber [139].

Estos dos elementos —la cognoscibilidad del deber y la capacidad de formar la voluntad de conformidad al deber llegado a conocer— fundamentan el reproche de culpabilidad, incorporando los requisitos concretos de la reprochabilidad, en particular la imputabilidad. Y es que la inimputabilidad excluye o bien la facultad de llegar a conocer el injusto o bien la posibilidad de comportarse conforme al conocimiento del injusto.

II. La cognoscibilidad del deber jurídico en particular

a) *El deber de obrar como elemento de referencia*

Se alude aquí a la cognoscibilidad del deber de obrar *concreto*, tal como existe *ad hoc* en determinada situación para un obligado en particular. Aun cuando el error sobre este deber concreto tenga a menudo su raíz en un error sobre el alcance y la validez del mandato *abstracto*, este error en la fuente sólo alcanza relevancia jurídica si llega a ser un error sobre la antijuricidad *concreta* del comportamiento.

Por obvio que parezca, ello ha sido objeto de controversia. HARDWIG afirma que únicamente es esencial el error sobre la norma abstracta, al cual denomina equívocamente «error sobre el deber» [140]. Quien considere determinante el error sobre la antijuricidad concreta «confundirá deplorablemente error sobre el supuesto de hecho y error sobre el deber» [141].

Sin embargo, es fácil poner de manifiesto que el error sobre el mandato abstracto es por sí solo completamente irrelevante: quien imagina que es más elevado el límite inferior a partir del cual hay que declarar la posesión de divisas, se encuentra sin duda en error sobre el alcance del mandato abstracto. Si quien así yerra omite declarar una entrada de divisas que también, según su parecer, sobrepasa el límite inferior de valor, tiene ple-

[139] Acerca de la distinción entre capacidad de acción y posibilidad de motivación, cfr. *supra*, pp. 57 ss.

[140] HARDWIG, *GA*, 1956, p. 371.

[141] HARDWIG, *GA*, 1956, p. 371.

na consciencia del injusto; ningún juez lo absolverá por «error de mandato», por inevitable que haya sido el error sobre la norma abstracta. Como tampoco existe un error relevante sobre el deber cuando el sujeto traza erróneamente de manera muy estrecha el círculo de personas al que se dirige un mandato, pero se incluye entre los obligados. *Lo único que es relevante para la reprochabilidad es el error sobre la antijuricidad concreta* del comportamiento [142].

b) *«Teoría del dolo» y «teoría de la culpabilidad»*

El omitente se encuentra, pues, en error sobre el deber si, debido al desconocimiento del mandato (p. ej., de denunciar o de socorrer), no conoce su deber de obrar (concreto) [143]. Ya se rechazó por erróneo el parecer de que el «deber de obrar» sea en los delitos de omisión propia elemento del tipo y el error que versa sobre él, por ende, error sobre el tipo [144]. No existe la menor razón para tratar al error sobre el mandato de manera distinta que al error de prohibición, ni de atribuir al error sobre el deber de obrar trascendencia distinta que al desconocimiento del deber de omitir.

La concepción contraria, que en el delito de omisión considera error sobre el tipo al error sobre el deber de obrar, llevaría a diferente estructura de la culpabilidad en el delito omisivo que en el de comisión. Pero precisamente en los requisitos del reproche de culpabilidad coinciden ambos grupos de delitos, como ya se ha señalado. Considerar la ignorancia del deber de obrar como error sobre el tipo, excluyente del dolo, ha de rechazarse, asimismo, porque en el delito de omisión no existe un concepto de dolo correlativo al del delito de comisión.

Ya GALLAS advertía sobre «lo problemático» de la tesis criticada [145]: «El dolo, que abarca el conocimiento del deber de obrar», coincidiría «prácticamente con la consciencia de realizar injusto» y sólo quedaría «como ámbito de aplicación del error de prohibición (y de las consecuen-

---

[142] HARDWIG se llama a engaño debido a su propio ejemplo (*GA*, 1956, p. 371): el cazador que confunde a un ciervo con una persona se encuentra simultáneamente en error sobre el hecho y en error sobre el deber concreto. Incluso en el sistema del concepto causal de acción, este ejemplo sólo significa que, debido a la primacía del error de tipo, el error sobre la ilicitud que se da a la vez es irrelevante en la práctica. En el sistema de la doctrina final de la acción, con mayor razón, tampoco se presentan dificultades: el cazador no se vio afectado en absoluto por el deber de omitir homicidios *dolosos*; ¡con el dolo decae, asimismo, la antijuricidad, no pudiendo aparecer ningún error sobre el deber! El que el cazador no se haya percatado de su deber *de cuidado* sólo llega a ser relevante en el marco de la imprudencia.

[143] V. WEBER, *Grundriß*, p. 123, con p. 157; WELZEL, *Strafrecht*, p. 148; *Das neue Bild*, p. 52; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, § 138, nota IX, y § 330 c, nota VI; BUSCH, *Mezger-Festschrift*, p. 179. *Vid.* también los autores citados en nota 86, p. 128.

[144] Cfr. *supra*, pp. 142 ss.

[145] *JZ*, 52, p. 373.

Además, la doctrina rechazada ignora cómo ha de realizarse precisamente el proceso de conocimiento y de motivación deseado por el ordenamiento jurídico en el ámbito de los mandatos [150]: X ha sufrido un grave accidente. Llega A y se da cuenta de ello; llega a tener, pues, el conocimiento de la situación típica. Ahora tendría que aparecer en su consciencia actual, por asociación, el deber de socorro; A tendría que preguntarse inmediatamente si puede socorrer, y cómo, y, tras contestar positivamente a esta pregunta, alcanzar la consciencia actual de su deber de obrar concreto. Sólo si A, en *esta* fase final de sus reflexiones, rehúsa seguir el requerimiento del Derecho, omite «conscientemente» y tiene al mismo tiempo la consciencia actual de la antijuricidad concreta del omitir. En cambio, si A se niega ya antes —lo que en absoluto sería un caso «más leve» y mucho menos no merecedor de punición— *no llega a alcanzar la consciencia de la antijuricidad*, ya sea que no aparezca en su mente el mandato de socorrer, ya sea que deseche de inmediato esta idea, ya sea, finalmente, que no extraiga de ahí conclusión alguna, esto es, que no reflexione sobre las posibilidades de socorrer. Si la «teoría de la culpabilidad» necesitara una prueba más, ¡se la procurarían de manera más contundente los delitos omisivos que los de comisión!

c) *La evitabilidad del error sobre el deber de obrar*

Así pues, si la ignorancia del deber tanto en el delito comisivo como en el de omisión únicamente excluye la consciencia del injusto, entonces existe concordancia en el tratamiento del error sobre el deber en ambos grupos de delitos. Los principios conforme a los que se enjuicia la evitabilidad del error de prohibición —la cognoscibilidad del deber concreto— rigen aquí igual que allí. Cuando aparecen particularidades, se basan en la *situación* en la que se encuentra el obligado.

1. En proporción con el número de mandatos, el error sobre el mandato aparecerá con mayor frecuencia que el error de prohibición con respecto a los numerosos tipos de prohibición. Lo cual se debe, es obvio, a que las prohibiciones expresan en su pluralidad principios lapidarios del orden comunitario y moral, mientras que del «enanismo de los delitos de omisión propia» [150] únicamente sobresalen los §§ 138 y 330 c StGB. Además, si bien para conservar el mismo bien jurídico se prohíben unas acciones y se prescriben otras, la prohibición es casi siempre evidente, mientras que sólo rara vez lo es el mandato en su existencia y en su alcance; piénsese simplemente en el desarrollo y en las cuestiones controvertidas en torno al § 330 c StGB y a sus precursores [151]. Desde luego, es una exigen-

[150] *Vid.* al respecto también ENGISCH, *Konkretisierung*, p. 93, nota 14.

[150] WELZEL, *NJW*, 53, p. 328.

[151] Obsérvense, asimismo, las posturas en este punto tan distintas de otros ordenamientos jurídicos, por lo demás muy próximos al alemán.

cias que a él vincula la teoría de la culpabilidad, para el caso de ignorancia culpable) si acaso la suposición errónea de una circunstancia que excluya el deber de obrar por lo general concurrente (causa de justificación)». Pero ni siquiera esta concesión cabe hacer a la doctrina contraria: la concurrencia de una causa de justificación impide que se origine el deber de actuar concreto, y, por tanto, también *todo* error sobre la causa de justificación tendría que llevar a excluir el conocimiento del deber de obrar y con ello —según la doctrina criticada— a excluir el dolo y la punibilidad. Naturalmente, entonces también el desconocimiento del deber de obrar basado en las causas mencionadas en el § 51 StGB comportaría excluir el «dolo» y en esa medida sería inaplicable el § 51.II StGB [146].

A uno de los efectos de la tesis de que el «dolo de omisión» tendría que abarcar el conocimiento del deber jurídico se ha referido acertadamente el BGH [147]: «De requerir el conocimiento del deber jurídico, se podría castigar por dolo precisamente al autor más escrupuloso y, por tanto, de menos peligro, mientras que a lo sumo cabría castigar por imprudencia al insocial, embotado e indiferente». Ya conocemos este argumento, al haberlo tratado en las consideraciones sobre la cuestión de si cabe construir un «dolo de omisión» que coincidiera con el «omitir consciente» [148]. Huelga, por tanto, extendernos al respecto en sede de reprochabilidad. Si ya es desacertado materialmente construir un «dolo de omisión», más lo será extender este «dolo» al deber de obrar. A los argumentos y consideraciones generales que la «teoría de la culpabilidad» aduce contra la «teoría del dolo» se suman otros reparos más contra la exigencia del deber de obrar: el conocimiento del deber de obrar (concreto) presupone conocimiento de la capacidad de obrar (concreta) y ¡la consciencia actual de la antijuricidad (concreta) presupone la consciencia actual de que no se hace una cosa determinada, esto es, la acción prescrita! Muchas veces, falta ya la consciencia actual de que no se está llevando a cabo una acción concreta. En supuestos aún más frecuentes falta la consciencia actual de que se podría efectuar la acción no realizada, la consciencia del poder final de realizar el hecho. En todos estos casos, pues, hay que negar también la consciencia actual de la antijuricidad concreta. A lo que se añaden los supuestos en que el mandato (abstracto) era desconocido completamente, o en cuanto a su alcance, o en todo caso no estuvo presente en la consciencia actual, no pudiéndose deducir la concreta contrariedad a deber.

---

[146] § 51 StGB: «*Imputabilidad*. I. No concurrirá acción punible si el autor, al cometer el hecho, debido a trastorno de la consciencia, trastorno patológico de la actividad psíquica o debilidad mental, fuere incapaz de comprender lo ilícito del hecho, o de obrar con arreglo a dicha comprensión. II. Si la referida capacidad, en el momento del hecho, estuviere notablemente mermada por una de estas causas, podrá reducirse la pena en los términos de los preceptos relativos a la punición de la tentativa» [N. de los TT.]

[147] 3 StR, 152/55, LM, núm. 10, introd. al § 47. Cfr. WELZEL, *NJW*, 53, p. 329.

[148] *Vid. supra*, pp. 126 ss.

cia mucho más intensa prescribir realizar una acción y, por tanto, requerir la intervención de las fuerzas volitivas e intelectivas, así como un esfuerzo físico, que prohibir determinada acción requiriendo simplemente inactividad en una dirección. Además, con el mandato de realizar determinada acción, a efectos prácticos se «veda» al mismo tiempo realizar todas las acciones que podrían haberse efectuado en lugar del acto llevado a cabo; en cambio, la prohibición deja intactas todas las demás posibilidades de acción [152].

Todas estas razones contribuyen a que en el delito de omisión propia el conocimiento del deber (que a uno le falta) sólo pueda alcanzarse de manera relativamente rara por la vía de la «deducción propia a partir de la norma» [153] o del «empleo de la conciencia» [154]. Para la aplicación de prohibiciones rige el principio de que la persona tiene que «tomar conciencia, en todo lo que se dispone a hacer, de si ello está en concordancia con los principios del deber ser jurídico» [155]. Pero *esta* reflexión sobre el obrar planeado fracasa por lo general cuando se trata de conocer los mandatos. No cabe enunciar un principio de igual generalidad; si acaso podría decirse: la persona, en todo aquello de lo que se da cuenta (!), tiene que preguntarse si se da una situación en que está prescrita su intervención. Evidentemente, éste es un principio que no es evidente.

2. En el ámbito de los delitos de omisión incontrovertidamente «propia», únicamente de los mandatos en que se basan los §§ 138 y 330 c StGB puede llegarse a ser consciente aplicando la conciencia. Los demás delitos de omisión propia —al menos aquellos cuyo carácter de «propia» no se discute— o constituyen contravenciones o pertenecen al Derecho penal especial. En estas normas de mandato prepondera el carácter reglamentador, aun cuando en última instancia estén referidas a la conservación de bienes sociales [156]. Aquí rara vez el conocimiento del mandato puede obtenerse mediante deducción propia, más raramente aún que en las prohibiciones de estos ámbitos. Con todo, también aquí cabe pensar en casos en que el obligado puede deducir él mismo la existencia de un mandato, especialmente cuando ya posee un saber parcial sobre el contexto regulador respectivo: quien sabe que la vivienda es objeto de intervención administrativa, con algo de reflexión puede llegar a conocer que —posiblemente— han de declararse las viviendas que quedan vacías. Quien conoce el hecho de la reglamentación de las divisas, al menos tendrá dudas de si tiene que declarar las divisas que ha adquirido. Por el contario, la deducción propia falla ante un precepto que prescribe eliminar determinadas malas hierbas en los huertos y jardines. Por mucho que quien sufre el error haya

---

[152] Cfr. al respecto *supra*, p. 101.
[153] Cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 165 ss.
[154] Cfr. *BGHSt*, 2, p. 201; WELZEL, *Strafrecht*, p. 152.
[155] *BGHSt*, 2, p. 201.
[156] Cfr. al respecto WELZEL, *JZ*, 57, p. 132; BGH, en *JZ*, 53, p. 277.

oído acerca del carácter perjudicial de las malas hierbas, ni siquiera se le planteará la duda de que le está jurídicamente prescrita su eliminación.

3. Siempre que esté descartada la deducción propia del mandato, la evitabilidad del error de mandato sólo puede basarse en la falta de información, o en su insuficiencia [157]. No es infrecuente verlo disfrazado con la expresión de que existe un «*deber* de informarse». También se habla de un «deber jurídico» cuyo objeto es la aplicación de la conciencia [158].

Sin embargo, no existen mandatos de ese estilo. El lenguaje común puede asumirse siempre que con él sólo se exprese metafóricamente que el autor ha omitido la comprobación o indagación, posible para él, que le habría llevado a conocer la norma. Sin embargo, admitir deberes así puede conducir a serios equívocos, pues esta construcción se origina en la imprudencia, y ello en dos aspectos:

La infracción del deber de comprobar y de informarse es requisito de la «imprudencia de Derecho»: a este origen se remonta la antigua objeción de que la teoría de la culpabilidad es una mezcla de dolo e imprudencia [159]. La otra fuente de la concepción de que el error «culpable» sobre el deber se basa en infracciones de deber es la teoría normativa de la culpabilidad. En la infracción de mandatos de cuidado o de precaución, propia de la imprudencia, encontró esta teoría al elemento normativo de la culpabilidad *kat'exochen* (por excelencia). Como consecuencia, también en la «culpabilidad dolosa» se creyó tener que admitir infracciones de deber dentro del concepto de culpabilidad [160]. Así, HENKEL [161] advierte «un inseguro límite del deber entre evitabilidad e inevitabilidad» del error de prohibición, que afecta a «la exigencia de deber contenida en el elemento normativo de la culpabilidad».

Sin embargo, es materialmente incorrecto operar así con deberes e infracciones de deberes en el ámbito de la reprochabilidad. A tales construcciones se opone, en principio, la sencilla idea de que la infracción del

---

[157] Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, p. 152; *Das neue Bild*, p. 65.

[158] Así, ya el Plenario: *BGHSt.* 2, pp. 209 y 201; cfr. BGH, en *JZ*, 53, p. 278 (=*NJW*, 53, p. 432): el autor está «obligado» a «emplear todas sus capacidades cognoscitivas e ideas valorativas» para enjuiciar la antijuricidad.

[159] Cfr. MEZGER, *LK*, 3, 8.ª ed., p. 18.

[160] Cfr. acerca de estas normas de motivación —en especial las de J. GOLDSCHMIDT— mi *Normentheorie*, pp. 176 ss., y *supra*, nota 34, p. 10. La otra consecuencia era que al principio no pudo imponerse la separación, desarrollada claramente sobre todo por ENGISCH (*Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 306 ss., especialmente pp. 343 ss.), entre infracción objetiva del deber y concepto complejo de culpabilidad, en la imprudencia, y la incardinación de esta infracción del cuidado objetivamente exigible como elemento de *lo ilícito*: ¡y es que así parecía que se arrebataba a la imprudencia como forma de culpabilidad su elemento normativo! Por eso, sólo la doctrina final de la acción pudo completar el enriquecer lo ilícito del delito imprudente con la contrariedad a cuidado objetiva: V. WEBER, *Aufbau*, pp. 15 ss.; NIESE, *Finalität*, pp. 58 ss.; WELZEL, *Das neue Bild*, 1.ª ed., pp. 19 ss.

[161] *Mezger-Festschrift*, especialmente pp. 298 ss.

ámbito de los mandatos, que el conocimiento de la situación típica —por sí solo o en relación con otras circunstancias— tiene que suscitar en el obligado al menos la duda leve de si aquí no «tiene que ocurrir algo», de si él no «tiene que hacer algo». Aquel a quien no se le suscita ni la menor duda —como será el caso en el mandato de eliminar las malas hierbas— tampoco se le ocurrirá informarse de si está prescrito determinado obrar. También para la posibilidad de llegar mediante indagación al conocimiento del mandato suele ser trascendente el conocimiento de que determinado ámbito de la vida está «reglamentado». Quien se dedica a la actividad vinícola sabrá casi siempre que existen preceptos al respecto. Con lo cual, ya posee el conocimiento parcial que podría llevarle a procurarse certeza sobre la clase y el alcance de los mandatos aplicables. Si no lo hace, ciertamente no ha «infringido un deber de informarse», pero sí le es reprochable una contravención de la regulación vinícola, pues estuvo en condiciones de informarse de su deber en dicha regulación.

En la respuesta adecuada a la pregunta de si las circunstancias de la situación dan motivo para comprobar la existencia de un deber reside la *magna charta* del «ciudadano de a pie» sin conocimientos jurídicos. De poco le sirve que se reinterprete la contravención reprochable del mandato como «contravención omisiva dolosa», si se le tienden las trampas de la «imprudencia de Derecho». Pues desde luego para la imprudencia —aun cuando esté aquí fuera de lugar también desde el punto de vista dogmático— hay que remitirse a «infracciones de deber», esto es, a deberes de comprobar y de informarse, etc. Y si se parte del deber de informarse, el incumplimiento de este deber se aprecia rápido, e igualmente rápido el hecho de que existió la posibilidad de informarse. Pero con ello —también consecuentemente en el marco de esta seudo-imprudencia— estaría afirmada la «imprudencia de Derecho». Se pierde, pues, de vista con demasiada facilidad la cuestión materialmente determinante, la de si existió un *motivo* para informarse.

d) *El límite entre el error sobre el deber y el error excluyente del tipo*

1. También para el delito de omisión propia existe el problema de la delimitación del error sobre el deber con respecto a otras clases de desconocimiento o de suposición errónea. Bien es verdad que en los delitos omisivos no hay «error sobre el tipo», cuya delimitación con respecto al error de prohibición puede presentar dificultades en el delito comisivo. Puesto que no hay «dolo de omisión», no se plantea la cuestión de si el error afecta al dolo o a la consciencia de lo ilícito. Pero sí existen dos clases de error que, por su *función* —excluir la tipicidad—, asumen en el delito omisivo el mismo lugar que el error de tipo en el delito comisivo. Ya las hemos tratado al considerar la estructura del tipo:

deber *a* (deber de obrar o de omitir) no puede ser reprochable porque se haya infringido otro deber, el deber *b* (deber de comprobar e indagar). El hecho de que no se haya cumplido uno de los deberes no aporta ni el menor motivo para declarar reprochable otra infracción de deber. La cuestión de la contrariedad a deber no abandona nunca el ámbito del injusto, aun cuando sea distinto el contenido de los deberes y, por tanto, el objeto de una y otra antijuricidad.

De ser consecuente, la construcción que se rechaza debería desembocar en un *regressus ad infinitum*, pues la infracción de un deber de comprobar e informarse únicamente puede alcanzar relevancia penal —particularmente en el marco de la reprochabilidad— si a su vez esta contrariedad a deber es reprochable, culpable. Ahora bien, para ello sería necesario a su vez —según la ley con arreglo a la cual se inicia esta construcción— un tercer deber, el deber de informarse acerca de la existencia de deberes de comprobar y de informarse. La espiral de deberes tendría que continuar sin que se pudiera encontrar un punto final satisfactorio en términos lógicos. Dicho de otro modo: si el autor no fue consciente del deber de comprobar, esta infracción de deber sólo es reprochable si se infringió el deber de comprobar la existencia del deber de comprobación, etc.

Pero no acaban aquí los despropósitos. Si la infracción del deber de comprobar y de informarse fuera *el* elemento normativo de la culpabilidad, éste tendría que concurrir también cuando el autor ha obrado con consciencia del injusto. Pero de ello no cabe hablar; quizá el autor ha comprobado anteriormente la antijuricidad de su obrar, cumpliendo así su deber, y no obstante ha obrado.

Además, se da lugar al grave equívoco de que, no habiéndose cumplido el deber de comprobación e indagación, sería «culpable» todo error sobre la antijuricidad. Con lo cual esta construcción llevaría al resultado materialmente erróneo: pues si el obligado *no pudo* llegar a darse cuenta del injusto, es absolutamente indiferente *que haya* comprobado (se haya informado) o no. Su error sobre el deber fue inevitable, con lo que decae la reprochabilidad. Y si aquí la «infracción del deber de comprobar e informarse» no puede fundamentar el reproche de culpabilidad, ¿cómo va a poder hacerlo en otros casos?

En suma, para la cuestión de si es reprochable la infracción de *uno* de los deberes es absolutamente irrelevante la infracción o no de *otros* deberes.

4. Así pues, en la cuestión de la evitabilidad del error sobre el mandato no ha de atenderse a un *deber* de informarse. Determinante es exclusivamente la capacidad de percatarse del deber. Este «poder percatarse» puede ser un «poder informarse»; pero ello presupone que «las circunstancias concretas le den *motivo* para ello al autor» [162]. Lo que significa, en el

[162] WELZEL, *Das neue Bild*, p. 65; *Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 166.

a) En primer lugar, se trata de la suposición errónea de que determinado *modo* de obrar cumple la tarea impuesta por el mandato. Este error sobre la aptitud de los medios del hecho lleva a la *tentativa inadecuada* de efectuar la acción prescrita [163]. Con respecto a este error, que constituye la tentativa descuidada de cumplir el mandato, la delimitación del error sobre el deber puede presentar dificultades en casos concretos.

b) A que decaiga la tipicidad lleva, asimismo, otra clase de falta de conocimiento, la que excluye la capacidad de dirección final, esto es, un elemento típico central. Los supuestos de error en que falta la base cognoscitiva de la capacidad de acción (o sea, el conocimiento de la situación típica), o está mermada la cognoscibilidad de la vía de acción (prescrita), se han tratado en profundidad en el marco de al capacidad de acción [164]. También estos requisitos intelectuales de la capacidad de acción pueden presentar puntos de contacto con la intelección del injusto en la omisión.

Tales supuestos fronterizos entre el error sobre el deber de obrar y el error relevante para el tipo rara vez los trata la doctrina. Lo cual se basa, sólo en parte, en que estos supuestos son raros a su vez; por lo demás, en que a partir de los resultados de nuestra investigación, estas cuestiones de error se presentan de otro modo. A continuación se estudiarán algunos ejemplos en los que pueden deparar dificultades el tratamiento y la incardinación del error.

2. En un accidente, A no ve posibilidad de intervenir para socorrer, puesto que piensa erróneamente que el accidentado ha muerto.

Aquí parece pertinente la siguiente argumentación: quien no sabe que puede socorrer, no conoce su deber concreto de obrar. Desde esta perspectiva, la cuestión decisiva sería, pues, si este error sobre el deber fue evitable.

Pero en realidad el problema reside en la propia tipicidad: a quien no sabe, y ni siquiera considera posible, que amenace producirse otro daño ulterior, le falta el conocimiento de la situación típica en el sentido del § 330 c StGB [165]. No se da la base cognoscitiva de la capacidad de acción y, por ende, tampoco omisión típica alguna. Ni siquiera puede surgir la cuestión del error sobre el deber, por falta de existencia de deber.

3. Si A cree todavía posible que el herido esté vivo, posee un conocimiento suficiente de la situación típica [166]. Si permanece inactivo, su omitir es típico.

La consciencia del injusto se vería afectada por la duda sobre la necesidad del socorro únicamente si —muy excepcionalmente— A tuviera la

[163] Cfr. al respecto *supra*, pp. 125 ss.
[164] Vid. *supra*, pp. 60 ss.
[165] Cfr. *supra*, p. 121.
[166] Cfr. *supra*, pp. 60 y 141.

idea errónea de que sólo haría falta que socorriera si él fuese consciente de su necesidad; entonces se daría un error sobre el alcance del mandato abstracto, esto es, sobre que la dirección final prescrita requiere ante todo el análisis de la situación y la selección de los medios para obrar (o sea, un error sobre el «deber de comprobación» en el sentido de WELZEL) [167].

4. Lo mismo ocurre en el caso siguiente: B, que no sabe nadar, no ve que podría salvar la vida a quien se está ahogando arrojándole un salvavidas que hay colgado en las inmediaciones. También aquí puede parecer pertinente la solución aparente de negar a B la consciencia del concreto deber de socorro, por haber creído que no podía socorrer. Sin embargo, también aquí la solución correcta reside en el ámbito del tipo:

a) Si B no pudo percatarse de que tenía disponible un salvavidas, con la capacidad de acción decae, asimismo, la realización del tipo [168]. Resulta obvio que en la comprobación de la capacidad de percatarse de la correcta vía para salvar siempre han de tenerse en cuenta las circunstancias de la situación (aquí, en especial el comprensible nerviosismo de B). Si, en cambio, B estaba en condiciones de darse cuenta de que el salvavidas era una evidente posibilidad de socorrer, fue capaz de acción y su inactividad es típica. También le era cognoscible el deber de intervenir.

Sin embargo, esta solución sirve *sólo si B ha permanecido absolutamente inactivo*, en particular si no ha hecho nada para encontrar una posibilidad de salvación.

b) Por el contrario, si B ha buscado medios y modos para salvar a quien se ahogaba, en todo caso habrá obrado *con tendencia a evitar el resultado*. El hecho de que no haya advertido la posibilidad evidente de emplear el salvavidas, aun cuando habría podido advertirlo, si bien convierte a su tentativa en deficiente, excluye apreciar una omisión de socorro típica «cuasi-dolosa» [169]. Así pues, cobra relevancia —en favor del inactivo— una fase de la acción que en el delito comisivo habría que llamar la de los actos preparatorios. Mientras que en el delito comisivo no se puede ni se debe abarcar penalmente toda puesta en práctica de una «mala voluntad», ¡en el delito omisivo ha de tenerse en cuenta toda puesta en práctica seria de una «buena voluntad»! [170]

En estos ejemplos se pone de relieve una vez más, al mismo tiempo, la inidoneidad del concepto de dolo en el marco del delito de omisión:

Si se refiere el dolo a *todos* los elementos (objetivos) de la omisión típica, o sea, *también a la posibilidad de obrar*, el dolo estaría excluido *en ambos* casos; y ello aun cuando B, *en el primer caso, a)*, ¡no ha hecho

[167] Cfr. *supra*, pp. 128 ss.
[168] Cfr. *supra*, pp. 61 ss.
[169] Cfr. *supra*, pp. 125 ss.
[170] Al respecto *infra*, pp. 187 ss.

acción, que es presupuesto del omitir típico, únicamente decae, pues, si no era advertible para el omitente el peligro de olvido, si, p. ej., se olvida de la denuncia del delito, que aplazó debido al repentino accidente que sufre un familiar.

Otro tanto rige para la *consciencia del deber de obrar*. Lo decisivo es que el conocimiento del deber existiera en el momento en que tuvo que efectuarse la primera parte de la dirección final prescrita; o sea, en los casos en que se aplaza la acción de cumplimiento, el del aseguramiento contra el olvido en ese período.

b) La difícil problemática de estos casos de olvido reside en otro ámbito: de nuevo ha de trazarse el límite con respecto al supuesto de la tentativa fracasada de cumplir el mandato. Y es que si se da dicha tentativa decae la tipicidad [174].

Si D está decidido a denunciar el plan delictivo o a presentar la declaración tributaria en un momento posterior, pero a tiempo, y para no olvidarse toma precauciones que él *considera* suficientes, se da el supuesto de la tentativa inadecuada de cumplir el mandato, cabiendo únicamente la omisión «imprudente» [175].

Igualmente habrá que decidir si D ha intentado memorizar suficientemente la necesidad del obrar posterior. También este acto mental es ya parte de la dirección final prescrita y emanación de la decisión de cumplir el mandato. No hace falta que concurra un «comienzo de la acción ejecutiva» en el sentido del § 43 StGB [176]. Y ello porque este concepto sirve para *limitar* la punibilidad del delito *comisivo* intentado; en el ámbito del delito omisivo, por el contrario, el requisito de que debe haber comenzado —en el sentido del § 43 StGB— la acción de cumplimiento tendría el efecto de *extender* la punibilidad.

En cambio, si D cuenta con el peligro de olvido y no hace nada para impedirlo, o ni siquiera se lo plantea porque no está en absoluto decidido a presentar la denuncia del delito, no hay obrar alguno con tendencia a cumplir el mandato; al margen del olvido, el omitir es típico. Como también está fundamentado el reproche de culpabilidad si, al llegar al conocimiento de la situación típica, D es consciente de su deber de actuar concreto [177].

---

[174] Cfr. *supra*, pp. 125 ss. y 163.

[175] Al respecto *supra*, pp. 130 ss.

[176] § 43 StGB: «*Tentativa. Concepto.* I. Quien hubiere puesto en práctica la decisión de realizar un delito grave o menos grave mediante acciones que entrañaren el comienzo de ejecución del delito grave o menos grave, si el delito grave o menos grave pretendido no hubiere llegado a consumarse, será castigado por tentativa» [N. de los TT.]

[177] También en estos casos de olvido fracasa la doctrina del dolo de omisión. También aquí tiene que tratar igualmente, nivelándolos, a todos los supuestos posibles. Además, consecuentemente tiene que existir un dolo de omisión a lo largo de todo el omitir —y no sólo durante el omitir un acto parcial—, ¡viéndose beneficiado aquel que inmediatamente aparta de su mente la situación de la que se deriva el deber!

nada en absoluto para encontrar un modo de salvar! Así pues, aquí se privilegiaría a la indiferencia o a la alegría por el mal ajeno; incluso, en caso de «aprobación» o de «deseo» de la muerte, consecuentemente no se podría hacer responder por el omitir.

Si se limita el concepto de *dolo* en el delito omisivo *al «conocimiento de la situación típica»* [171], se estaría obligado a afirmar el dolo *en ambos casos*; y ello aun cuando B, *en el segundo caso, b)*, se ha esforzado seriamente —si bien de manera insuficiente— por encontrar un modo de salvar y de cumplir el mandato. Aquí se convertiría al fracaso en la tentativa en una omisión de socorro «dolosa».

En realidad, la *línea divisoria* correlativa a la separación entre hecho doloso y comportamiento imprudente discurre aquí *por entre los dos supuestos*. Admitir el «dolo de omisión» tiene que nivelar —de un modo u otro— las diferencias inherentes a la realidad.

5. A menudo, la acción requerida por el mandato no puede —o no tiene que— llevarse a cabo de inmediato: la declaración tributaria tiene que presentarse dentro del plazo establecido al efecto; el aviso a las autoridades o a la víctima potencial (requerida por el § 138 StGB) basta con que se realice «a tiempo», esto es, cuando para éstos aún hay tiempo para impedir el delito. De este modo, entre el conocimiento de la situación típica y el último momento posible en que tiene que llevarse a cabo la acción de cumplimiento (en sentido propio) puede existir un intervalo cuya extensión en ocasiones es considerable.

a) A este intervalo deben su origen los supuestos de *olvido de la situación típica*. En virtud de este olvido *no* queda por lo general eliminada la capacidad de acción, como podría en principio parecer [172]. Ciertamente, al enjuiciar el *último* momento *posible* para realizar el actuar prescrito resulta que, debido a la ausencia de conocimiento de la situación típica, falta *ahora* la capacidad de acción; pero este conocimiento existía *antes* y a él hay que atender decisivamente. Ya en *aquel* momento se activó el deber de obrar, *el cual exigió asegurar que la acción de cumplimiento aplazada no se olvidase entre tanto* [173]. Sólo si este aseguramiento —memorizándolo o por cualquier otro método— no es posible y (o) *no es cognoscible* para el obligado el peligro de olvido y, por tanto, la necesidad de actuación inmediata, decaerá la capacidad de acción.

El mandato no requiere precisamente sólo la realización física de determinados actos, sino también el empleo del intelecto para planificarlos y prepararlos, y, por tanto, asimismo, para asegurar que no se olviden; también esto es parte integrante de la dirección final. La capacidad de

[171] Cfr. *supra*, pp. 132 ss.
[172] Cfr. *supra*, p. 61.
[173] Coincidente WELZEL, *Strafrecht*, p. 175.

III. La inexigibilidad

La capacidad de orientarse por el deber conocido puede estar excluida si se dan los requisitos de los §§ 51 y 55 StGB y del § 3 JGG [178]. Con respecto a este elemento volitivo de la imputabilidad, nada hay que reseñar en el marco del delito omisivo que diverja del delito de comisión [179]. Es el *único* elemento volitivo que es *constitutivo* de la culpabilidad (en sentido estricto).

a) *Alcance de la inexigibilidad*

En cambio, sí requiere una consideración especial (si bien sucinta) la *«exigibilidad de la obediencia al Derecho»* [180].

1. Desde luego, en los delitos omisivos el ámbito de aplicación [tanto de la causa de exculpación general de la inexigibilidad del obrar conforme a Derecho para la preservación de intereses plausibles como de los estados de necesidad justificantes (§§ 52 y 54 StGB)] [181] es más *restringido* que con respecto al delito de comisión: si ya en el delito comisivo el estado de necesidad supralegal *justificante* recorta un gran sector del círculo de los supuestos de aplicación del estado de necesidad *exculpante* [182], así ocurre en mayor medida en el delito omisivo. Y ello porque la omisión de una acción prescrita está justificada ya cuando de la ponderación de los bienes o deberes jurídicos en conflicto resulta su *equivalencia* [183]. Con lo cual desde el principio queda para la cuestión de la exigibilidad en el delito omisivo un espacio *menor* que en el delito de comisión.

---

[178] El § 51 StGB se ocupa de las causas de inimputabilidad plena o de imputabilidad disminuida; el § 55 StGB se ocupa, en los mismos términos, en particular de la sordomudez. El § 3 de la Ley de Tribunales de Menores (JGG) es del siguiente tenor: *«Responsabilidad.* Los menores serán penalmente responsables si en el momento del hecho, conforme a su desarrollo moral y psíquico, fueren suficientemente maduros para comprender lo ilícito del hecho y obrar con arreglo a esa comprensión...». Por su parte, el § 1.II JGG define al *menor* como «quien, en el momento del hecho, tiene más de catorce años pero menos de dieciocho» [N. de los TT.]

[179] Cfr. *supra*, pp. 153 ss.

[180] WELZEL, *Das neue Bild*, pp. 67 ss.; *Strafrecht*, pp. 155 ss.

[181] § 52 StGB: *«Coacción por situación compulsiva.* 1. No concurrirá una acción punible cuando el autor, por violencia irresistible o amenaza ligada a un peligro (actual, no evitable de otro modo) para la vida o integridad física de sí mismo o de sus parientes, fuere obligado a realizar esa acción».

§ 54 StGB: *«Estado de necesidad.* No concurrirá una acción punible cuando la acción, al margen de los supuestos de legítima defensa, se hubiere cometido en un estado de necesidad no originado por el sujeto, no evitable de otro modo, para salvarse a sí mismo o a un pariente de un peligro actual para la vida o la integridad física» [N. de los TT.]

[182] *Vid.* V. WEBER, *Grundriß*, p. 126.

[183] Cfr. *supra*, pp. 151 ss.

No obstante, los delitos de omisión se consideran como un ámbito de aplicación especial de la exculpación *supralegal* por inexigibilidad del menoscabo de intereses legítimos [184]. Lo cual está, asimismo, justificado, pues la magnitud valorativa del cumplimiento de deberes de obrar es —a igualdad del bien jurídico que ha de protegerse— mayor que la de deberes de omisión, porque el cumplimiento de un mandato plantea exigencias superiores que la observancia de una prohibición [185].

El deber jurídico de obrar, sin embargo, ¡no se ve afectado por la inexigibilidad de cumplirlo! Con buen criterio subrayan esto V. WEBER [186], MAURACH [187] y WELZEL [188].

2. Otra limitación más para la idea de la inexigibilidad y con ella del estado de necesidad exculpante de los §§ 52 y 54 StGB la suponen los casos en que —como suele decirse— «se requiere la existencia del estado de necesidad». Las normas por cuya virtud queda excluida o sustancialmente restringida la aplicación de los §§ 52 y 54 StGB *ope legis* [189] o por el sentido de los preceptos [190] son en su mayor parte *mandatos*. El soldado, el marinero, el policía, el médico, el bombero... ninguno de ellos puede invocar, en el cumplimiento de diversos deberes de actuar, el estado de necesidad jurídico-penal ni la idea de la inexigibilidad [191]. «Si el cometido profesional consiste precisamente en ejecutar determinada actividad arriesgando la propia vida o integridad física, el obligado a este cometido no puede sustraerse a cumplirlo aduciendo que no le es exigible» [192].

Estos supuestos de exclusión o de limitación del principio de la inexigibilidad y del estado de necesidad «exculpante» en especial, naturalmente están expuestos a una objeción de calado [193]: ¿cómo se compagina con

---

[184] *Cfr.* WELZEL, *Das neue Bild*, p. 68; *Strafrecht*, pp. 185 ss. y 386; HENKEL, *Mezger-Festschrift*, pp. 276 ss.; BGHSt, 2, p. 204; de otra opinión MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 341.

[185] *Cfr. supra*, pp. 101 y 158.

[186] *Grundriß*, p. 126.

[187] *Lehrbuch*, I, pp. 341 ss., con fundamentación sólida.

[188] *Strafrecht*, p. 386. En parte discrepante HENKEL, *Mezger-Festschrift*, p. 280.

[189] *Cfr.* los §§ 33 y 41 de la antigua Ley de Marinería; 49 I, 84 y 85 del Código Penal Militar del Reich, y 6 del Código Penal Militar («El miedo debido a sufrir peligro personal no disculpará el hecho si el deber militar requiriese resistir el peligro»).

[190] *Cfr. RGSt*, 72, p. 249; HEIMBERGER, *Strafrecht*, p. 48; V. WEBER, *Notstandsproblem*, pp. 91 ss.; SCHRÖDER, *StGB*, § 54, nota I; JAGUSCH, *LK*, I, 8.ª ed., § 54, nota 2.d; LANGE *StGB*, § 54, nota VII. En contra de establecer restricciones sin precepto expreso, V. WAECHTER, *Sächs. Strafrecht*, pp. 378 ss.; FRANK, *StGB*, § 54, nota IV; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 293.

[191] En particular hay aspectos discutibles, tanto relativos al ámbito de personas como al género de los deberes y a la dimensión del peligro que ha de asumirse. Cfr. en general V. WEBER, *Notstandsproblem*, pp. 91 ss., con bibliografía; *vid.*, asimismo, MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 349 ss.; ALLFELD, *Allgemeiner Teil*, p. 136; SCHWINGE, *Mil.StGB*, § 49, nota I; DREHER, *JZ*, 57, p. 395; HENKEL, *Mezger-Festschrift*, 294.

Ha de señalarse, cautelarmente, que *no* son de aplicación para los §§ 138 y 330 c StGB las limitaciones objeto de debate; a mi entender, ahí rige de modo irrestricto el principio de la inexigibilidad.

[192] *RGSt*, 72, pp. 249 ss.

[193] En lo sucesivo me atengo a la moderna «teoría de la culpabilidad»; sin embargo, nada distinto rige para la «teoría del dolo», siempre que esté basada en la «concepción normativa de la culpabilidad».

miento antijurídico existe con independencia de la concurrencia de estas situaciones de necesidad [199]. Así pues, la exigibilidad no es ni «presupuesto de la culpabilidad» ni «elemento de la reprochabilidad», ni es la inexigibilidad una «causa de exculpación» en sentido estricto. «Por eso», como con razón subraya BOCKELMANN, «se podría basar perfectamente un reproche de culpabilidad también en hechos en estado de necesidad» [200]. Y *en efecto* se predica el reproche de culpabilidad en los supuestos estudiados de exclusión o de restricción de los preceptos del estado de necesidad. Así pues, aquí se respeta el principio de culpabilidad, puesto que el estado de necesidad jurídico-penal no afecta a la existencia de la culpabilidad.

¡Pero el problema dogmático no deja de existir! Al decidir que la inexigibilidad en general y el estado de necesidad del § 54 StGB en particular no constituyen causas de justificación, se ha tomado la decisión determinante. Las alternativas dogmáticas que quedan las ha expuesto V. WEBER [201]: «Una auténtica interpretación del estado de necesidad como "causa de exculpación" tiene que poner al estado de necesidad en relación con los elementos de la culpabilidad e indicar cuál de ellos queda descartado». Es evidente que la situación del § 54 StGB no afecta al componente intelectual de la culpabilidad, a la capacidad de conocer el injusto. Y las consideraciones precedentes han puesto de relieve que tampoco la capacidad de formar la *voluntad* de conformidad a la norma se ve afectada cuando se dan los presupuestos del § 54 StGB: «La afirmación general, en el estado de necesidad, de que el autor "no puede obrar de otro modo" queda desmentida por la experiencia. Ahí tiene que fracasar necesariamente esta concepción» [202].

Queda por sopesar la segunda posibilidad. Este camino lo ha recorrido —si no la primera, sí sobre todo— la teoría normativa de la culpabilidad. Pasemos por alto sus variantes singulares, puesto que en el fondo todas desembocan en lo mismo: la inexigibilidad es causa de exculpación porque excluye la exigibilidad. En relación con esta idea, V. WEBER ha hablado de «tautología» y MAURACH ha desvelado la «heterogeneidad» de los elementos del concepto de culpabilidad construido de esta manera [203]. En el fondo, hay que combatir aquí a la concepción normativa de la culpabilidad con sus propias armas: si puede emitirse el juicio de culpabilidad *sin* que se den los demás requisitos de la «exigibilidad», ¡entonces el «elemento normativo de la culpabilidad» que dice ser la exigibilidad desde luego no es presu-

[199] Claro es que la «presión motivacional» derivada de la situación de necesidad puede llegar a ser excepcionalmente tan intensa que comporte las consecuencias del § 51.I StGB [inimputabilidad plena o imputabilidad mermada] (cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 173). Únicamente entonces no es el estado de necesidad en sí el que excluye la imputabilidad, sino otro elemento que se vincula con él (V. WAECHTER, *Sächs. Strafrecht*, p. 363).

[200] BOCKELMANN, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 58 (*Untersuchungen*, p. 85).

[201] V. WEBER, *Notstandsproblem*, pp. 7 ss.

[202] V. WEBER, *Notstandsproblem*, p. 7.

[203] V. WEBER, *Notstandsproblem*, p. 9; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 325; *Schuld*, pp. 30 ss.

el principio de culpabilidad una exclusión así del estado de necesidad jurídico-penal?

b) *¿Comporta la inexigibilidad que quede excluida la culpabilidad?*

O bien la situación de necesidad «exculpa», y entonces se castiga a inocentes en los mencionados supuestos excepcionales. El principio de que no hay pena sin culpabilidad se vería menoscabado. *O* bien se respeta este principio de culpabilidad, esto es, también en los supuestos de exclusión del estado de necesidad se castiga a culpables. Entonces el § 54 StGB no contiene «causa de exculpación» alguna; la no concurrencia de la situación justificante no puede ser presupuesto de la culpabilidad ni elemento de ésta [194]. *O el § 54 StGB contiene una causa general de exclusión de la culpabilidad,* esto es, al darse sus requisitos falta la capacidad de motivarse conforme a la norma. *O, a pesar de aplicarse el § 54 StGB, se mantiene la capacidad de formar la voluntad de conformidad a la norma,* bien sea siempre, bien en algunos casos; ¡pero entonces el estado de necesidad «exculpante» no es una causa de exculpación! *Tertium non datur.*

Lo que es correcto difícilmente puede ponerse en duda: en las circunstancias descritas en el § 54 StGB (así como en las de los §§ 52 y 53.III StGB) [195] no siempre está esencialmente condicionada la capacidad del autor de motivarse conforme a la norma; y cuando lo esté, la presión motivacional en modo alguno es tan intensa que excluya la capacidad de formar correctamente la voluntad. Lo cual se ha subrayado en multitud de ocasiones [196]; «el autor puede resistir la fuerza, y en su caso antes morir que cometer la acción punible» [197]. Para la aplicación de los §§ 54 y 52 StGB no hay que atender *ni* a la *existencia* de «constreñimiento motivacional» *ni* a su *eficacia* concreta. El «efecto psicológico sobre el autor se presupone inadvertidamente, se presume en términos de generalización; no se lleva a cabo una comprobación de la eventual capacidad de resistencia del autor» [198].

Resulta evidente la consecuencia de este dato: si no se ve menoscabada la capacidad de motivarse de conformidad a la norma en los supuestos de estado de necesidad jurídico-penal, la reprochabilidad del comporta-

---

[194] Mientras que, según una concepción extendida, la exigibilidad constituye el «elemento normativo de la culpabilidad» por antonomasia.

[195] § 53 StGB: legítima defensa (*vid.* nota 132 de los traductores).

[196] Cfr., p. ej., V. WAECHTER, *Sächs. Strafrecht*, pp. 363 ss.; V. WEBER, *Grundriß*, pp. 125 ss.; BOCKELMANN, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 58; MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, pp. 85 ss.; *Lehrbuch*, I, p. 323; NAGLER-JAGUSCH, *LK*, I, 7.ª ed., p. 357; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 285; WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, p. 27; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 172 ss.

[197] V. WEBER, *Grundriß*, p. 125. *Vid.*, asimismo, BELING, *Grundzüge*, p. 33.

[198] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 323.

puesto de la reprochabilidad! Ya hemos visto *supra* que hay supuestos en que —en concordancia con el principio de culpabilidad— *tiene que* dictarse el juicio de culpabilidad aun *no* concurriendo los demás presupuestos de la «exigibilidad»; este hecho por sí solo tiene suficiente fuerza probatoria. Pero hay amplia unanimidad sobre que también podría dictarse el reproche de culpabilidad aun cuando, p. ej., se diera la situación de necesidad del § 54 StGB, sobre que aquí simplemente se «presume» algo que en realidad no está presente. Pero con ello se cierra también la segunda vía. ¡Al *«concepto* de culpabilidad» sólo puede pertenecer razonablemente aquello sin lo que la culpabilidad *no* puede *concebirse*!

Como tercera posibilidad queda la de atenerse a la *renuncia* a la punición por parte del ordenamiento jurídico, elemento que sin duda está contenido en la declaración de la inexigibilidad; entonces habría que ubicar la exigibilidad, junto con todos sus supuestos concretos, *más allá de* la culpabilidad, en los ámbitos, dogmáticamente aún por esclarecer, de las condiciones de punibilidad y de las causas de exclusión y de exención de la pena. Así, BELING ha denominado al estado de necesidad del § 54 StGB «causa *objetiva* de exclusión de la pena» [204].

c) *La exigibilidad como problema de la cuantificación de la culpabilidad*

Mi concepción, que ya he esbozado en otro lugar [205], se distingue de las soluciones antedichas, si bien asume elementos de todas ellas. Tal como hemos visto, desde el punto de vista dogmático —a excepción de la teoría de la causa de justificación— la única exenta de contradicciones es una solución en el sentido de BELING. Pero ésta destaca decididamente su «causa *objetiva* de exclusión de la pena» con respecto a otras causas de exclusión y de exención de la pena. Y precisamente una comprensión más detenida de la situación *objetiva* en que se basa el § 54 StGB nos permite considerar este motivo de que se excluya la pena, si bien no como presupuesto negativo del reproche de culpabilidad, sí como problema de la *magnitud de la culpabilidad*, que, por tanto, debe permanecer en el ámbito lato de la culpabilidad:

La controversia entre las teorías de la justificación y las de la exculpación parte de una alternativa que de ninguna manera es forzosa. Obvio es que no cabe compromiso alguno en el sentido de la teoría de la neutralidad; si el estado de necesidad legal del § 54 StGB no justifica, no contiene autorización alguna, el autor en estado de necesidad infringe un deber jurídico y su comportamiento no puede ser «no prohibido». Pero injusto y

---

[204] BELING, *Grundzüge*, pp. 32 ss.; *vid.* más temas de posición en esta dirección en MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, y V. WEBER, *Notstandsproblem*, pp. 9 ss.

[205] *Normentheorie*, pp. 9 ss.

culpabilidad no son conceptos antitéticos, como a veces se ha señalado, al contraponer el aspecto del hecho y el de la culpabilidad. Más bien, la culpabilidad es el concepto más amplio; a la culpabilidad —en sentido amplio— pertenece la suma de todos los presupuestos de la culpabilidad, entre ellos también —y de ningún modo en último lugar— el injusto! [206] La realización del tipo es presupuesto del injusto, el injusto lo es de la culpabilidad, y los elementos del tipo son al mismo tiempo elementos del injusto y de la culpabilidad.

Así, en primer lugar tenemos que preguntar qué efectos despliega la valoración inherente al principio de exigibilidad en el ámbito del *injusto*:

a) En el supuesto del estado de necesidad del § 54 StGB, p. ej., se *valora* el fin de la propia conservación, en virtud del cual se realiza u omite una acción [207]. Si bien no se aprueba el acto de la «propia conservación», en «determinados supuestos de conflicto» [208] en que dicho acto se requiere para mantener un bien jurídico de valor no superior [209], el perseguir el fin en sí no merecedor de desaprobación («comprensible») *hace disminuir el desvalor* de acción y, por ende, asimismo, la medida del reproche de culpabilidad dependiente de él.

Otro tanto cabe decir de los casos de omisión: quien no salva la vida de otro por no arriesgar gravemente su propia salud ha infringido su deber de actuar, y falta un acto valioso para el Derecho. Pero la voluntad de realización requerida con vistas a la salvación tendría que haber abarcado, asimismo, en este caso el (posible) perjuicio para uno mismo, y su realización tendría que haber comportado tal efecto; la falta de *este* acto tiene *menor* importancia porque efectuar la salvación menospreciando la propia salud habría significado un valor de acto especialmente elevado. El «desvalor de omisión» es, pues, inferior igualmente en la situación del § 54 StGB.

Aquí se pone de relieve el núcleo de verdad de lo que pretende la «teoría de la justificación». Si bien va demasiado lejos al pretender excluir la antijuricidad, acierta en que la magnitud del injusto se ve influida por los supuestos de inexigibilidad. El § 54 StGB contiene una *causa de disminución del injusto* que —como las causas de justificación— está estructurada con arreglo al principio de necesidad [210]. Única-

[206] Cfr. al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 180 ss.; *JZ*, 55, p. 37.

[207] Con anterioridad (*Normentheorie*, p. 204) he hablado, equívocamente, de la valoración del *motivo* de la conservación propia, en lugar de referirme con mayor propiedad al *objetivo* de la conservación propia, lo cual no tiene por qué conllevar consecuencias prácticas.

[208] Cfr. al respecto la anterior concepción de WELZEL, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. 50.

[209] En tal sentido, obviamente, la «teoría de la justificación» hoy por hoy casi abandonada.

[210] Al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 253 ss.; *JZ* 55, p. 39. El grado de disminución del injusto depende decisivamente, en parte, de la diferencia valorativa entre el bien jurídico salvado y el sacrificado.

la situación motivacional. Ambas causas, estrechamente interrelacionadas, explican por qué el ordenamiento jurídico, en vista del escaso contenido de culpabilidad, *puede renunciar* «por limitación legal» a dictar de hecho el reproche de culpabilidad. Puede renunciar... y suele hacerlo, como pone de manifiesto la regulación de los §§ 54 y 52 StGB. Pero el ordenamiento jurídico *sí dicta* el reproche de culpabilidad (existente en sí en todos los casos) cuando no puede renunciarse a la sanción penal sin menoscabo de los intereses generales de la comunidad jurídica [211].

Así pues, *la exigibilidad constituye un problema, no de la fundamentación de la reprochabilidad, sino de la cuantificación del reproche de culpabilidad* (ya fundamentado) [212]. Los supuestos especiales de la inexigibilidad, por tanto, pueden caracterizarse si acaso como «causas *fácticas* de exculpación», como causas que comportan la misma consecuencia jurídica que una auténtica exclusión de la culpabilidad.

d) *Acerca de la teoría de la responsabilidad por el hecho*

En la idea de que los casos de estado de necesidad jurídico-penal generalizan y no atienden a la capacidad de motivación concreta e individual, así como en el propósito de desvincular a la exigibilidad de su posición como «elemento» o «presupuesto» de la reprochabilidad, el punto de vista que aquí se defiende se aproxima a la *teoría de la «responsabilidad por el hecho»* de MAURACH. Claro que la consecuencias que se extraen de este punto de partida común son básicamente distintas [213].

MAURACH inserta *antes* de la reprochabilidad —esto es, entre el injusto y la culpabilidad— su escalón o grado de la «responsabilidad por el hecho», en que en particular encuentran su acomodo los supuestos de inexigibilidad. «Responsabilidad por el hecho» y «culpabilidad» se resumen en la «imputabilidad», «concepto en sí diferenciado y progresivo» [214].

Nuestra concepción extrae la conclusión justamente opuesta a partir del mismo punto de partida: la exigibilidad, despojada de su función de elemento de la reprochabilidad, encuentra su lugar lógico sólo *tras* la «capacidad de observar el deber», que constituye la reprochabilidad; pero

[211] Además, en estos casos en que están descartados los preceptos penales reguladores del estado de necesidad, debido a la posición de deber intensificada del autor, la disminución del contenido de injusto (y, por ende, de la culpabilidad) en virtud de perseguir el objeto de la conservación propia, es escasa, y, por tanto, el desvalor de acto apenas se ve disminuido. El tratamiento distinto de los hechos en estado de necesidad, pues, también está basado en un criterio material. Cfr. V. WEBER, *Notstandsproblem*, p. 94.

[212] Con respecto a la cuantificación del reproche de culpabilidad, *vid.* KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 199 ss. Cfr. NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, pp. 76 ss.; *SchwZStrR*, 65, pp. 307 ss. (partiendo de otro concepto de culpabilidad).

[213] *Vid.* MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 324 ss.; SCHULD, pp. 30 ss.

[214] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 325.

mente la acción u omisión en estado de necesidad que es *necesaria* cumple los requisitos de la ley.

La idea de que la inexigibilidad está compuesta de causas de disminución del injusto no tiene *por sí sola* efecto dogmático alguno. Dado que no se trata precisamente de causas de justificación, a las causas de disminución del injusto no les corresponde puesto alguno en la estructura del delito. (Si bien de este modo se posibilita un tratamiento exento de contradicciones del error sobre la inexigibilidad.) No obstante, lo decisivo es el efecto de la disminución del injusto en la esfera de la culpabilidad, pues la disminución del injusto significa siempre al mismo tiempo disminución de la culpabilidad, al igual que la justificación determina simultáneamente la exclusión de la culpabilidad. La medida de la culpabilidad depende de la medida del injusto, si bien de manera no exclusiva, sí esencial. El peso del desvalor de acción o de omisión constituye el fundamento decisivo de la magnitud del reproche de culpabilidad, aun cuando éste, asimismo, varíe en función de los elementos especiales de la culpabilidad.

Con lo cual queda claro que en los casos de inexigibilidad el injusto es menor y, por tanto, inferior la culpabilidad. Y este efecto se produce en *todos los casos concretos* en que concurren los requisitos de la inexigibilidad, lo que quiere decir: *¡sin presumir nada!* El autor en estado de necesidad siempre tiene inferior culpabilidad sin tener en cuenta la «presión motivacional» que haya surtido efecto en el caso concreto.

b) Pero no sólo es el fin pretendido con la acción en estado de necesidad el que surte efectos, sino que también en el ámbito especial de la culpabilidad los despliega el § 54 StGB (por ponerlo de relieve una vez más con respecto a este precepto): por lo general surge efectivamente de la situación de necesidad la tan citada «presión motivacional», la cual no tiene por qué ser insuperable. Por ello, en general *también la capacidad de formar la voluntad de conformidad con el conocimiento del injusto es inferior en comparación con el «supuesto normal».* Al que se encuentra en situación de necesidad le es más difícil hacer caso a la llamada de la norma.

Así se pone de manifiesto la justificación parcial del deseo de quienes pretendían excluir la capacidad de culpabilidad, y al mismo tiempo de la concepción normativa de la culpabilidad. Y aquí (con respecto a la presión motivacional) efectivamente «se presume» en la ley. Pero no se presume de modo vinculante la inimputabilidad, consecuencia a la que sólo da lugar la situación de necesidad en supuestos extraordinariamente raros, sino que *sólo* se presume la *merma* de la posibilidad de motivación de conformidad a la norma; ¡la cual es una consecuencia que trae aparejada la inexigibilidad en la *mayoría* de los casos!

Así pues, confluyen dos causas de disminución de la culpabilidad: una, que se deriva de la disminución del injusto, y otra que tiene en cuenta

permanece en el ámbito de la culpabilidad como elemento de la cuantificación del reproche de culpabilidad.

En vista de la amplia coincidencia en las premisas, el grado especial de la «responsabilidad por el hecho» que crea MAURACH entraña la objeción de que es incorrecta la integración que aquí se defiende de la exigibilidad. Lo cual necesita explicarse:

1. «La desaprobación inherente a la responsabilidad por el hecho» «*reside en que el autor se ha comportado en la situación concreta peor de lo que lo habrían hecho los demás*. La responsabilidad por el hecho se fundamenta en el descenso en relación con el poder del *promedio* jurídicamente presumido» [215].

Esta descripción la efectúa MAURACH como determinación *positiva* de la responsabilidad por el hecho. Sin embargo, justamente lo mismo cabe decir de todas las demás graduaciones dentro de la estructura del delito: de la realización del tipo, del injusto, así como de la culpabilidad. No es más que una constatación estadística que se ajusta a cualquier sujeto que obre antijurídicamente. No se abarca así un escalón *especial* en la estructura del delito.

MAURACH llega a estas formulaciones en virtud de la idea de que la regulación legal del estado de necesidad presume la «presión motivacional». Pero es incorrecto ver ahí una presunción del «no-poder de la persona media», pues precisamente *ésta* puede resistir la situación de necesidad, como hemos podido comprobar. Son pocos los que no pueden, a saber, aquellos en que la presión motivacional lleva a la inexigibilidad. Su no-poder se convierte —en el sentido de MAURACH— en baremo; el no realizar aquello que unos pocos no pueden rendir —soportar la situación de necesidad— no se reprocha a *nadie* [216].

---

[215] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 328 (cursiva en el original).

[216] Precisamente con este «no poder la persona corriente (media)» enlaza MAIHOFER (*Ritter-Festschrift*, pp. 141 ss.) afirmando que «también Maurach, con su teoría de la responsabilidad por el hecho, no ha desarrollado materialmente sino una teoría del segundo núcleo personal del reproche de injusto: el no haber desplegado el poder social (general)» (p. 162). En su concepto de injusto, MAIHOFER no adopta «esta segunda verificación personal en función del baremo de la individualidad del autor, sino de su personalidad como persona social: de aquello que "puede" una "persona sensata" en la posición y situación del autor» (p. 158). De este modo, MAIHOFER ve en el «reproche de injusto personal el "lugar" sistemático también para una solución satisfactoria de todos los difíciles problemas de la inexigibilidad general» (p. 162). De los supuestos de MAURACH de «exclusión de la responsabilidad por el hecho» sigue diciendo MAIHOFER que «falta el desvalor social "reprochable" del comportamiento si llegamos a la conclusión de que también un "ciudadano leal", un "ciudadano probo, que responda a las exigencias de la comunidad jurídica", no habría podido obrar de otro modo en la "posición" y "situación" del autor» (p. 162).

A quien en la situación de necesidad del § 52 StGB dispara a su amigo para librarse de una paliza con daños físicos graves, ¡esta doctrina le otorga la condición de «ciudadano leal», de «persona sensata», de «ciudadano probo, que responde a las exigencias de la comunidad jurídica»! ¡Su conducta no constituye ilícito, pues la «persona social» tampoco habría obrado de otro modo! Esta doctrina del injusto ignora que no es el «UNO» impersonal el que determina qué hacer y omitir es debido, sino

2. La ausencia de causas de inexigibilidad no expresa, pues, nada sobre la relación entre el comportamiento del autor y lo que puede *la persona media*. Sólo si consta que el comportamiento del autor *es reprochable* significa algo esta constatación de los presupuestos de la inexigibilidad: que al autor en estado de necesidad, *en comparación con la persona media*, le resultaría *más difícil* cumplir la norma *que a aquellos a los que puede hacerse un reproche de culpabilidad*. ¡La verificación razonable de la exigibilidad presupone la reprochabilidad! Únicamente en comparación con otros capaces de culpabilidad y conocedores del injusto se resuelve la problemática de los casos de estado de necesidad, no en relación con la gente en general.

Ya en ello se pone de manifiesto que la inserción *previa* de la «responsabilidad por el hecho» no respeta la relación lógica entre reprochabilidad y exigibilidad. Lo cual puede expresarse con más claridad aún:

Lo que en los preceptos reguladores del estado de necesidad se «generaliza» y «tipifica» mediante elementos objetivos es la presión psíquica que en la situación de necesidad influye en el autor, en concreto en su capacidad de comportarse de conformidad al conocimiento del injusto. Así pues, ¡*el conocimiento del deber* y, por ende, el elemento intelectual de la reprochabilidad *antecede lógicamente a la cuestión de la exigibilidad!* Como nada de esto puede cambiarlo ninguna generalización, no acierta la crítica de MAURACH a WELZEL [217].

Asimismo, existe acuerdo —también con MAURACH— en que el Derecho *podría* dictar el reproche de culpabilidad también en casos de inexigibilidad, y no es raro que *lo haga*. Pero entonces es indudable que la exigibilidad es un requisito *adicional* que viene a *sumarse* al comportamiento antijurídico y reprochable; con vistas a la punibilidad, pues, la exigibilidad *sigue* lógicamente a la reprochabilidad. La exigibilidad no es, como MAURACH parece asumir [218], un *minus* de exigencias en comparación con la

---

el ordenamiento jurídico el que determina lo que «SE» debe hacer y omitir. Asimismo, se ve expuesto a la pregunta de con qué clase de estadística se obtiene un «ciudadano leal» *en esos términos*.

Estas objeciones, evidentemente, no se refieren a la posición de MAURACH, la «falta de cuya responsabilidad por el hecho» en modo alguno hace decaer el injusto. Es más, creo que el auténtico y legítimo propósito de MAURACH no reside tanto en su idea, tantas veces destacada, de que la responsabilidad por el hecho se fundamenta «en el poder presunto de la persona media», sino que más bien se expresa en otra formulación, por cierto incidental: se da responsabilidad por el hecho cuando la acción puede considerarse «como producto de una resolución adoptada en una *situación motivacional media*» (MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 328; cursiva mía). Claro que el que en los supuestos de inexigibilidad falte precisamente la «situación motivacional media» es indiscutible, y de ello parte nuestra investigación. ¡Pero esto es algo distinto que el «no-poder la persona media»! Lo que, sin embargo, aproxima discutiblemente la concepción de MAURACH a la de MAIHOFER es la temible cuestión de si es realmente acertado que para el autor que obra en estado de necesidad decaiga ya la responsabilidad por el hecho, mientras que el inimputable o quien se encuentra en error de prohibición inevitable esté *meramente* disculpado.

[217] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 324.

[218] Cfr. *Lehrbuch*, I, pp. 321 ss.

política jurídica. Sin embargo, si su raíz objetiva llega al ámbito de la tipicidad, del injusto o de la culpabilidad, ¡hay que ubicar la presunción allí donde le corresponde al factor que se presume! *La presunción sigue en la estructura del delito a la función dogmática de lo presumido.* La presunción vinculante, únicamente por ser «generalización», no puede pretender ningún puesto propio en el sistema.

El ordenamiento jurídico podría perfectamente decir: no prescribo aquello de lo que presumo que no pueden motivarse por mi mandato los miembros de la comunidad jurídica [23]. Pero el que esto sea lo que haya ocurrido en el estado de necesidad del § 54 StGB es precisamente la cuestión sobre la que versaba la controversia entre las teorías de la causa de justificación y de la causa de exculpación. El propio MAURACH rechaza la teoría de la causa de justificación, con razón sólo porque la consecuencia en otro caso *necesaria* del *derecho* derivado del estado de necesidad no la ha querido ciertamente la ley. (Una causa de justificación que dejara seguir siendo antijurídica a la acción justificada precisamente frente al objetivo de la acción, frente a la víctima, sería en sí una contradicción.) Pero entonces, sólo por el carácter de presunción no se puede «abrir una cuenta especial» en la estructura del delito.

5. Si aciertan estos reparos, entonces tienen que ponerse también de manifiesto con respecto a la *valoración* que contiene la inserción de un grado o escalón especial en la estructura del delito. ¿Es legítimo simplemente exculpar al inimputable o al que sufre error inevitable sobre el deber, pero con respecto al autor en estado de necesidad señalar que está excluida ya la «responsabilidad por el hecho», que no se ha desviado de «lo que puede la persona media»? ¿No se ajusta más bien a nuestro sentimiento jurídico considerar más leve el caso del inimputable, o del que yerra inevitablemente sobre el deber, que los casos de estado de necesidad? ¿No se pone de manifiesto ahí la jerarquía lógica de las valoraciones?

Lo cual puede quizá ilustrarse en el caso concreto: la secuencia de la estructura del delito se corresponde con el sentimiento jurídico natural. Incluso el profano preferirá aducir que su conducta (si es que es típica) no es antijurídica, que el que sea «meramente» exculpable. Lo mismo valdría para la responsabilidad por el hecho con respecto a la reprochabilidad: X le genera a A mediante drogas un estado de trastorno mental patológico que lo hace incapaz de obrar conforme al conocimiento de lo ilícito (§ 51.I StGB). Mediante la amenaza sería de «machacarle» en caso contrario

[23] Cfs. ENGISCH, *Konkretisierung*, p. 94. Así, según la tradición europea, de ningún soldado se exige llevar a cabo acciones que, con probabilidad rayana en la seguridad, comportan su muerte; tiene que existir al menos una última oportunidad de sobrevivir (*vid.* V. WEBER, *Notstandsproblem*, pp. 92 ss.). No se abordará aquí si ya no sería lícita la orden que requiriera sacrificar la vida, esto es, si el *ordenamiento* jurídico verdaderamente ha extraído las consecuencias referidas en el texto. En todo caso, queda impune el soldado que no cumple la orden, aun cuando no le sea de aplicación el § 54 StGB [estado de necesidad].

reprochabilidad, sino justo a la inversa, un *plus;* para la punibilidad no hay que verificar únicamente la imputabilidad y el posible conocimiento del injusto, sino *además* la ausencia de causas de inexigibilidad.

3. Para MAURACH es determinante la «generalización» y la «presunción» en los casos de estado de necesidad y en algunos otros. Sin embargo, este hecho incontrovertible no alcanza a cambiar nada en las estructuras ni en la secuencia lógica, como pone de relieve la siguiente reflexión:

En el desglose del complejo concepto de culpabilidad de la teoría normativa de la culpabilidad, MAURACH [319] atribuye todos los elementos «generalizadores» a la «responsabilidad por el hecho», y todos los elementos «de la individualidad personal del sujeto actuante» a la «culpabilidad». Así, el § 1.III JGG («tener menos de catorce años») lo trata como «exclusión de la responsabilidad» [320], mientras que, por lo demás, la imputabilidad, en tanto que «susceptible de análisis individualizado», no deja de ser elemento de la «culpabilidad». Pues bien, no es difícil pensar en una regulación legal que, a partir de los §§ 51 y 55 StGB [321], haga «generalizaciones», p. ej., enumerando los *tipos* de enfermedades, prescindiendo del efecto concreto en el caso particular [322]. También la «consciencia potencial de la antijuricidad» es en todo caso accesible *de lege ferenda* «a una nivelación con arreglo a las exigencias válidas para la persona media». Únicamente hace falta, como de hecho se planteó el Pleno de la Comisión de Derecho Penal, limitar la punibilidad del error de prohibición evitable a los casos de temeridad (o bien —de manera materialmente desacertada, pero sin duda posible desde el punto de vista de la técnica legislativa— hacer responder sólo cuando existe consciencia de la antijuricidad).

Sea como fuere, cabría pensar en —aun cuando no preconizar— modificar la composición de la culpabilidad de manera que *la totalidad* de los elementos de la «culpabilidad» en el sentido de MAURACH se convirtieran en «presunciones vinculantes», en elementos generalizadores y tipificadores. Entonces, desde la perspectiva de MAURACH, la culpabilidad habría desaparecido del *sistema*; todos sus elementos quedarían desplazados a la «responsabilidad por el hecho». El resultado sería que *¡quien ha obrado con «responsabilidad por el hecho» ha obrado también culpablemente!* Y es que, obviamente, nada se modifica en el principio de culpabilidad porque en buena medida se presuma la inculpabilidad.

4. Las presunciones en Derecho penal deben su origen a razones de utilidad, ya sean de carácter político-criminal, procesal o, en general, de

[319] *Lehrbuch*, I, pp. 321 ss.

[320] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 322.

[321] Los §§ 51 y 55 StGB regulan las causas de inimputabilidad plena o de imputabilidad mermada [N. de los TT.]

[322] Con todo, la praxis judicial procede muchas veces de este modo. Con razón pregunta LANGE (*ZStW*, 68, p. 605) «si no ha de asociarse esencialmente al juicio jurídico de culpabilidad un resto terrenal de generalización».

(§ 52.I StGB), X hace que A dispare desde la ventana a B, amigo de A, pero éste yerra el tiro. ¿Con qué argumento va a intentar A reconciliarse con su amigo? ¿Aludiendo al estado coactivo y señalando que él no se ha desviado de lo que no puede la persona media? ¿O invocando las drogas desinhibidoras, que determinan la inimputabilidad? ¿Y cuál de ambas aceptaría antes B? No creo que la respuesta sea dudosa. Aquí también se confirma el resultado de nuestra investigación, en el sentido de que la inexigibilidad ha de ubicarse *detrás de* la reprochabilidad, por afectar a la cuantificación del reproche de culpabilidad existente.

6. Pero así se han indicado ya los reparos que desde el punto de vista aquí desarrollado cabe aducir contra la teoría de la responsabilidad por el hecho. De la heterogeneidad que percibe en los elementos del concepto dominante de culpabilidad, MAURACH extrae consecuencias sistemáticas, construyendo un grado especial del delito al que denomina «responsabilidad por el hecho». Pero materialmente en los casos de estado de necesidad persevera en la línea de la teoría que admite aquí una presunción de la inimputabilidad. En contra de esta presunción en sí cabe esgrimir dos objeciones:

a) No es capaz de explicar por qué el estado de necesidad tiene que no haber sido causado por el sujeto, idea que precisamente MAURACH subraya y con razón traslada al § 52 StGB. Para la presión motivacional esto carece de trascendencia. Otro tanto puede predicarse del estado de necesidad putativo. Cuando MAURACH aplica aquí las reglas del error de prohibición [234], ello es incompatible con el «no-poder» generalizador. Ambos extremos únicamente pueden defenderse y explicarse siendo conscientes de que la acción en estado de necesidad se valora ya desde la perspectiva del injusto y que aquí comporta una *disminución del injusto* [235].

b) Si esta consideración parece a primera vista reforzar la idea de, con MAURACH, integrar las causas de exclusión de la exigibilidad más cerca del injusto, entre éste y la reprochabilidad, la segunda objeción da lugar al resultado inverso: la presunción de la inexigibilidad en los casos de estado de necesidad es en realidad una ficción, pues sólo muy excepcionalmente la situación de necesidad excluye la capacidad de motivarse de conformidad a la norma [236], y entonces se aplica el § 51 StGB. Falta toda base en la vida real para explicar los §§ 52 y 54 StGB mediante una «presunción vinculante» de que ha existido una situación motivacional que comporta la *inimputabilidad*. Lo cual se pone de manifiesto —si es que aún hace falta— en comparación con el § 1.III JGG, que MAURACH incluye, asimismo, en la responsabilidad por el hecho (siendo así que realmente pertenece a la reprochabilidad, en unión del § 51 StGB). La presunción de

[234] *Lehrbuch*, I, p. 419.
[235] *Vid. supra*, pp. 170 ss.
[236] Pormenorizadamente *supra*, p. 168.

que los niños menores de catorce años, si bien quizá posean el conocimiento de lo ilícito, no así la capacidad de comportarse de conformidad con éste, tiene una base real, incluso estadística, en la madurez del niño, mientras que en los casos de inexigibilidad no cabe hablar de ello. ¡Lo que en realidad la ley presume aquí con razón es una *reducción* de la capacidad de motivarse de conformidad con la norma! [227] *Esta* presunción sí que tiene base objetiva, pero no alcanza a sustentar la inserción de un grado como el de la «exclusión de la responsabilidad» con carácter *previo* a la culpabilidad en sentido estricto; pues, viceversa, la culpabilidad reducida presupone la existencia del reproche de culpabilidad [228].

Haber advertido la necesidad de «desgajar componentes heterogéneos de un concepto en realidad no cerrado incluso según la doctrina dominante, como el de la "culpabilidad" en el sentido de la doctrina tradicional» [229], constituye un mérito de la teoría de la responsabilidad por el hecho, así como la idea de que es la exigibilidad la que debe desgajarse. Pero la integración de la exigibilidad no ha de realizarse *delante* del escalón o grado de la reprochabilidad, sino *detras* de éste, puesto que el contenido de la exigibilidad reside en determinar la *medida* del reproche de culpabilidad existente. En el fondo, de este modo se materializa un deseo que se ajusta propiamente a la teoría normativa de la culpabilidad [230].

---

[227] *Vid. supra*, p. 173.

[228] Las consecuencias ulteriores que MAURACH (*Lehrbuch*, I, pp. 329 ss.) asocia a la falta de responsabilidad por el hecho no alcanzan a sustentar, al menos por sí solas, este grado especial de la estructura del delito. En la doctrina de la participación, bien es verdad que parece satisfactoriamente resoluble un caso hasta ahora medular para los partidarios de la «teoría final del dominio del hecho», al extender la accesoriedad al «obrar con responsabilidad por el hecho»: la condición de cómplice de quien obra en estado de necesidad coactivo. No obstante, no puede negarse el dominio final del hecho a quien realiza íntegramente el tipo dolosamente y por sí solo (en otro sentido WELZEL, p. 89: «complicidad inculpable»); quien coacciona es siempre inductor y por lo general también coautor (en otro sentido WELZEL, *loc. cit.*: «autoría mediata»).

Con respecto a las medidas para inimputables, hay que señalar básicamente que se exige en exceso a un sistema del hecho *punible* si éste ha de tener disponible un escalón de su estructura para medidas *de utilidad*. Acertadamente señala BOCKELMANN (*Untersuchungen*, p. 85, nota 123): «En los inimputables, los §§ 52 y 54 excluyen no la propia culpabilidad, sino sólo la posibilidad de plantear un pronóstico de peligrosidad». Por lo demás, desde el punto de vista que aquí se mantiene pueden fundamentarse también las consecuencias sistemáticas a que apunta MAURACH indicando que la magnitud del injusto no basta aún para las medidas de seguridad.

De las «consecuencias para la Parte Especial» sólo hay que tratar aquí el delito de omisión del § 138 StGB. He de entender a MAURACH (*Lehrbuch*, I, p. 332, apdo. 3) en el sentido de que dan lugar a deber de denuncia los delitos planeados de inimputables, pero no, en cambio, los de quien se encuentra en estado de necesidad del § 54 StGB o del adolescente de trece años. No obstante, el objeto del § 138 StGB reside en impedir *consecuencias* de delitos, y no meramente en impedir que las personas se aparten de lo que guarde el pronóstico. Toda realización antijurídica típica, planeada o comenzada a ejecutar, de un delito de los enumerados en el § 138, da lugar a deber de denunciar (KANTOROWICZ, *Tat und Schuld*, p. 175; LANGE, *StGB*, § 138, nota IV; SCHRÖDER, *StGB*, § 138, nota II.1; WELZEL, *Strafrecht*, p. 421; BUSCH, *Moderne Wandlungen*, p. 24).

[229] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 325.

[230] *Vid.* en particular Eberhard SCHMIDT, *Lehrbuch*, pp. 229 y 291 ss.; FRANK, *StGB*, p. 137; *vid.*, asimismo, *supra*, p. 173, nota 212, y WELZEL, *Strafrecht*, pp. 137 ss. y 215 ss.

ámbito temático; pero no es posible hacerlo en el marco de la dogmática de la omisión.

Tal vez podría eludirse, o al menos paliarse, esta dificultad mediante un breve análisis de los dogmas de la imprudencia, si la problemática «*de la* imprudencia» no guardase una relación específica con la omisión: el famoso «elemento omisivo» de la imprudencia (por comisión). Es doctrina dominante que caracteriza al delito imprudente un «elemento de omisión» en tal sentido, aun cuando discrepen las opiniones sobre el género de este elemento y sobre las vías dogmáticas para tenerlo en cuenta. La evolución dogmática del elemento omisivo en la imprudencia la han expuesto sobre todo BINDING [231] y ENGISCH [232]; ambos remiten en buena medida la imprudencia a la no realización de mandatos de obrar. Para BINDING, toda imprudencia es simultáneamente omisión, a saber, el incumplimiento del «deber de diligencia» de «examinar previamente la acción proyectada en su contenido jurídico» [233]. Según ENGISCH, que remite el contenido de injusto de la imprudencia a la «falta de cuidado», de los tres grupos de infracciones del cuidado requerido, *dos* consisten en la *omisión* de acciones prescritas: el omitir el «cuidado como obrar exterior en situación de peligro» y el «no cumplir el deber de observar el Derecho» [234].

Por destacar sólo algunas voces de época reciente [235], señala MEZGER [236]: «Como la omisión, la imprudencia es, asimismo, un "no hacer algo (se entiende, prescrito)", a saber, el no cumplir un deber de cuidado cuyo cumplimiento habría permitido al autor evitar el hecho y sus consecuencias». SCHRÖDER requiere «que el autor haya infringido un deber de obrar cuidadosamente que le vincula personalmente» [237]. Para NIESE, los delitos imprudentes son «en el fondo igualmente delitos de omisión impropia». El contenido de injusto del delito comisivo imprudente reside «en el "no considerar", contrariamente a deber, las consecuencias no finales», «en la infracción del deber objetivo de cuidado» [238]. GALLAS entiende que «la idea del "desvalor de acción negativo"» ofrece «el punto de partida para una concepción del contenido de injusto típico incluso de los delitos comisivos de imprudencia inconsciente» [239]. En BOLDT, imprudencia y omisión tienen «en común que "se deja de hacer" algo, lo que está prescri-

---

[231] *Normen*, pp. 370 ss.; *Normen*, IV, pp. 322 ss.

[232] *Vorsatz*, pp. 266 ss.

[233] *Normen*, II, pp. 256 ss.; *Normen*, IV, pp. 499 ss.; SCHULD, pp. 121 ss.; al respecto KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 32 y 114 ss.

[234] ENGISCH, *Vorsatz*, pp. 290 ss. y 306 ss.

[235] Con respecto a posturas anteriores, cfr., en especial, GOLDSCHMIDT, *Österr. Z. für Strafrecht*, 1913, p. 157; EXNER, *Fahrlässigkeit*, pp. 76 ss., especialmente p. 83; ENGELMANN, *Rechtsbeachtungspflicht*, pp. 36 ss.; DOHNA, *ZStW*, 27, pp. 331 ss.; HEGLER, *ZStW*, 36, p. 210, nota 99.

[236] *Studienbuch*, I, p. 182.

[237] SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 59.X.6 c d; este deber de obrar se sitúa para SCHRÖDER en el ámbito de la reprochabilidad.

[238] NIESE, *Finalität*, pp. 62 ss.

[239] GALLAS, *ZStW*, 67, p. 42.

Sólo hay que trazar una línea divisoria: lo que hace disminuir (o aumentar) la culpabilidad no puede al mismo tiempo constituir el *concepto* de culpabilidad.

D. EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA IMPRUDENTE

I. Observación preliminar

Parece pertinente estudiar la imprudencia con anterioridad a la «participación» y a la «tentativa», pues por una parte este ámbito temático no debería quedar muy alejado del tratamiento del «delito cuasi-doloso». Asimismo, el tratamiento de la participación ha de remitirse en cierto momento al estudio sobre la imprudencia. Y, por último, debido a la conexión material, conviene tratar la problemática de la «tentativa» en el delito de omisión *propia* inmediatamente antes de la dogmática del delito de omisión *impropia*.

Las consideraciones que siguen, relativas a la imprudencia en el delito de omisión (propia), sólo han de facilitar un esbozo de la problemática, y no —como anteriormente en el delito de omisión propia «cuasi-doloso»— un análisis dogmático pormenorizado. Lo cual está motivado por el actual estado de la dogmática de la imprudencia. A excepción de la problemática de la «relación de antijuricidad», existe amplio acuerdo acerca de la conclusión de si hay que castigar o no por comisión imprudente. Pero la fundamentación de estas conclusiones, así como, ante todo, la estructura dogmática de los delitos imprudentes, son sumamente controvertidos. Si —en el delito de resultado— la *producción del resultado es constitutiva del injusto* o una mera *condición objetiva de punibilidad*, o —como tercera posibilidad— contiene simplemente un *incremento del injusto*, es una cuestión hasta ahora irresuelta. Igualmente se discute que la *infracción del cuidado objetivamente requerido* sea un requisito fundamentador del *injusto*, si bien esta concepción parece cobrar cada vez más auge. Pero sigue completamente abierto en doctrina y jurisprudencia si esta infracción del cuidado objetivo se refiere a la tipicidad o sólo a la antijuricidad (o si ha de considerarse como *la* realización del tipo por antonomasia). Como tampoco pueden considerarse definitivamente aclarados los papeles dogmáticos que desempeñan la *puesta en peligro*, la *adecuación causal y social* y qué *baremos* han de aplicarse en estos conceptos y en la determinación de la medida del cuidado requerido. Este haz de problemas, que se reúne sin tener en cuenta los auténticas cuestiones de la culpabilidad de la imprudencia, puede bastar para justificar el siguiente planteamiento: una aplicación analógica —directa o «inversa»— de los dogmas de la imprudencia por comisión al delito de omisión imprudente se enfrenta a notables dificultades; presupone —en rigor— un análisis de la imprudencia en el delito comisivo. Espero efectuar más adelante una investigación de este

to para evitar un resultado» [240]. Según WELZEL, en los «delitos comisivos imprudentes», «la medida mínima corriente de dirección final para evitar el resultado no deseado está *prescrita*, pero *no realizada*» [241]. Quien, no obstante, «no puede realizar adecuadamente la acción planeada, debe omitirla» [242]. También STRATENWERTH subraya el elemento omisivo de la imprudencia [243]: «Sólo produce imprudentemente un resultado aquel que podría haberlo evitado mediante el obrar pertinente». Yo mismo he defendido la opinión de que el comportamiento imprudente *puede* «consistir en una omisión al realizar una acción», en «omitir el cuidado al obrar». Sin embargo, «junto al *mandato* de realizar determinados actos con determinado cuidado» aparece «la *prohibición*, dirigida a la persona en concreto incapaz de cuidado, de realizar el acto. Así pues, en tanto que quien es incapaz de cuidado obra descuidadamente, se da una omisión (una infracción de mandato), pero en tanto que un incapaz de cuidado realiza la acción que *le* está prohibida, esta actividad final es en sí jurídicamente relevante (infracción de prohibición)» [244].

Estas posturas relativas al elemento omisivo de la imprudencia (comisiva) plantean la cuestión de hasta qué punto cabe distinguir al delito de omisión imprudente de la imprudencia (por comisión) y si la denominada «imprudencia comisiva» en realidad es —total o parcialmente— «imprudencia por omisión». En esto debe profundizar cualquier investigación sobre el delito de omisión al menos en tanto que tenga que determinar lo que se cuestiona como «imprudencia por omisión».

Las consideraciones que siguen procuran resolver estas tareas sin tomar posición con respecto a la específica dogmática de la imprudencia. En particular, van a quedar al margen las cuestiones básicas de la posición del resultado y del carácter de culpabilidad de la imprudencia, así como los pormenores de la delimitación de tipicidad, antijuricidad y reprochabilidad; naturalmente, que el delito de comisión imprudente se distingue del delito de omisión cuasi-doloso ya en el tipo se desprende de reflexiones ya realizadas [245].

A diferencia del modo de proceder de apartados anteriores, en el siguiente se va a preguntar en primer lugar lo que resulta del principio de inversión para el delito de omisión imprudente; de esta manera se pone de manifiesto en qué dirección puede aparecer en el delito de omisión la cuestión de la imprudencia.

---

[240] BOLDT, *ZstW*, 68, pp. 346 ss.
[241] *Strafrecht*, p. 33 (cursiva en el original).
[242] WELZEL, *Strafrecht*, p. 114.
[243] *Natur der Sache*, p. 14.
[244] KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 284.
[245] *Vid. supra*, pp. 125 ss. y 130 ss.

II. Imprudencia y principio de inversión

a) *La realización no querida de la consecuencia pretendida por el mandato*

El delito de *comisión* imprudente —en todo caso en los llamados tipos de causación— se caracteriza por que, en él, se causa un resultado *no* sustentado por una *voluntad* de realización. Un fenómeno correlativo se encuentra en el ámbito del delito de omisión. Aquí puede ocurrir que se alcance el fin del mandato sin que este aparente «cumplimiento de mandato» esté abarcado por la voluntad de realización del causante:

A ha recibido comunicación escrita de un plan delictivo; aun cuando no quiere denunciarlo, adjunta por error ese escrito en una carta a la autoridad o a la persona en peligro. O bien: D, conduciendo de noche, tiene que frenar en seco debido a que el motorista que circula delante de él cae y es despedido a la cuneta; sin socorrerle, D continúa su viaje. Sin embargo, su parada y volantazo repentinos hacen que un conductor que circula en sentido contrario se dé cuenta del accidente y socorra al motorista. En tales supuestos —ciertamente raros— se alcanza el fin del mandato *sin* la acción a él *tendente* de su destinatario. También aquí cabría plantear —análogamente a la realización no querida en el marco del delito de comisión imprudente— la cuestión de la evitabilidad (objetiva e individual). Pero esta cuestión carecería ostensiblemente de sentido, pues falta cualquier deber de cuidado; aquí se ha realizado precisamente una consecuencia jurídicamente *deseada*, mientras que en el delito de comisión imprudente se efectúa de manera no querida un resultado jurídicamente *no deseado*. Desde el punto de vista puramente causal, ha ocurrido lo que el mandato pretendía, pero obviamente no se ha observado la norma, pues el mandato requiere una *acción* de cumplimiento, no conformándose con que «fortuitamente» se alcance el fin pretendido.

Desde la perspectiva de la *imprudencia* por omisión, estos supuestos, en todo caso, carecen de trascendencia: la analogía *directa* con la imprudencia por comisión llama a engaño. También aquí hay que «invertir los signos» con respecto al delito comisivo. Dada la igualdad del supuesto de hecho ontológico —realización no querida de una consecuencia— se cambian los acentos normativos; si falta el dolo con respecto al resultado típico, jurídicamente *no* deseado, *no está realizado* el tipo *de prohibición* del delito de comisión doloso. Por el contrario, si se ha realizado la consecuencia deseada sin voluntad de realización, se ha *realizado* el tipo *de mandato* del delito de omisión cuasi-doloso. En el primer caso se plantea la cuestión de la *imprudencia* (por comisión); en el segundo, el problema de la «*tentativa* (de omisión) inidónea». La cuestión del omitir una tentativa de cumplir el mandato, que sería inidónea porque la consecuencia jurí-

2. También cabe aplicar el principio de inversión a la relación de la producción del resultado con el comportamiento contrario a cuidado:

En el delito comisivo imprudente, la existencia de la contrariedad a cuidado es independiente de la producción del resultado indeseado. Pero la imprudencia es punible únicamente cuando a la infracción reprochable del cuidado objetivamente requerido *se añade la causación del resultado*, pudiendo quedar abierto el responder a si de la producción del resultado depende simplemente la punibilidad o el injusto y (o) la culpabilidad.

En el delito de omisión ocurre lo inverso, porque en él se castiga precisamente la *no* realización de un resultado deseado por el ordenamiento jurídico (pudiendo el «resultado» que ha de alcanzar la acción prescrita consistir en una «evitación de resultado»). Así pues, aquí en la tentativa de cumplir el mandato, a la contrariedad a cuidado ha de sumarse que *a consecuencia de la contrariedad a cuidado no se alcance el fin del mandato*. Si, con ENGISCH [25], se considera como resultado de la denuncia en el sentido del § 138 el aviso a tiempo a las autoridades o a la víctima potencial de un delito inminente de determinada clase, se da imprudencia punible (en el marco de la temeridad) sólo cuando, debido a la falta de cuidado del denunciante, su obrar no ha conducido a que las autoridades o la víctima tengan conocimiento del delito. Si, descuidada (y temerariamente), A manda a un niño de cuatro años para que haga saber a la policía los detalles de un plan de asesinato, sólo cabrá castigar por imprudencia si, a consecuencia de este descuido, la policía no se hace idea del plan en absoluto, o no a tiempo, o no correctamente. En cambio, si el niño lleva a cabo su cometido con rapidez y precisión, se alcanza el fin deseado por el ordenamiento jurídico, «se ha producido el resultado» y no cabe la punición por imprudencia.

3. Otro supuesto en que se aplica el principio de inversión, el del «elemento comisivo» de la imprudencia por omisión, se tratará específicamente en el apartado IV.

4. Quedan así esbozados tres requisitos de la imprudencia por omisión:

a) La imprudencia por comisión presupone que la voluntad de realización —el dolo— no abarca el resultado indeseado. Viceversa, la imprudencia por omisión presupone que exista la voluntad de alcanzar el resultado deseado por el ordenamiento jurídico.

b) En el delito comisivo imprudente sólo cabe castigar si se ha realizado el resultado jurídicamente no deseado. Por el contrario, la punición del delito omisivo imprudente depende precisamente de que no *se haya producido el resultado pretendido por el mandato.*

[25] *Vorsatz*, p. 290.

dicamente deseada se habría realizado, asimismo, de otra manera, se examinará más adelante. Aquí interesa sólo lo paralelo desde el punto de vista dogmático, pero con el signo inverso: la consecuencia causada sin voluntad de realización conduce, en el delito comisivo, a la cuestión de la imprudencia, y en el delito omisivo a la cuestión de la «tentativa inidónea de omisión». Lo cual encaja con una de las dos vertientes de nuestro principio de inversión [246].

b) *La no realización de la consecuencia pretendida por el mandato y perseguida por el obligado*

1. El principio, acabado de aplicar, de que la misma estructura ontológica surte efecto en el delito omisivo de manera inversa que en el delito comisivo, permite, asimismo, otra conclusión: la voluntad de realización que no alcanza el *objetivo* se presenta en el delito *comisivo* como tentativa fracasada (en su caso también como simple acto preparatorio). Por el contrario, en el delito *omisivo*, el mismo fenómeno conduce a la cuestión de la... *«imprudencia»: si fracasa la acción encaminada a cumplir el mandato, hay que comprobar si este fracaso se basa en un falta de cuidado* [247] *que, en su caso, puede ser punible como imprudencia.* Mientras que el delito imprudente comisivo se caracteriza precisamente por la *ausencia* de la *voluntad* de realización, el delito imprudente omisivo presupone que el obligado a obrar *estaba dispuesto* a realizar el mandato, esto es, a alcanzar el fin pretendido por el ordenamiento jurídico. Si falta esta «tendencia a cumplir el mandato», se da —siempre que concurran los demás requisitos, en especial la capacidad de acción— no un omitir imprudente, sino cuasidoloso.

Al mismo resultado lleva la aplicación de la otra modalidad del principio de inversión, la de que el mismo efecto dogmático en el delito omisivo presupone la estructura ontológica inversa a la vinculada a esta figura dogmática en el delito comisivo. La aplicación pertinente del § 59.I StGB al delito de omisión dio lugar ya antes a que la realización supuesta de la tarea impuesta por el mandato ha de considerarse como cumplimiento de mandato [248]. Pues precisamente a *este* caso ha de aplicarse analógicamente el § 59.II [249], esto es, ha de verificarse si el obrar efectuado con tendencia a cumplir el mandato fracasó debido a imprudencia.

---

[246] *Vid. supra*, p. 104.

[247] *Vid. supra*, pp. 130 ss. y 163 ss.

[248] *Cfr. supra*, pp. 137 ss.

[249] § 59: «*Culpabilidad. Error.* (...) II. En la punición de acciones cometidas imprudentemente sólo se aplicará este precepto [esto es, el párrafo I, que establece que las circunstancias del hecho no conocidas no se imputan] en la medida en que el propio desconocimiento no se debiere a imprudencia» [N. de los TT.]

c) Tanto la comisión como la omisión imprudentes reciben el acento de desvalor determinante por la infracción del cuidado objetivamente requerido en el ámbito correspondiente. Pero en la actualidad puede considerarse indudable la afirmación de ENGISCH [251] de que «el cuidado está lejos de designar un hecho inequívocamente material, siendo un concepto formal que recibe su contenido en el supuesto concreto en parte de relaciones finales, en parte de consideraciones normativas». Por eso, de la infracción del cuidado hemos de ocuparnos más en profundidad, sin poder no obstante profundizar en concreto en su aspecto normativo.

III. La contrariedad a cuidado en el obrar con tendencia a cumplir el mandato

a) *La estructura de esta infracción del cuidado*

1. De la tentativa inadecuada de cumplir el mandato se ha hablado varias veces en el curso de esta investigación, de manera que no hace falta ya considerar en profundidad los requisitos de la infracción del cuidado en el ámbito que nos ocupa [252]: Como ejemplo cabe mencionar de nuevo el siguiente supuesto: A, obligado a denunciar un delito, sale corriendo a avisar a la víctima potencial, pero llega demasiado tarde. De haberlo meditado, podría haberse dado cuenta de que llamando por teléfono desde casa de un vecino podría haber denunciado a tiempo [253].

El hecho de que la acción efectuada no haya alcanzado el fin pretendido por el mandato es, pues, el primer (y evidente) requisito de esta «omisión imprudente». No menos obvio es, según las observaciones precedentes, el segundo requisito: que el obligado hubiera podido alcanzar el fin prescrito, de haber empleado todas sus fuerzas intelectuales o físicas. Sólo mediando evitabilidad del error sobre la idoneidad del medio elegido o evitabilidad de la ejecución inhábil o inadecuada de la decisión tomada con conocimiento cabal de la situación puede plantearse la cuestión de la imprudencia. Esta capacidad, no sólo de obrar en general, sino de obrar correctamente, requiere siempre una verificación especialmente detallada, pues precisamente los delitos de omisión propia más importantes se basan en situaciones a menudo apropiadas para causar nerviosismo en el obliga-

---

[251] *Vorsatz*, p. 237.

[252] *Vid. supra*, pp. 125 ss. y 130 ss. Huelga destacar que no se incluyen aquí los casos en que los daños se producen al cumplir el mandato (en particular al socorrer): el «empeño ciego», siempre que *dañe adicionalmente* (y no simplemente no aporte nada), constituye un problema de la imprudencia *comisiva*.

[253] Cfr., asimismo, los ejemplos de A. ROSHDE (*Die Natur*, p. 76): «El sujeto quiere denunciar un delito, pero entrega la carta a un mensajero poco fiable, o cuando acuerda han cerrado la oficina de telégrafos. El sujeto quiere llegar al lugar en cuestión, pero se desorienta y pierde el tren, etc. U omite la medida de reflexión que razonablemente cabe exigir en tales casos de un adulto: no se llega al resultado prescrito y querido por falta de reflexión».

do, menoscabando su capacidad para una elección de los medios debidamente meditada.

2. Pero no sólo con respecto al plan del hecho y a la elección de los medios aparecen la falta de cuidado y, por tanto, la imprudencia. También la situación típica puede ignorarse como consecuencia de la falta de cuidado: el conductor C ve en el campo, cerca de la carretera, un vehículo accidentado, sin poder darse cuenta de que los ocupantes se encuentran aún dentro. C reduce la velocidad de su automóvil porque considera posible que haya ocurrido no hace mucho un accidente y sea necesario socorrer. Sin embargo, por algún indicio, C extrae la errónea conclusión de que se trata de un accidente «de hace tiempo» y sigue su viaje. (O —bastante frecuente— C se dice: hay muchos coches que han pasado sin pararse; *luego* se trata de un accidente antiguo.) C poseía aquí desde el principio el poder de actuación final potencial para una acción de salvamento; en particular se dio la base cognoscitiva de la capacidad de acción, pues C consideró posible —lo que basta— que el socorro fuese necesario. Es sólo la conclusión errónea de que no se encontraban dentro los ocupantes accidentados la que *elimina* el conocimiento de la situación típica (el considerar posible) y, por tanto, la capacidad de acción. Si —supongamos— el cuidado requerido corrientemente exige una verificación más detallada, p. ej., detenerse y examinar el vehículo accidentado, C habrá obrado imprudentemente porque podría haber observado ese cuidado [255].

Tal vez quepa esperar aquí la objeción de que en estos supuestos falta el obrar con tendencia a cumplir el mandato, siendo así que éste, según nuestras consideraciones precedentes, aparecía precisamente como requisito del omitir imprudente. Sin embargo, bien mirado, también en nuestro ejemplo cabe apreciar una «tentativa fracasada de cumplimiento del mandato». C *ha* verificado desde luego si era necesario socorrer (y a tal efecto incluso redujo la velocidad de su automóvil). Ahora bien, por temeraria que sea su conclusión derivada de las circunstancias, su modo de proceder pone de manifiesto que en sí *estaba dispuesto a socorrer*. El obrar con tendencia a cumplir el mandato no requiere en absoluto haber alcanzado la «fase de tentativa», en el sentido técnico del delito comisivo, para excluir la tipicidad del delito de omisión cuasi-doloso [255]. Los aspectos axiológicos por cuya virtud quedan impunes los actos preparatorios en el delito comisivo y, en cambio, es punible —y no en todos los delitos— la tentativa, carecen de validez para la función limitadora del tipo que desempeña la tentativa fracasada de cumplimiento en el delito de omisión.

El supuesto ha de tratarse de modo distinto si C pasa de largo ante el accidente *sin* haber llegado mediante sus observaciones a la conclusión de que ya *no* se encontraban más ocupantes en el vehículo accidentado.

[255] ¡No se habla aquí de la *punibilidad*, de Derecho positivo, de la omisión propia imprudente!
[255] *Vid. supra*, p. 166.

omisión cuasi-dolosa de la eliminación de malas hierbas. Si él mismo deja de lado prematuramente, y de contrariedad a cuidado, sus dudas sobre la existencia de malas hierbas, pensado: «En mi jardín no se crían», se comporta imprudentemente; y también si examina el jardín, pero sin el cuidado necesario, llegando a la conclusión de que no hay malas hierbas en él.

b) *Concepciones discrepantes sobre la existencia o el alcance de la imprudencia en el delito de omisión propia*

Al desvelar la diferencia entre el delito de omisión propia cuasi-doloso y el imprudente, esta investigación no sólo está aislada en su opción conceptual. Asimismo, se sitúa en antítesis material desde el principio con las opiniones de KRUG, STORSBERG y WELZEL, que en el delito de omisión propia no reconocen comportamiento doloso o imprudente, ni trazan una distinción por analogía [258]. Pero quien está dispuesto a llevar a cabo la acción prescrita y no alcanza el fin sólo por falta de cuidado merece un tratamiento totalmente distinto que quien rehúsa seguir el requerimiento del ordenamiento jurídico. El hecho de que tanto la coherencia dogmática como el sentimiento jurídico obligan a esta separación entre omitir «imprudente» y «doloso», ya se ha expuesto con el suficiente detalle, no haciendo falta, pues, volver a incidir en ello [259].

2. Que exista el delito de omisión propia imprudente según la estructura descrita lo discute ostensiblemente FINGER. Su reparo merece más atención por cuanto que precisamente FINGER se ocupa en detalle de la especialidad de la estructura del delito de omisión propia [260]. También FINGER plantea la cuestión de la imprudencia de hecho únicamente para la tentativa inidónea de cumplir el mandato [261]: «El obligado puede... realizar, asimismo, una actividad con la que cree cumplir su deber, mientras que la actividad en su forma concreta no se ajusta al tipo que el legislador tiene en mente. Así, el "socorrer" ... puede ser completamente inidóneo. Sin embargo, no se da el delito de desobediencia, porque la ley deja el completar la norma al criterio del obligado en función de las circunstancias concurrentes. Quien hace lo que, según su convicción, corresponde al contenido del deber en las circunstancias dadas, ha cumplido el deber. Y tampoco puede imputársele una infracción imprudente del precepto si el error sobre la idoneidad de su obrar para cumplir el deber fue evitable» [262].

---

[258] *Vid.* la bibliografía en p. 67, nota 166.

[259] *Vid. supra*, pp. 130 ss. y 164 ss.

[260] *Vid. supra*, pp. 109 ss.

[261] FINGER, *Strafrecht*, 1932 (en STAMMLER), p. 452.

[262] La imprudencia sólo la conoce FINGER en el delito de omisión en forma de «imprudencia jurídica» cuando «el autor permanece inactivo por haber supuesto imprudentemente que no estaba obligado a obrar».

Supongamos que C —como suele expresarse— «se ha dicho» que espera o confía en que no se encuentre ya nadie en el vehículo accidentado, que «no aprueba» que aún haya ocupantes; no por eso deja de realizar el tipo de un delito cuasi-doloso de omisión (§ 330 c StGB), pues sigue considerando posible que se dé la situación típica; es pues plenamente capaz de acción y ha omitido al menos intentar socorrer.

3. Veamos otra vez evidenciadas las manifestaciones de la omisión propia descuidada, imprudente, con uno de los ejemplos más recientes de reglamentación administrativa: el Reglamento de Hamburgo para combatir las malas hierbas, de 4 de marzo de 1957, prescribe, entre otros, a los usuarios de fincas exterminar, p. ej., cardos y mostazas silvestres antes de que maduren sus semillas [256]. Ninguna dificultad presenta la formación del correspondiente tipo de mandato: la situación típica en este supuesto es el crecimiento de cardos, etc., en solares sobre los que se tiene el derecho de uso [257]. La capacidad de eliminar estas malas hierbas presupone el conocimiento de su crecimiento en el solar objeto de uso; el obligado tiene que saber que se crían cardos, etc., p. ej., en su jardín, o considerarlo posible. En esto (así como en lo demás) esta contravención de mandato no depara ninguna dificultad especial; rige todo lo que se ha dicho antes sobre el delito de omisión propia cuasi-doloso.

La imprudencia —conminada con pena a tenor del § 2 del referido Reglamento— es concebible como falta de cuidado en la propia eliminación de las malas hierbas; el Reglamento alude especialmente a este caso cuando prescribe que la eliminación se realice «de manera que se impida que maduren y se diseminen las semillas».

Pero la «infracción imprudente» del Reglamento puede residir, asimismo, en que el poseedor del jardín, sin más reflexión, se tranquilice pensando que en su jardín ya no quedan cardos ni mostazas silvestres. Lo cual incluso encaja con un modo relativamente frecuente de desarrollarse la motivación: el jardinero aficionado lee en el periódico el Reglamento. Pues bien, si, una vez que su pensamiento llega a esta cuestión, cuenta con la posibilidad de que existan malas hierbas en su jardín y posee el conocimiento de la situación típica, si no hace nada, realiza el tipo de la

---

[256] *Boletín Oficial de Hamburgo* [*Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt*], I parte, núm. 14, de 4 de marzo de 1957. El texto completo reza así: «§ 1. Los usuarios de fincas, así como los obligados al mantenimiento de caminos, descampados, terraplenes, zanjas y setos tienen que arrancar, antes de que granen, los cardos, jaramagos, mostazas silvestres y otros abrojos, o segarlos o fumigarlos con herbicida o medios semejantes. Lo cual ha de realizarse de manera que se impida que maduren y se diseminen y diseminación de las semillas.

§ 2. Las infracciones dolosas o imprudentes del § 1 podrán castigarse, como contravenciones, con multa de hasta 500 marcos».

[257] El derecho de uso de la finca ciertamente es un «elemento de la autoría», pero *al mismo tiempo* caracteriza al objeto de la acción requerida, a la situación típica. Con respecto a estos casos de referencia mutua de la caracterización del sujeto de la norma y de la acción regulada, cfr. mi *Normentheorie*, pp. 134 ss. y 157 ss.

Así pues, FINGER coincide con la concepción que aquí se defiende en que también la tentativa descuidada de realizar la acción descrita en el mandato ha de tratarse como cumplimiento del mandato, esto es, no representa un delito de omisión propia cuasi-dolosa. Pero de aquí no se desprende que en estos supuestos no pueda infringirse un deber de cuidado. «Se deja al criterio del obligado la individualización y concreción del comportamiento requerido en la norma» [263] únicamente cuando el fin pretendido por el mandato puede alcanzarse mediante diversas formas de actuar de la *misma* aptitud. Este *límite* de la discrecionalidad lo pasa por alto FINGER, como también pasa por alto, así, el mandato de cuidado que precisamente requiere del obligado la acción de cumplimiento *mejor* posible.

3. Por el contrario, esta investigación se aproxima, en sus resultados relativos a la imprudencia, a la corriente dominante en doctrina y jurisprudencia, dentro de la que cabe situar a la concepción de GALLAS. Y es que la opinión dominante traza un límite entre omisión propia dolosa e imprudente. Bien es verdad que esta separación no se efectúa en el ámbito del injusto, sino sólo en el de la culpabilidad [264]. Por otra parte, la doctrina dominante extrapola el dolo de comisión a la omisión; las fricciones dogmáticas y resultados intolerables que de ahí se derivan ya se han expuesto al tratar la estructura típica del delito de omisión propia cuasi-dolosa. De este modo se suele —en teoría, no en la práctica— extender *en exceso* el ámbito de la omisión propia *imprudente*... a costa del delito de omisión cuasi-doloso, privilegiando al insensible. A partir de aquí se explica, asimismo, en parte que sólo rara vez hayan sido tratadas y expuestas con precisión las manifestaciones del delito de omisión propia imprudente. Con todo, ya Adolf ROHDE señalaba que «se habla de omisión imprudente cuando el obligado, si bien quiere cumplir, efectúa acciones tan poco apropiadas para el cumplimiento, que de ello tendría razonablemente que haberse dado cuenta», añadiendo: «Esta clase de incumplimiento imprudente suele pasarse por alto y por eso quedan a medias las definiciones de la omisión imprudente» [265].

---

[263] FINGER, *Strafrecht*, 1932 (en STAMMLER), p. 452.

[264] También GALLAS (ZStW 67, p. 41, nota 81) entiende que en el delito de omisión «la auténtica diferencia *valorativa* entre el hecho omisivo doloso y el imprudente reside sólo en el ámbito de la *culpabilidad*». GALLAS lo estima «consecuencia del desvalor de acción exclusivamente negativo». No obstante, en la omisión imprudente el «desvalor de acción negativo» se refiere a otra norma, a otro mandato; no es el mandato de obrar (el mandato de evitar el resultado, «mandato principal») lo que se infringe, sino un mandato de cuidado. Ahí se pone de manifiesto con claridad la diferencia valorativa ya en el ámbito del injusto.

[265] A. ROHDE, *Die Natur*, pp. 75 ss. El segundo supuesto de «omisión imprudente» que aduce ROHDE (p. 76) se refiere a la imprudencia jurídica: la persona inactiva no obra «porque ni siquiera piensa que está obligado a obrar, debiendo haberlo pensado».

c) *La punibilidad del delito de omisión propia imprudente*

Cuándo es punible la imprudencia en los delitos menos graves de omisión y en contravenciones de mandatos se rige por los principios generales: la ley ha de ordenar o permitir expresamente la punibilidad del comportamiento imprudente [256].

Puede pasarse por alto hasta qué punto cabe señalar excepciones «cuando resulta con seguridad una voluntad del legislador en este sentido a partir del entorno sistemático o del sentido y finalidad del precepto» [257]. Pues para el § 330 c StGB no es dudosa la impunidad de la imprudencia [258], mientras que en el § 138 StGB la imprudencia sólo puede ser punible cuando constituye «temeridad», lo cual se habrá de analizar.

También en las contravenciones, según la opinión atendible, tiene que quedar impune, salvo prescripción específica [259]. En el ámbito de las contravenciones se prescribe expresamente en el § 11.1 de la Ley de Contravenciones (OWiG).

d) *La «temeridad» del § 138.III en particular*

¿Qué ha de entenderse por «omitir temerariamente la denuncia»? De la atenuación del marco penal en el § 138.III StGB [260] se desprende que en el omitir imprudente ha de tratarse de un comportamiento menos merecedor de punición que en el caso que presupone el § 138.I StGB, siendo igual la valoración de la ley. El empleo del concepto «temerariamente» sugiere que ha de tratarse de una forma grave del omitir imprudente. Asimismo, está fuera de duda según el tenor literal de la ley que la temeridad no puede referirse a la ignorancia de la situación típica del § 138.I StGB (esto es, de la existencia de determinado plan delictivo). Así pues, es evidente referir aquí la temeridad a los supuestos de proceder descuidado en que media la tendencia a cumplir el mandato en el sentido ya indicado.

No obstante, no cabe dar sin más por sentado que la tercera Ley de modificación del Código Penal con el concepto de «temeridad» enlace con distinciones como las que se deducen de esta investigación. Desde luego,

---

[256] BINDING, *Grundriß*, p. 124; MEZGER, *LK*, I, 8.ª ed., p. 528; V. WEBER, *Grundriß*, p. 86; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 465; WEGNER, *Strafrecht*, p. 184.

[257] Así *BGH*, 6, p. 131; WELZEL, *Strafrecht*, p. 111.

[258] *RGSt*, 75, p. 163; 77, p. 305; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 467§; *Lehrbuch*, II, p. 409; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 330 c, nota III; SCHWARZ, *StGB*, § 330 c, nota 2.

[259] BINDING, *Grundriß*, p. 124; R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 368; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 409; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, ante § 360; WEGNER, *Strafrecht*, p. 186.

[260] § 138: «*Omisión de denuncia de delitos planeados.* (...) III. Quien omitiere temerariamente la denuncia, aun habiendo conocido de manera fidedigna el propósito delictivo, será castigado con prisión de hasta un año o con multa» [N. de los TT.]

deja pasar *inconscientemente* el momento crítico. Claro que también *puede* concurrir una omisión cuasi-dolosa cuando el obligado —casi siempre por indiferencia— no ha pensado en absoluto acerca de la realización correcta y a tiempo de la denuncia, o no ha adoptado las precauciones necesarias al efecto. Castigar en estos supuestos sólo por temeridad del § 138.III StGB comportaría privilegiar la indiferencia, extremo al que tantas veces hemos hecho mención. Quien, a pesar de conocer el plan delictivo, no se plantea en absoluto cómo podría evitarse el delito mediante la denuncia *a tiempo*, no puede recibir mejor tratamiento que aquel que, si bien se lo ha planteado, no se esforzó a tiempo en tomar la decisión de actuar, o en ejecutarla.

También la frase citada de la Exposición de Motivos parece aludir a los supuestos en que, si bien está presente en el omitente una *tendencia a evitar el delito*, éste tardó temerariamente en avisar, o realizó defectuosamente el aviso. En estos casos de tentativa descuidada de cumplir el mandato, en realidad suele existir necesidad de punición precisamente por el modo de presentar la denuncia, mientras que por otra parte no todos los casos de omitir imprudente son merecedores de punición. Aquí es necesario distinguir entre los diversos supuestos de comportamiento descuidado:

Por una parte, se presentan como merecedores de punición muchos casos de «olvido» de presentar la denuncia [272], a lo cual se añade que es difícil trazar la línea divisoria con el omitir cuasi-doloso en el caso concreto. Pueden merecer punición, asimismo, algunos casos de falta de cuidado en la propia presentación de la denuncia. Por el contrario, no parece merecer punición el «celo ciego» que no ha servido para nada [273]. Donde estuvo ausente el cuidado precisamente debido al celo con que se persiguió evitar el delito, se comprenderá que sea escaso el contenido de injusto y de culpabilidad.

En esta línea habrán de buscarse los límites del omitir «temerario» del § 138.III StGB. Naturalmente, no se trata de una línea divisoria dogmática exacta, sino de una distinción cuantitativa en el contenido de injusto y de culpabilidad.

IV. El «elemento comisivo» de la imprudencia omisiva

a) *Problema que se plantea*

En primer lugar, hay que señalar, negativamente, aquello a lo que en lo sucesivo *no* se alude con la expresión «elemento omisivo», el correlato del elemento comisivo:

[272] Acerca de estos supuestos, cfr. *supra*, pp. 165 ss.
[273] Cfr. el ejemplo indicado *supra*, p. 186.

parecía no ser cuestionable hasta ahora la existencia de «dolo de omisión». En la Exposición de Motivos de la Ley se señala con respecto a la temeridad [71]: «La punición sólo ha de afectar a aquel que, a pesar de un conocimiento fidedigno en tal sentido, no lleva a cabo, por temeridad, el comportamiento exigido por el legislador, o bien tardando en presentar la denuncia necesaria hasta que... ya no es posible evitar el delito, o temerariamente no efectuando la denuncia necesaria, o haciéndolo defectuosamente, p. ej., no presentándola en el lugar adecuado».

Quien conscientemente tarda tanto en presentar la denuncia que ya no es posible evitar el delito, desde luego que ha realizado el tipo del delito de omisión cuasi-doloso (§ 138.I StGB), pues no ha tomado a tiempo la decisión de denunciar, ni mucho menos ha comenzado a realizar tal decisión. Hasta para la mayoría de los partidarios del «dolo de omisión» habría en estos casos que afirmar el dolo. El «tardar conscientemente», sin embargo, tampoco parece estar aludido en la Exposición de Motivos. Más bien sólo cabe plantearse en principio los supuestos en que el omitente

[71] WELZEL (*Strafrecht*, p. 422), que comparte en general la postura contraria a privilegiar la insensibilidad, decide *aquí* en otro sentido. Identifica el «omitir temerariamente la denuncia del delito» con el «omitir inconsciente». Lo cual comporta, por una parte (esto es, en los supuestos tratados en el texto), la punición injustificadamente atenuada (en tal sentido, claro, la doctrina dominante desde el punto de vista del dolo de omisión); por otra parte, resultan castigados por el § 138.III StGB supuestos de imprudencia que no alcanzan el grado de «temeridad». Se hace perceptible aquí que WELZEL no distingue entre omitir cuasi-doloso e imprudente. No obstante, hay que conceder a WELZEL (*Strafrecht*, p. 422) que la distinción entre omitir consciente e inconsciente presenta relevancia para la reprochabilidad, pues el omitir conscientemente *antijurídico* presupone el omitir consciente. Sin embargo, esta distinción resulta, a mi entender, de la aplicación de las reglas del error sobre la antijuricidad al § 138.I StGB, y no del § 138.III StGB.

Lo cual lleva a GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 64) a observar lo siguiente: «En los tipos referidos a omisiones cuya dañosidad social no es evidente sin más» está «prácticamente excluido que aquel que no conoce la existencia de la norma jurídica llegue a plantearse la acción. Aquí, el conocimiento del deber jurídico es presupuesto práctico —cuando no parte— del dolo». Esta idea parece facilitar un argumento en pro de la concepción —no compartida por GRÜNWALD— de que la consciencia de lo ilícito es parte del dolo en el ámbito de la legislación penal especial. Naturalmente, desde el punto de vista nuestro desaparece tanto este problema como ese argumento, pues no hay «dolo de omisión». Pero aun siguiendo la doctrina del «dolo de omisión», no cabe extraer de aquí argumento alguno en favor de la aplicación de la teoría del dolo: bien es verdad que en muchos casos del Derecho penal secundario no es sólo el conocimiento de la «situación típica», sino el conocimiento del mandato, lo que puede conducir a pensar en la acción (prescrita) y en la capacidad de llevarla a cabo. Así pues, lo que suele entenderse por «dolo de omisión» presupone el conocimiento del mandato. ¡Pero el conocimiento del mandato (abstracto) no es lo mismo que el conocimiento del deber de obrar *concreto* y que la consciencia de la antijuricidad! De la contrariedad a deber y a Derecho sólo puede llegar a ser consciente aquel que sabe que en la situación dada podría actuar, esto es, quien omite conscientemente (cfr. *supra*, pp. 79 ss.). ¡poseyendo, así, el «dolo de omisión»! La consciencia de la antijuricidad del omitir presupone precisamente una omisión consciente. Por lo demás, tampoco en la legislación penal especial está «prácticamente excluido» que el omitir consciente se materialice sin conocimiento del mandato abstracto: el piloto que no le muestra la luz blanca a popa a un convoy de barcazas que le adelanta puede haber reflexionado sobre ello y haber omitido *conscientemente*, aun no teniendo ni idea del mandato en este sentido de la ordenanza de navegación. Cfr. WARDA (*Blankettstrafgesetz*, p. 38), quien —en definitiva con buen criterio— limita el «dolo» al conocimiento de la situación típica.

1. No se trata de la falta de la motivación conforme a la norma. En la medida en que quepa encontrar aquí ontológicamente un «elemento omisivo», desde luego éste es común a *todas* las clases de delitos, tanto a los comisivos como a los omisivos, a los (cuasi-)dolosos como a los imprudentes.

2. Tampoco se alude a la falta de verificación de la situación jurídica, estrechamente relacionada con la motivación conforme a la norma, esto es, a una vulneración de «mandatos» de poner atención, de informarse, etc. En realidad no existen tales mandatos, como ya hemos visto [234]. Lo cual es también trascendente para la imprudencia: *ha de distinguirse con claridad entre el no desplegar el cuidado objetivamente requerido en la vida de relación, por una parte, y el omitir el examen de qué medida de cuidado se requiere, por otra.* Sólo hay mandatos de cuidado, pero no mandatos de averiguar el contenido o el alcance de los mandatos de cuidado. En la teoría de la culpabilidad se responde a la cuestión de la reprochabilidad de la infracción de deber jurídico *previamente* verificada, y esta respuesta no puede consistir a su vez en la verificación de una (de otra) infracción de deber [235].

Pero también el concepto «elemento comisivo» requiere una delimitación negativa:

1) La búsqueda de un elemento de acción dentro de la omisión —p. ej., en el sentido de la teoría de la interferencia— está condenada al fracaso.

2) Tampoco se trata de la cuestión de si hay «delitos de omisión por comisión», como en ocasiones se ha admitido [236].

Más bien hay que comprobar si existe, en el ámbito de la omisión, algo análogo al famoso «elemento omisivo» de la imprudencia (por comisión), esto es, un «elemento comisivo» de la imprudencia omisiva. Se plantea al respecto en seguida, como vimos antes, la cuestión de si (y hasta qué punto), en virtud del «elemento omisivo», la imprudencia se convierte en *delito* de omisión; y si, viceversa, en virtud del «elemento comisivo» queda constituido un delito comisivo imprudente. Pero esta cuestión no cabe esclarecerla sin antes haber analizado el elemento omisivo y el elemento comisivo para la imprudencia globalmente considerada, lo cual no puede efectuarse en esta investigación, y ni siquiera es necesario, ya que sólo ha de atenderse a la *relación* entre aspecto comisivo, de una parte, y aspecto comisivo, de otra.

En lo sucesivo se estudiará la cuestión del elemento comisivo y omisivo de la imprudencia de la mano de ocho grupos de casos. La mitad de

[234] Cfr. *supra*, pp. 159 ss.
[235] Cfr. *supra*, pp. 10, nota 39, y 160.
[236] Cfr. V. Overbeck, *GS*, 88, pp. 319 ss., con bibliografía; en profundidad *infra*, pp. 206 ss.

ellos se refiere a lo que *prima facie* se presenta como *imprudencia comisiva*, casos de causación no dolosa del resultado en relación con una infracción de cuidado (reprochable); estos cuatro grupos de casos se denominan *x*. La otra mitad de esta clasificación provisional se refiere a lo que *a primera vista* puede aparecer como imprudencia por omisión, casos en que un obrar con tendencia a evitar el resultado (tentativa de cumplimiento) no ha conducido al resultado deseado por el ordenamiento jurídico —resultado que a su vez puede consistir en la evitación de un resultado no deseado—, estando en relación con una infracción de cuidado (reprochable); estos cuatro grupos de casos se identifican como *y*. No se afirma que esta clasificación sea inatacable o determinante, pero sí que se ajusta al primer modo de preguntar con el que cabe —incluso desde la perspectiva de la doctrina dominante— aproximarse a estos casos. Cautelarmente ha de señalarse una vez más que esta división no pretende expresar concluyentemente que los casos denominados con la *x* sean «delitos comisivos imprudentes» y los denominados con la *y*, «delitos omisivos imprudentes».

Dentro de esta primera división bimembre se forman respectivamente cuatro grupos que se *corresponden* con los casos designados con el mismo número —p. ej., x_3 e y_3—, en cada caso con signo *inverso* en la estructura *ontológica*, en el sentido de nuestro principio de inversión. En cada uno de los ocho grupos de casos se ha buscado determinar si el acento de desvalor (en el sentido de desvalor de acción o de omisión) se vincula a un «elemento comisivo» o a un «elemento omisivo». Con respecto a este planteamiento no hay nada que no cupiera discutir (o que si no es controvertido es sólo porque no se haya percibido como problema). Como aquí no se pretende exponer un análisis de la imprudencia, la investigación se conforma con afirmar sólo como hipótesis de trabajo cuándo y por qué en cada caso es un elemento comisivo u omisivo el que sustenta el juicio de desvalor. Y es que aquí se trata sólo de establecer la relación entre omisión y comisión, lo que significa que los casos que se correspondan inversamente hay que basarlos en el silogismo inverso.

b) *Grupos de casos*

x_1) A dispara entre la maleza a una campesina creyendo que se trata de un jabalí. El propietario prende fuego a un refugio de cazadores creyendo que está en su finca. Aquí se encontrará el contenido de injusto en un elemento *comisivo;* el cuidado requiere de A y B no realizar (en absoluto) *estas* acciones. (Cualquiera tuvo que omitir en estas circunstancias las acciones de disparar o de prender fuego.)

x_2) C efectúa una maniobra de adelantamiento arriesgada atropellando a un ciclista que se aproximaba circulando en la dirección contraria; C,

y_3) H ha observado cómo N se despeñaba. No toma a tiempo las medidas necesarias para una acción de socorro con éxito, lo que habría tenido que percibir y habría podido realizar; por eso fracasa su acción de salvamento. Un tercero, escalador experimentado, debido a la acción de H, se abstiene de efectuar la acción de socorro *que tendría éxito* (de lo que podría haberse dado cuenta H). Según la situación, no habrían podido intervenir dos personas para socorrer. Aquí puede hacerse recaer el acento de desvalor en un elemento *comisivo:* en que H, en *estas* circunstancias, ha realizado la tentativa de salvación [276].

y_4) C sufre error evitable creyendo que sabe realizar maniobras de reanimación adecuadas a P, acabado de rescatar de las aguas. Debido a la enérgica intervención de C, un motociclista presente omite llamar al médico cercano. P, que podría haberse salvado con la intervención a tiempo del médico, muere —si bien no a causa de, sí— a pesar de los intentos de C. Aquí parece que el injusto está constituido por un elemento *comisivo*, por el intento de salvación que impidió el socorro de otros.

c) *Elemento omisivo y elemento comisivo de la imprudencia*

En los ejemplos precedentes no se ha intentado, por subrayarlo una vez más, esclarecer la delimitación entre delito omisivo y comisivo dentro de la imprudencia, lo cual debe reservarse a un análisis más profundo. En la mayoría de los supuestos mencionados —si no en todos— se encontrarían argumentos para hacer recaer el acento de desvalor en otro lugar, en vez de en el elemento comisivo en uno omisivo, o viceversa.

Pero tampoco se trata de ello en este lugar. Lo único que cabe afirmar es que con la misma argumentación con que se aprecia en los supuestos designados con *x)* un elemento comisivo (u omisivo), hay que afirmar en los supuestos designados con *y)*, de estructura inversa, un elemento omi-

---

ción cuidadosa— de su eficacia *causadora*. Inversamente, en el caso y_2 la acción cuidadosa tiene que *tener lugar* (sólo) porque otro factor —la intervención de un tercero con capacidad de salvar— *no* puede despojarla en concreto de su efecto de *evitar* el resultado.

[276] En todo caso, este supuesto, en función de su estructura, es inverso al grupo x_3: si allí es correcto situar el contenido de injusto no en que se ha llevado a cabo la acción peligrosa (y causadora del resultado), sino en que no se ha observado en su configuración el cuidado necesario y posible para evitar el resultado, también tendría que ser *aquí* correcto situar el contenido de injusto no en el omitir las precauciones de seguridad, sino en que se llevó a cabo *este* intento de salvación que impidió otra acción salvadora eficaz. Dicho de otro modo: en x_3 *no ha tenido lugar* el inhibir mediante el cuidado posible que el obrar *causara* el resultado. En y_3 *ha ocurrido* el inhibir, mediante un obrar evitablemente descuidado, que la intervención del tercero *evitara* el resultado. Pero también cabría decir: en el caso x_3, una *acción* en que estaba ausente el cuidado configurador y, por ende (!), en sí descuidada, ha *causado el resultado;* en el caso y_3, debido al *omitir* observar el cuidado, *no se ha evitado el resultado*. En esta posibilidad de interpretación alternativa reside lo problemático de estos dos grupos de casos, materia en la que aquí no cabe profundizar más y que, en todo caso, nada cambia en la referencia recíproca de x_3 y y_3.

según su capacidad como conductor, no estaba en condiciones, según las condiciones imperantes, de llevar a buen término la maniobra. También aquí es determinante para la valoración del injusto un elemento *comisivo*; C no debería —en función de su (falta de) capacidad— haber adelantado. (A diferencia de x_1, era sólo C quien no debía haberlo hecho; quien desplegase el cuidado requerido sí podía.)

x_3) Habiendo manejado a tiempo el cambio y el volante con precisión, D habría estado en condiciones de culminar su maniobra de adelantamiento sin atropellar al ciclista que se aproximaba; ha dejado, no obstante, que falte esta dirección final cuidadosa, posible para él. Aquí parece recaer el acento de desvalor en un elemento *omisivo*, en el omitir la dirección cuidadosa al adelantar. (Y es que, a diferencia de x_2, D podía desplegar personalmente ese cuidado.)

x_4) E ha conducido su coche por la ciudad con todo el cuidado requerido. E se da cuenta, asimismo, de que el semáforo cambia de repente a rojo, pero (debido a un fallo justificable al reaccionar) fracasa en el intento de frenar a tiempo y atropella a un peatón. Aquí parece que el acento de desvalor recae en el *omitir* frenar a tiempo, requerido por la norma de cuidado [257].

y_1) F, que no sabe nadar pero está dispuesto a socorrer, debido a la falta de cuidado no se da cuenta del salvavidas con el que podría haber socorrido a la persona que se ahogaba. Aquí el contenido de injusto parece basarse en que se ha *omitido* la elección cuidadosa de los medios al intentar salvar. (Cualquiera tendría que haber intervenido en esta situación y buscado posibilidades de salvación con el mayor cuidado; ahí reside la correspondencia inversa con el caso x_1.)

y_2) G pretende socorrer a M, que se ha despeñado. Al proceder sin el cuidado que le era requerido y posible fracasa en el plan de salvación. Con la intervención de G hay un tercero que se abstiene de actuar —objetivamente *sin perspectivas de éxito*—, por su parte, para salvar a C. Aquí se encontrará el contenido de injusto del comportamiento de G en un elemento *omisivo*, en el no desplegar el cuidado posible en el intento de cumplir el deber de socorro [258].

---

[257] Este grupo de supuestos se distingue del caso x_1 en que aquí la acción —conducir— «en sí» sea quizá peligrosa, pero en todo caso arriesgada de modo permitido, socialmente adecuada, y la falta de cuidado aún no existe mientras se conduce. (En casos así Engisch —*Vorsatz*, pp. 291 ss.— aprecia un delito de omisión *impropia* imprudente, mientras que *BGHSt*. 11, pp. 1 ss. —sin demostrarlo en absoluto— y Mezger —*JZ*. 158, pp. 281 ss.— dan por sentado un delito comisivo imprudente.) En esta peculiaridad se basa, asimismo, la relación inversa con el caso y_2: allí *no* se ha omitido una acción cuidadosa, sino que tenía que *no haberse realizado* la acción entera; aquí —en x_4— se ha omitido la acción cuidadosa, mientras que la acción entera *podía tener lugar*.

[258] A diferencia del caso y_2, aquí el cuidado omitido por G no era necesario en toda circunstancia, sino sólo en el sentido de que el tercero dispuesto a salvar no estaba en condiciones de hacerlo. La analogía con signo inverso entre y_2 y x_2 reside en lo siguiente: en el caso x_2 debía *no tener lugar* la acción (sólo) porque no puede *privársela* en concreto, mediante otro factor —mediante la direc-

sivo (o comisivo). *Con el mismo alcance en que en el ámbito de lo que* prima facie *se presenta como imprudencia por comisión, hay* elementos *de omisión, con ese mismo alcance tiene que haber en el ámbito de lo que en principio se designa como «imprudencia por omisión», elementos comisivos.*

En caso de que (y en tanto que) debido al elemento omisivo hubiera que apreciar un delito *de omisión imprudente, viceversa, debido al elemento comisivo, habría que afirmar un delito comisivo imprudente.*

El problema de hasta qué punto la «imprudencia» incorpora un elemento omisivo se formula desde la perspectiva de los delitos de comisión; desde la de los delitos de omisión se plantea la cuestión de en qué medida la imprudencia contiene un elemento comisivo. En los supuestos x_1 y x_2, el acento de desvalor parecía recaer en un elemento comisivo; viceversa, en los supuestos y_1 e y_2, en un elemento omisivo. Si se quiere considerar, supongamos, al supuesto x_3 no como caso del elemento omisivo, sino comisivo —en favor de lo cual ciertamente hay argumentos—, el mismo razonamiento comportaría para el grupo de casos y_3 hacer recaer el acento no en el elemento comisivo, sino en el omisivo. Y si se cree que depende de si la falta de cuidado reside en un omitir o en un cometer también el que se trate de un delito omisivo o de uno comisivo, entonces los grupos de casos x_1, x_2, y_3 e y_4 lo serían de delitos *comisivos* imprudentes, y los supuestos y_1, y_2, x_3 y x_4 tendrían que considerarse delitos *omisivos* imprudentes [30].

Puede y debe quedar abierto aquí cómo han de ponerse los acentos y cómo ha de trazarse, en definitiva, el límite entre el delito comisivo imprudente y el delito de omisión propia imprudente. De lo que se trataba era sólo de resaltar el principio de la reciprocidad: *el controvertido papel del «elemento omisivo» se corresponde con un papel igualmente controvertido del «elemento comisivo».*

[30] Esta cuestión en modo alguno presenta sólo interés teórico: si, p. ej., el supuesto y_4 —o el y_3— se califica como delito comisivo imprudente, la conducta sería punible por el § 222. Si, en cambio, se califica como delito de omisión propia imprudente, se dará lugar a la impunidad, porque en el § 330 c StGB no está conminada con pena la imprudencia. Para resolver concluyentemente estas cuestiones, a esta investigación le faltan los instrumentos, para lo cual se requeriría un análisis pormenorizado del ámbito de la imprudencia en su integridad.

E. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA

I. El omitir la participación en el cumplimiento del mandato

a) *La «participación» como objeto del deber*

El mandato requiere siempre actuar en dirección al fin pretendido «lo mejor posible» [28]. Pero el mandato no exige que el obligado realice *personalmente* la acción descrita en el mandato en todas sus partes. La realización *de propia mano* de un acto se prescribe *únicamente* cuando ello es *necesario:* el director de una empresa que, fuera de ésta, es testigo de una desgracia, también cumple su deber de socorro *enviando* a un capataz prudente y a algunos trabajadores y llamando el médico próximo. De este modo cumple su deber mejor incluso —en función de las circunstancias— que si se apresurara personalmente, pero él solo, a socorrer. Si la acción prescrita la puede cumplir del mismo modo un tercero que el obligado, éste se ve exonerado si se pone en contacto con el tercero teniendo la certeza de que éste va a cumplir el deber *por él.* Si el testigo del accidente, que lleva prisa, envía a su amigo, que no está presente en el accidente y, por ende, no está obligado, el obligado cumple así también su deber si su amigo es tan «apto para socorrer» como él mismo.

Pero también en caso de varios obligados, la acción de uno puede servir como cumplimiento del otro: si dos personas saben de un plan de asesinato, basta que uno de ambos acuda a la comisaría, siempre que el que no lo haga sepa que el otro es de fiar.

El deber apunta en todo caso a la realización mejor posible del acto prescrito. Si para ello es necesaria la «inducción» a otros a realizar lo mismo, el mandato requiere también este proceder. Y si la acción prescrita *sólo* pueden realizarla otros, el mandato exige precisamente esta «inducción»: El impedido que averigua un propósito delictivo está obligado a enviar a otro a avisar a la policía. No sólo tiene que poner en antecedentes al otro sobre el plan delictivo, para que éste a su vez llegue a estar obligado a denunciar, sino que también —de ser necesario— tiene que influir en él para que cumpla *su* deber (de éste): «inducción» al cumplimiento del deber. Igualmente, un obrar «en autoría mediata» puede cumplir el deber cuando, p. ej., el obligado a denunciar «utiliza como instrumento» a un niño inocente enviándole con la noticia a la policía. Es evidente que también cabe —en función de las circunstancias— la «complicidad en la tentativa de salvación por parte de terceros», al igual que no es infrecuente que intervenir «en coautoría» sea necesario para realizar la evitación prescrita del daño.

---

[28] Sólo excepcionalmente se realizan matizaciones, como, p. ej., en el supuesto del § 138 StGB, *siempre que* aquí el mandato de fondo se refiera a impedir el resultado.

plicidad omitida de contrariedad a deber no hace falta ningún marco penal especial (que sólo podría ser un marco penal agravado). Lo cual también valdrá para los demás delitos de omisión propia, algo que no puede desarrollarse aquí.

2. Estas consideraciones responden, asimismo, a otra cuestión: el § 49 StGB deja impune la complicidad en las *contravenciones*. A los supuestos de omitir delictivo de la complicidad no puede aplicarse este precepto, puesto que el contenido de desvalor de la complicidad omitida —como mínimo— no es inferior que el de la «autoría omitida».

3. También la problemática que comporta el *delito especial* propio para la participación se plantea para el delito omisivo con signo inverso. Podemos perfectamente considerar al delito omisivo del § 330 c StGB como un delito de omisión especial, dado que obligado a actuar sólo está el que guarda determinada relación espacial con la situación de desamparo. De donde cabría deducir: quien *no* se encuentra en esa relación espacial con la situación de desamparo tampoco está obligado a inducir a otros a socorrer, ni a auxiliarles a cumplir el mandato. Pero esta cuestión de si un *extraneus* puede hacerse responsable penalmente por inducción o complicidad omitida es tan dudosa y discutible como la cuestión correlativa en los delitos de comisión especiales. Sólo que aquí —en el ámbito de los delitos de omisión— me parece que hay más razones en favor de no castigar al *extraneus*, salvo que otros tipos abarquen precisamente estos casos.

Quien *está* obligado a socorrer también debe —en su caso— buscar ganarse a otras personas no obligadas a obrar, para un socorro eficaz, y, en caso de que socorran, prestarles auxilio («complicidad»). Así pues, aquí el omitir la inducción y el omitir la complicidad con respecto a una persona, por su parte no obligada a actuar, es típico y antijurídico.

4. Conviene aludir, asimismo, al límite del deber de inducir: *no todo* medio de inducción idóneo tiene que emplearlo el obligado para sumar a otro a la acción de cumplimiento. También aquí sirve el límite que se establece en virtud de la antijuricidad y la exigibilidad. Además, el «obligado a inducir» no hace falta que genere error en el otro para provocar su disposición a socorrer: no tiene que simular un deber de obrar para el tercero allí donde no existe, ni persuadirle de que el agua está tibia cuando está próxima al punto de congelación, como tampoco ocultarle al tercero los peligros y consecuencias de su intervención.

5. También la *imprudencia* puede aparecer en conexión con la complicidad omitida. El obligado que intenta inducir a un tercero capaz de socorrer, puede hacerlo de contrariedad a cuidado; al igual que el cómplice de quien presenta la denuncia que pierde, o no entrega a tiempo, el escrito que contiene el plan delictivo. Las formas de la infracción del cuidado que pueden darse son las mismas que en el delito de omisión propia

Así pues, en muchos casos el cumplimiento del deber consiste precisamente en la «*participación* en realizar el acto prescrito». Viceversa: el omitir la complicidad en la salvación y la omisión de la inducción a denunciar el delito podrían llamarse «*no* participación contraria a deber en el obrar *prescrito*».

Lo acertado de estos resultados confirma, además, una conclusión derivada de nuestro «principio de inversión». Si con respecto a la acción prescrita se da el mismo fenómeno estructural que en la acción prohibida, la función dogmática ha de invertirse: esto es, la participación en el hacer prohibido fundamenta responsabilidad; la participación en el hacer prescrito exime de responsabilidad.

b) *Problemas dogmáticos*

A primera vista, el omitir la participación en la acción de cumplimiento no parece presentar ninguna dificultad especial. Quien no ha cumplido su deber de obrar —en su caso—, consistente en la inducción al cumplimiento del mandato o en el favorecimiento de la acción de cumplimiento, incurre en responsabilidad penal, dando por supuestas antijuricidad y reprochabilidad. De todos modos, el omitir la participación requiere una consideración más detenida en algunos puntos:

1. Estamos acostumbrados en los delitos comisivos a que, *ceteris paribus*, entre la complicidad, por una parte, y la autoría y la inducción, por otra, exista una *diferencia de desvalor*. En cambio, apenas hace falta mencionar que la complicidad omitida no presenta menor contenido de desvalor que la autoría o inducción omitidas; antes al contrario: el que omite ayudar a quien está socorriendo, o entregarle la navaja, abrirle la puerta, desamarrarle la barca, etc., la «complicidad en el socorro» (o auxilio a auxiliar: *Beihilfe zur Hilfe*) omitida de todos ellos parece más bien de superior gravedad; pues el obligado no necesita aquí desplegar iniciativa propia alguna, sino que habría tenido que ajustarse, favoreciéndolo, al «señor del hecho» ajeno. Esta consideración, por lo demás, encuentra su apoyo en el principio de inversión; pues la «inversión» del § 49 StGB [52] con respecto a la complicidad omitida significa que la diferencia valorativa con la «autoría» ha de presentarse aquí inversamente que en el delito comisivo. Un vistazo a los antecedentes del § 330 c StGB lo confirma; la complicidad omitida con el socorro y supuestos semejantes los ha considerado la ley merecedores de punición desde el principio. No puede caber duda alguna de que la redacción actual del precepto quiere abarcar, asimismo, estos supuestos; con lo cual queda claro a su vez que para la com-

[52] § 49 StGB: «*Complicidad.* 1. Se castigará como cómplice a quien a sabiendas auxiliare al autor para cometer una acción conminada con pena como delito grave o menos grave, mediante hechos o aconsejándole» [N. de los TT.]

imprudente en general [283], variando únicamente las circunstancias de la situación con respecto al «omitir la participación».

II. ¿Existen formas de autoría en el delito omisivo?

a) *¿Coautoría?*

No es concebible en el hecho de omitir una acción. Como no existe el dolo de omisión, tampoco una «decisión común del hecho». Y tampoco existe la posibilidad de «división del trabajo», pues la omisión no presenta «acción ejecutiva» alguna.

También faltan las formas de participación análogas. Si cincuenta que saben nadar contemplan inactivos cómo se ahoga un niño, ciertamente todos ellos han omitido la salvación [284], pero no la han omitido «conjuntamente». Cada uno por sí mismo es «autor por omisión» [285], si se quiere «autor simultáneo» de la omisión. Cuando en una situación de desamparo dos circunstantes sólo pueden evitar una consecuencia dañosa actuando conjuntamente, si permanecen inactivos, ciertamente *omiten* «obrar *como coautores*»; pero no omiten «*en coautoría*».

La «coautoría» o formas análogas no existen, pues, en el delito omisivo. A este resultado llegan, asimismo, SCHWALBACH, A. ROHDE y STORSBERG [286], si bien basándose en la idea de que todos los delitos de omisión propia son delitos «de propia mano». Bien es verdad que el propio omitir —al igual que el obrar como tal— es siempre «de propia mano»; pero no es a eso a lo que se alude con el concepto de «delito de propia mano». No hace falta, como se acaba de señalar, que las acciones prescritas las realice siempre el propio obligado y, por ende, tampoco «de propia mano»; cuándo se requiere aquí la cualidad de propia mano se rige totalmente por las circunstancias; se deduce, pues, de la estructura de la capacidad de acción y de la necesidad de que se efectúe la mejor acción posible. Así pues, los delitos de omisión no son de propia mano porque la prestación prescrita tuviera que haberla realizado el omitente en persona. Claro que *de entre* los delitos de omisión propia los hay que se basan en un mandato de obrar de propia mano: el mandato en función del puesto que se ocupa lo infringe también aquel que envía a un «suplente».

---

[283] Cfr. *supra*, pp. 186 ss.

[284] En el mismo sentido SCHRÖDER, *StGB*, § 139, nota VI; R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 167 (para la omisión *im*propia); H. MAYER deja impune —consecuentemente— a los cincuenta por falta de «dolo» (p. 247).

[285] No se olvide que este concepto contiene una contradicción; únicamente ha de aplicarse, por razones de brevedad, y sólo en este lugar, en que se trata del paralelismo con la «autoría» en la comisión.

[286] SCHWALBACH, *GS*, 31, p. 611; A. ROHDE, *Die Natur*, pp. 95 ss.; STORSBERG, *Nothilfepflicht*, pp. 104 ss.

Además, la cuestión de la «coautoría por omisión» sólo podría tener trascendencia práctica si existiera la complicidad en el omitir.

b) *¿«Autoría omisiva mediata»?*

En ocasiones se considera que quien impide al obligado cumplir el mandato comete el delito de omisión «en autoría mediata» [287]. Lo único cierto en ello es que el que con violencia obstaculiza a quien está dispuesto a socorrer, le fuerza a la *inactividad;* no existe omisión por parte del dispuesto a salvar, que se ve precisamente privado de su capacidad de acción, ni en la acción coactiva existe un omitir la salvación por parte de quien coacciona [288], no alcanzándose a entender cómo podría existir aquí un delito de omisión. También en el delito comisivo, la autoría mediata requiere que el instrumento haya obrado; si A empuja a B contra C, es autor *directo* de las lesiones de C [289].

Y tampoco existe necesidad de pena para la autoría *omisiva* mediata. Quien con violencia impide la acción de salvamento, no sólo comete una coacción, sino que *causa* el resultado cuya evitación impide con violencia [290]. Además, por lo general infringe él mismo el § 330 c StGB, si también estaba obligado a socorrer.

III. ¿Inducción *a*, y complicidad *en*, la omisión?

a) La *complicidad en la omisión* suele rechazarse, con buen criterio [291]. Y es que no existe acción típica alguna que hubiera de apoyarse fácticamente, y falta la resolución del hecho que pudiera apoyarse psíquicamente. El «favorecimiento» sólo es posible allí donde transcurre un curso causal.

---

[287] Así, p. ej., MEZGER, *Lehrbuch*, p. 420 (*vid.*, no obstante, también p. 133, nota 13); MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 517 (*vid.*, sin embargo, asimismo, p. 174); ZIMMERMANN, *NJW*, 52, p. 1322; SAUER, *GS*, 114, p. 320.

[288] Sin perjuicio de que quien coacciona puede ser capaz de socorrer, y estar obligado a hacerlo, siendo por ello «autor omisivo directo».

[289] La opinión contraria sólo se entiende si se equipara «omisión» a «inactividad», esto es, si se niega la «capacidad de acción» como requisito de la omisión. Acertadamente GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 124.

[290] Así con buen criterio la doctrina dominante, p. ej.: E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 170, nota 1; ENGISCH, *Kausalität*, p. 27; BINDING, *Abhandlungen*, I, p. 267; BAUMGARTEN, *Notstand*, pp. 90 ss.; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 15 ss.; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 133, nota 13; OPPENHOFF-DELIUS, *StGB*, § 211, nota 4; GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 125; STORSBERG, *Nothilfepflicht*, pp. 105 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, p. 386. En profundidad acerca de esta cuestión *infra*, apartado V.

[291] Igualmente, p. ej., WELZEL, *Strafrecht*, p. 386; STORSBERG, *Nothilfepflicht*, p. 106. En sentido distinto: MEZGER, *LK*, I, p. 557 (en favor de la complicidad psíquica); asimismo, KIELWEIN, *GA*, 1955, pp. 328 ss. Equivocado en todo caso *RGSt*, 51, p. 41, así como el pronunciamiento de esta sentencia *en favor de* la complicidad por omisión: ¡el RG trata la *prohibición* de enajenar mercancías como *mandato* de «tener disponibles mercancías»! *Vid.*, asimismo, *infra*, nota 295.

sión *del* hacer *prescrito* parece ser el correlato de la inducción *al* hacer *prohibido*. Pero ésta sería una conclusión engañosa, pues el principio de inversión se basa en la antítesis de acción y omisión. Así lo habíamos aplicado ya antes también para la inducción: a igualdad de *función* dogmática, en la acción *prohibida* debe concurrir la estructura inversa que con respecto a la acción *prescrita;* es decir, en cuanto a la función dogmática, a la inducción *prohibida* al hacer *prohibido* le corresponde inversamente el *omitir* la disuasión *prescrita* al hacer *prescrito*. Y a igualdad de estructura ontológica, la función dogmática tiene que invertirse: la inducción al hacer prohibido ha de valorarse *negativamente* y la inducción al hacer prescrito, *positivamente*.

Así pues, la disuasión del hacer prescrito, aplicando correctamente ambos enunciados de nuestro principio de inversión, ¡*no* llega a aparecer! Sería, asimismo, disuasión *prohibida* (!) del hacer *prescrito*. Lo cual se pone especialmente de manifiesto si aplicamos nuestro principio de inversión a la disuasión del propio hacer prescrito, preguntando qué aspecto ha de tener el fenómeno de estructura inversa *que tenga la misma función* dogmática que la disuasión: a la «disuasión del hacer prescrito» le corresponde, con signo inverso, el omitir la disuasión del hacer prohibido.

¡Pues este fenómeno existe y posee relevancia jurídica! Lo conocemos, en primer lugar, en el delito de omisión *impropia*, cuando el garante omite hacer desistir al autor de lesionar el bien jurídico garantizado, disuadiéndole de su decisión de cometer el hecho. Ahí no es infrecuente preguntar si esto constituye una «inducción por omisión» al delito comisivo [292]. Pero este omitir la disuasión aparece también en el ámbito de la omisión *propia;* así, cuando el obligado a socorrer omite disuadir de matar a su niño a la madre desesperada. Vemos aquí, por una parte, que la disuasión exitosa está relacionada con la evitación del resultado y, por otra, que no merece tratamiento especial alguno; el que la disuasión sea lo correcto o constituya otra forma más del socorro se enjuicia en función de las circunstancias concretas.

De donde se deduce lo siguiente: si el *omitir* la disuasión de la acción prohibida es un *delito de omisión típica* (propia), dándose los demás requisitos, ¡efectuar la disuasión del obrar prescrito tiene que realizar el tipo de un... *delito comisivo*!

c) *Problemática que se plantea*

La disuasión de cumplir el mandato realiza, pues, un delito comisivo. Lo cual sólo es así, evidentemente, si se dan los requisitos de éste; en toda

[292] Al respecto —acertadamente en sentido negativo— GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 122.

b) La *inducción a omitir* tampoco es concebible, pues como no existe el «dolo de omisión» no puede realizarse el elemento esencial de la inducción, el suscitar una decisión del hecho.

Sin embargo, la opinión contraria, que sostiene que precisamente la inducción es trasladable sin dificultad al delito de omisión, domina sin discusión. Pero navega bajo pabellón falso.

IV. El «disuadir del hacer prescrito»

a) *El fenómeno*

Lo que suele denominarse «inducción» (Anstiftung) al delito omisivo es en realidad una «disuasión» (Abstiftung) del cumplimiento del mandato. La influencia en la psique del obligado a obrar no consiste aquí en provocar un «dolo de omisión», el cual no existe y al que no cabe atender. Más bien, en función de la estructura del proceso de motivación que se desarrolla en el «autor omisivo», sólo cabe influir en él con dos fines: o se trata de provocar la decisión del hacer prescrito; ésta es la —valorable positivamente— «inducción al obrar conforme a deber»; o de impedir mediante influjo psíquico *esta decisión de cumplir el mandato*, si no está tomada, o de eliminarla (en su potencialidad), si ya se ha tomado.

Pero esto último es precisamente lo contrario a la inducción a obrar, pues es un *hacer desistir de una acción mediante influencia en la psique del obligado a obrar:* una «disuasión». Tal es la caracterización del fenómeno que suele llamarse «inducción a omitir». Si para la propia omisión hay que atender a que la decisión de obrar no se ha tomado ni realizado, también la influencia sobre *este* comportamiento ha de encaminarse precisamente a *impedir tomar la decisión* o a hacer desistir de ella.

Esta diferencia entre la inducción *a* obrar y la disuasión *de* obrar cabe continuarla descendiendo a sus pormenores. Así, en lugar del *omnimodo facturus* aparece el *omnimodo non facturus* como objeto inidóneo de influencia; la inducción fracasa si no se provoca o no se ejecuta la decisión de actuar; la disuasión fracasa si se toma y ejecuta la decisión del hecho, etc.

Así pues, el fenómeno de la «disuasión» es, de nuevo, una perfecta prueba de que en el delito de omisión no hay que atender a un «dolo de omisión», sino a la falta de la decisión de realizar el obrar prohibido.

b) *La disuasión y el principio de inversión*

Al mismo tiempo, la disuasión del hacer prescrito parece también procurar un ejemplo gráfico de nuestro principio de inversión; pues la disua-

una serie de delitos de omisión propia del Derecho penal especial, por lo general la disuasión de cumplir el mandato no encaja en un tipo de prohibición. Pero ello no necesariamente comporta la impunidad del «disuasor», pues, con independencia del juicio que merezca la acción de disuasión, hay que comprobar además si el propio disuasor omite la acción requerida por el mandato. Y aquí se dará por lo general, junto a la disuasión *de* cumplir el mandato, un omitir la inducción *a* cumplir el mandato.

La doctrina dominante considera estos casos de manera totalmente distinta. Trata siempre el «disuadir» —y sólo éste, no, p. ej., la inducción omitida a cumplir el mandato— como *inducción a* omitir. Asimismo, nunca aplica, que yo sepa, el marco penal del delito comisivo, sino siempre el del delito de omisión propia. Salta a la vista la abultada diferencia que se produce en la valoración de una acción de disuasión que tiene por consecuencia la muerte u otra lesión de un bien jurídico.

Puede invocar la doctrina dominante que desde luego la disuasión, teniendo en cuenta su modo de manifestarse —influencia en la toma de decisión del obligado—, está muy emparentada con la inducción al delito comisivo. Aun cuando esto fuera cierto, de ahí sólo se deduciría que una acción de disuasión que comporta la muerte de una persona no puede tratarse de modo distinto que una acción de inducción que lleva, asimismo, a la muerte de una persona. Pero lo que no hace la doctrina dominante es precisamente deducir la equiparación, en tales términos, de la disuasión de la salvación de quien se está ahogando con la inducción a ahogar a una víctima.

Por otra parte, el parentesco entre inducción *a* la omisión y disuasión *del* cumplimiento del mandato es únicamente externo: para la *inducción* es esencial, precisamente, que tras tener éxito, tras suscitar la decisión de cometer el hecho, el autor inducido tiene, asimismo, que mantener y renovar continuamente su dolo, atravesando las fases de los actos preparatorios y de la tentativa hasta llegar a la consumación. El inducido conserva en sus manos el realizar o no la decisión; su dolo tiene que mostrarse continuamente activo. La situación es distinta en la *disuasión:* el disuadir de cumplir el mandato ya tiene éxito, está consumado, cuando en el momento decisivo en que tenía que haberse realizado la acción posible para el capaz de acción no se dio la decisión del hecho. A partir de este momento ya no hay vuelta atrás —ni posibilidad de avance— para el omitente. En el momento decisivo le faltó al omitente la resolución de obrar, y ya no tiene en sus manos corregir *a posteriori* esta falta, p. ej., no tiene ya que reprimir eventuales impulsos de socorrer, porque con arreglo a la situación ya no es posible tomar una decisión de realizar el hacer prescrito.

Si la acción de *disuasión* ha pasado su *propia* fase de tentativa, consta definitivamente si la acción prescrita, de la que se pretendía hacer desistir, se realiza o no. En cambio, tras concluir la acción de *inducción,* es el pro-

pio inducido quien decide con su comportamiento posterior si la acción prohibida se realiza o al menos se intenta. El inducido sigue siendo —o llega a ser— *señor del hecho*. El disuadido, en cambio, *pierde el dominio del hecho* sobre la acción prescrita; ni mantiene ni consigue un «dominio de la omisión». Por eso es acertado concebir en su caso *la disuasión como autoría de un delito comisivo* (y no como inducción, para la que desde luego falta un hecho principal *cometido*).

La doctrina dominante se ve, pues, expuesta a la objeción de que concibe como *«hecho principal»* una *omisión*, y, en cambio, como supuesta *«inducción»* a este hecho principal una *acción*, asignándoles, sin embargo, a las dos el mismo marco penal. GRÜNWALD [293] se ha percatado de este problema: «Como la inducción al delito omisivo no deja de ser una acción, prepondera su desvalor frente al del "hecho" principal suscitado». Pero se tranquiliza observando que esto no constituye «peculiaridad alguna en nuestro sistema jurídico-penal». Este consuelo podría admitirse en los delitos de omisión *impropia*, de los que se ocupa GRÜNWALD, puesto que en éstos se aplica el mismo marco penal que en el delito comisivo. Pero sí que es una peculiaridad que —*ceteris paribus*— con carácter general en un grupo de delitos ¡la (supuesta) inducción presente un contenido de desvalor notablemente superior al del hecho principal! Ello contradice la valoración en que se basa la regulación de la inducción (§ 48 StGB) y debe hacer advertir que aquí hay un problema no superado.

Naturalmente hay una construcción con cuya ayuda cabría fundamentar la opinión dominante: el *delito de omisión por comisión* [294]. Admitir un grupo de delitos así parece ajustarse a un imperativo estético, pues si en el sistema del Derecho penal se encuentran «delitos de comisión por omisión», ¿no tiene que haber también «delitos de omisión por comisión»? Y de existir esta omisión por comisión, también tendría que darse una *participación por comisión en el delito omisivo*, al igual que hay una *participación por omisión en el delito comisivo* [295]. Con lo cual se habría descubier-

---

[293] *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 124.

[294] *Vid.* al respecto ROHLAND, *Kausallehre*, p. 59; BINDING, *Normen*, II, p. 109, nota 27; V. OVERBECK, *GS*, 98, pp. 319 ss.; SAUER, *GS*, 114, pp. 319 ss. (delito de omisión «derivado»); V. WEBER, *Grundriß*, p. 57; RETTLER, *Strafrecht*, I, p. 87; HAFTER, *Lehrbuch*, I, p. 76, nota 1; ZIMMERMANN, *NJW*, 52, pp. 1321 ss.; en contra, p. ej., V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 154e, nota 3.

La comisión por omisión se trata rara vez, y únicamente para un sector; en lo que sigue, me atengo a la expresión concisa, pero clara, de la idea en V. WEBER (*Grundriß*, p. 57): «La prohibición de alterar un estado puede contener al mismo tiempo el mandato de mantenerlo frente a una alteración que amenace producirse... al igual que, inversamente, en un mandato de alterar un estado puede estar contenida al mismo tiempo la prohibición de evitar que se produzca la alteración (los denominados delitos de omisión por comisión; p. ej., contravención del § 139, evitando la presentación de una denuncia pretendida por parte de otro)».

[295] También cabría concebir la «complicidad por comisión en el delito de omisión»: A se había decidido a denunciar a tiempo un plan delictivo y llevado ya a Correos un carta con ese contenido. Al arrepentirse de su decisión quiere recuperar la carta. Con este objeto se sirve de B, al que pone al corriente, y a través de quien la recupera. El destino dogmático de esta complicidad en el «desistimiento de la tentativa de cumplir el mandato» (*vid. supra*, pp. 123 ss.) no puede ser sino el de la

ma. El dolo de estos sujetos abarca en todos los casos la muerte de la víctima; el motivo es la codicia (móvil vil) también en todos los casos.

b) *Resultados fortuitos*

Los profanos a los que se les presenta esta escala de supuestos concuerdan al menos en que *los nueve autores son «asesinos»* y merecen penas que no difieran mucho entre sí. Carecería de importancia, en este enjuiciamiento por profanos, que la persona dispuesta a salvar fuera garante de la víctima, obligado a socorrer por el § 330 c StGB o no obligado a salvar, o que no hubiera salvador en absoluto.

1. En otro sentido decide la concepción prácticamente dominante. Consideraría no problemático el caso número 1. También en los casos números 2, 3 y 4 afirmaría asesinato en autoría (comisiva), con independencia de si R en estos casos —especialmente en el número 4— era garante, obligado a socorrer o no obligado a actuar.

En el caso número 5, sin embargo, comienzan las dudas, incluso partiendo de la doctrina dominante: ¿es autoría mediata si E *coacciona* a R para que no salve? R no deja de ser capaz de obrar y comete una acción típica y antijurídica. ¿Se da autoría *comisiva mediata* si el «instrumento» omite? De admitirse la autoría *omisiva* mediata por comisión, ¡sólo cabría castigar a E por el § 330 c StGB si *él* no es garante! En cambio, si se aprecia «inducción a omitir», ¡depende de la *clase de deber de R* que haya que castigar por inducción a un delito de omisión *impropia* según el marco penal del § 211 StGB (asesinato), o por inducción al delito de omisión *propia* según el § 330 c StGB (omisión de socorro)! ¿Habría razón para tratamientos tan dispares?

En el caso número 6 irrumpe —siempre desde la perspectiva de la doctrina dominante— la problemática de la accesoriedad de la participación. Quien requiera un hecho principal doloso *no* puede castigar por inducción, debido a la falta de «dolo de omisión». De decidir en tal sentido, al mismo tiempo se evita el resultado fortuito de tener que castigar por inducción al delito de omisión propia o impropia. Pero entonces hay que preguntar por la autoría: ¿autoría *omisiva* mediata por comisión? Ello entraña aplicar el § 330 c StGB si F no es garante. No se alcanza a comprender cómo podría fundamentarse la autoría *comisiva mediata*. Únicamente quedaría la autoría *directa* por el § 211 StGB, lo cual es satisfactorio, por ser independiente de la calificación de cualquiera de los intervinientes; pero ¿por qué decidir aquí en otro sentido que en el caso número 5?

El número 7 sería, finalmente, el supuesto clásico de «inducción» a omitir (disuasión del obrar que cumpliría el mandato). Pero ¿puede ser

to —a lo que parece— la razón y la construcción con cuya ayuda la «disuasión» del cumplimiento del mandato quizá se presentase como una inducción por comisión al delito omisivo (o también como una inducción omitida por comisión al delito omisivo). Pues lo que sí es cierto es que ¡sólo partiendo de la premisa de que existe la «omisión por comisión» cabría, sin contradicción sistemática, enjuiciar la *acción* de inducción según el marco penal del delito *de omisión*! [295]

Pero esta cuestión sólo cabe decidirla en un marco más amplio.

V. ¿Delitos omisivos por comisión?

a) *Los grupos de casos problemáticos*

1. A dispara a X causándole la muerte.
2. B tira hacia la orilla del bote neumático que la corriente va arrastrando hacia X, que se está ahogando.
3. C sujeta al perro pastor que «quiere» sacar de las aguas a la hijita de su dueño.
4. D pincha el bote neumático con el que R pretendía salvar a X, que está ahogándose; o D sujeta violentamente a R.
5. E amenaza a R con ocasionarle más adelante un mal considerable si se arroja al agua a salvar a X; R se queda en la orilla.
6. En el lugar donde ha ocurrido un accidente, el conductor R se detiene para socorrer a los accidentados. F, que pretende evitarlo, faltando a la verdad convence a R de que ya se han llevado al herido.
7. Tras un accidente, R se dispone a socorrer al accidentado. G mueve a R a seguir su camino entregándole un billete de cien marcos.
8. R ha conseguido con esfuerzo para X, conocido suyo gravemente enfermo, sin saberlo éste, el único medicamento que puede salvarle la vida. De camino hacia casa de X, R se encuentra con H. Éste, conociendo la situación, destruye la ampolla salvadora (o H ata a R hasta que X muere).
9. R obra como en el caso anterior; se encuentra con K, que tira de talonario y extendiéndole un cheque de más de mil marcos le hace desistir de llevar la ampolla a X.

Todos los supuestos están configurados de manera que, sin la intervención de los autores (A a H), no se habría producido la muerte de la víc-

---

«disuasión de la tentativa de cumplir el mandato». Por eso la indagación debe circunscribirse a la disuasión. Por el contrario, no corresponde tratar aquí la —con frecuencia— denominada «complicidad psíquica con el delito de omisión». En la medida en que no se da en realidad una disuasión *del* cumplimiento del mandato, ¿se trata de una inducción omitida al mandato prescrito o de un omitir reforzar la decisión de obrar?

[295] Así, de hecho, GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 127, nota 2.

acertado, en función de si la persona dispuesta a salvar es garante u obligada a socorrer por el § 330 c StGB, aplicar a G este o aquel marco penal? No se objete que tal es la situación de la participación, pues precisamente se trata de determinar si se trata o no de participación. Y si se castiga al «asesino» G sólo por inducción al § 330 c StGB —e incluso si se le deja impune, en caso de fracasar la «disuasión»—, ¿se justificaría este resultado frente a los supuestos números 6, 5 y 4? ¡Ni siquiera en comparación con los números 1 a 3!

En el caso número 8, la doctrina dominante —pese a alguna vacilación— resolvería castigar a H como autor por el § 211 StGB.

Queda el caso número 9. Ni R ni K tienen deber de obrar. Ciertamente K «induce» (*recte*: disuade), pero induce a un comportamiento atípico. El resultado parece inadmisible; pero como no sería aplicable un delito omisivo, sólo cabría recurrir como alternativa a la autoría *directa*. Si uno se resuelve a apreciar asesinato en autoría directa, ¿con qué fundamentación iba a rechazarse la misma construcción en cualquier otro de los nueve casos? ¿O hay que optar por la impunidad en el caso número 9?

2. Ahorrémonos transformar estos casos en otros de *tentativa* —la discrepancia de los resultados sería aún mayor— y ocupémonos de una variante de la doctrina dominante, en concreto de aquella que lleva adelante *consecuentemente* la construcción de «delito omisivo por comisión»:

Esta concepción no podría tratar los casos números 1 a 3 de manera distinta que la doctrina dominante (y, claro, que en esta investigación), esto es, como «delitos comisivos por comisión» (§ 211 StGB).

Distinto es en el caso número 4 (pinchar el bote neumático del salvador). Aquí habría que apreciar un «delito omisivo por comisión» en autoría (mediata), como también en los casos números 5 y 6. Naturalmente, dependería ahora de la cualificación del autor (mediato) si habría que aplicar el § 211 o el 330 c StGB; éste sería un criterio razonable, si bien no sería adecuada la atenuación para el no garante. Que en el caso de inducción (núm. 7) sería al revés cabría fundamentarlo, si acaso, con las dificultades generales que presenta la participación en los delitos especiales propios.

Pero en los casos números 8 y 9, H y K tendrían que quedar impunes, ¡porque ni a ellos ni a R les incumbe deber de obrar alguno! Pero ello querría decir que quien hace desistir o disuade a una *persona* dispuesta a salvar (casos núms. 8 y 9) queda impune si no existe deber de obrar; en cambio, quien —sin estar obligado a obrar— retiene con violencia a un perro «dispuesto a salvar» (o le «disuade» con un apetitoso hueso) es asesino.

Basten estos ejemplos para poner de manifiesto la contingencia de las soluciones a los distintos casos, derivadas de la perspectiva de la doctrina dominante o de la aplicación consecuente de la «omisión por comisión».

Cierto que no se ha pensado en todas las posibilidades; todas las diferencias en la doctrina de la autoría y la participación en general, y en particular en los delitos especiales propios, tienen aquí trascendencia. Pero no alcanzan a modificar la imagen global: donde se tapa un hueco, otro se abre, pues debería ser evidente que los nueve hechos tienen que castigarse por el mismo marco penal.

Y no se objete que los nueve autores se han convertido en *garantes debido a su obrar* y han de ser castigados como autores (omisivos) de un delito de omisión impropia por el § 211 StGB. De este modo se estarían abandonando las construcciones criticadas, sin alcanzar, a cambio, resultados satisfactorios; evidentemente, nuestros casos pueden construirse también de modo que *tras* el obrar no existiese ya posibilidad alguna de evitar el resultado. Y quien pretendiera desviarse aún más, construyendo un «deber de evitar el resultado por el hacer incidental», en lugar de ello debería decir con toda claridad lo que aquí se da: el obrar de los nueve autores está prohibido; es causal de la muerte y es doloso, realizando así, en lo que no se demuestre lo contrario, el tipo del § 212 StGB (homicidio) y, en virtud de su móvil, debiendo verse castigado por el § 211 StGB (asesinato).

c) *La cuestión central*

En realidad, es éste el problema clave: si en todos nuestros nueve casos se dan los elementos del tipo del delito comisivo y no puede haber duda sobre la antijuricidad y la culpabilidad, ¿cabe discutir aún que en los nueve casos se trata por igual de asesinato en autoría *comisiva directa*? Ésta es la cuestión *previa* cuya respuesta negativa priva de su trascendencia práctica tanto al «delito omisivo por comisión» como a la *inducción* al delito omisivo. Si todos nuestros casos pueden subsumirse sin esfuerzo en el delito comisivo, se deja sin base a la controversia y a las dudas.

1. Aquí cabe esperar una objeción, precisamente para los casos de «inducción a omitir» (núms. 7 y 9): también la inducción al homicidio puede subsumirse en el tipo del § 212 StGB, si no se tiene en cuenta que se trata de omisión y que la persona de delante posee el dominio del hecho. Pero esta objeción no afecta a la supuesta «inducción a omitir». El argumento ignora, en primer lugar, la diferencia esencial que existe entre inducción *a* obrar y disuasión *de* obrar; el disuadido (el «inducido» a omitir) no posee dominio del hecho ni dominio de la omisión, como ya se puso de manifiesto [37]. Por otra parte, la persona de primera fila (el disuadido) precisamente no realiza aquí el tipo del § 212 StGB. Con respecto al homicidio, ¡*falta* el hecho principal del que pudiera ser accesoria la aparente «inducción», y cuya concurrencia es la que la haría ser participa-

[37] *Vid. supra*, pp. 205 s.

vadora, todavía queda por comprobar si se da inducción *omitida* (p. ej., en el sentido del § 330 c StGB). Y así será por lo general, pues quien tiene dolo de impedir el resultado de salvación, también omitirá apelar al sentido del deber del otro, requiriéndole para salvar. (Además, es obvio tener que verificar si el *propio* «disuasor» ha omitido de contrariedad a deber la acción salvadora.)

3. La inseguridad en el tratamiento no se limita en modo alguno a los casos de disuasión del hacer prescrito, sino que abarca a todos los grupos de casos señalados *supra*, a excepción del número 1, el supuesto clásico de delito comisivo. La raíz de estas dificultades es mucho más profunda: los otros ocho casos (núms. 2 a 9) están enturbiados por la *duda de si se trata en realidad de causalidad «auténtica»*. Así, p. ej., TRAEGER [390] señala: «También causa el resultado quien pone una condición positiva a una condición negativa del resultado (no efectuar el cambio de agujas, no extinguir el incendio) ... Puede quedar para mejor ocasión el dilucidar si en casos de este género, que nada tienen ya en común con el concepto científico-natural de causación, es preferible hablar, en lugar de causación, de un "hacer necesario" el resultado».

Dicho de otro modo: nuestros casos números 2 a 9 se caracterizan por que el sujeto actuante causa una no modificación: que no se deslice el bote neumático, que no salte el perro, que no intervengan las personas dispuestas a socorrer. Los *opuestos* a la «causalidad de la omisión» dudan aquí sobre si en realidad hay causalidad; ¿cómo puede ser aquí la no modificación causa del resultado, si la no-causalidad de la omisión se fundamenta precisamente en que una no modificación no es causal? Resulta obvio concluir apreciando un delito omisivo «por comisión», salvo que a ello le cierre el paso el sentimiento jurídico. Viceversa: los *partidarios* de la «causalidad de la omisión» se ven abocados en los casos números 2 a 9 a responder a la cuestión de si aquí la causalidad no es del mismo género que en la omisión, pues si la causalidad de la omisión se fundamenta precisamente en que también las no modificaciones son causales, ¿por qué no se iban a admitir en nuestros ejemplos omisiones «por comisión» causales? [391]

---

[390] *Unterlassungsdelikte*, p. 15.

[391] No ofrece solución a este dilema la posición de GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 11, nota 5, y 123 ss.): en la «interrupción de una "secuencia causal salvadora"» se encuentra sólo «incipientemente» «una cadena causal real, proveniente de una realización de voluntad, esto es, de una acción». A partir de la «interrupción», sin embargo, «la vinculación con el resultado» no es una causalidad real, sino sólo «hipotética». Sin embargo, en la acción incipiente «se encuentra esbozada la valoración igual que en una acción causadora del resultado». Cuando, no obstante —lo que precisamente destaca GRÜNWALD y un finalista no discutiría—, para la acción es esencial el nexo causal, la acción «que interrumpe» no es precisamente una acción *de matar*, por faltar el nexo causal real con el resultado. No hay valoración que sea capaz de suplir la falta de la causalidad; si la causalidad y la acción no contienen nada más que, p. ej., matar a la persona dispuesta a salvar, pero no el resultado de muerte, entonces no se ajusta a ellas tampoco la misma valoración «que a una acción causadora del resultado». GRÜNWALD desplaza aquí el problema causal al terreno valorativo, método que con carácter general rechaza vivamente, con buen criterio.

ción! Una (seudo)inducción (¡a *otro* delito!) cuya eficacia causal por influjo psíquico realiza el resultado típico (y en que concurren los demás requisitos del tipo) ¡*es autoría*! (A resultados distintos —según los casos— cabe llegar desde la perspectiva de la fórmula del *animus*. Con todo, aplicando esta doctrina puede ocurrir que no exista un autor principal. Pero de todos modos, desde este punto de vista, habría que apreciar *inducción al homicidio o al asesinato*, en su caso castigable por la inducción fallida del § 49 a StGB.)

2. Una segunda objeción parece provenir del sentimiento jurídico, pues hay casos de disuasión del obrar prescrito en que la pena del delito comisivo —en particular de los delitos contra la vida: §§ 211 ss. StGB— parece demasiado elevada: R se dispone a arrojarse al agua para salvar a X, que se está ahogando. Su amigo L le dice: «¡Que te vas a resfriar!», determinando así que desista del intento de salvar. O (modificando el caso núm. 9 antes descrito): K le dice a R: «Vd. no está obligado a llevar a X el medicamento que le va a salvar; además, X no va a poder pagárselo». R se vuelve a casa.

Supuestos así se caracterizan por que se «disuade» a la persona dispuesta a salvar informándole verazmente de las circunstancias o consecuencias del obrar salvador. Pero ya vimos que el deber de obrar —p. ej., derivado del § 330 c StGB— no se extiende hasta la exigencia de impulsar a otro mediante mentiras a que preste socorro [288]. *Viceversa, no puede estar prohibido aclarar verazmente a quien está dispuesto a salvar las circunstancias o peligros de su intervención.* Por mucho que tal proceder se base en un dolo de matar (el dolo de hacer abandonar la decisión de salvar), no deja de ser *socialmente adecuado*. Este proceder no realiza el tipo del § 212 StGB (homicidio), si es que se considera la adecuación social como limitación de la tipicidad [289].

Esta cuestión de la interpretación de los tipos comisivos no es un problema que sólo pudiera aparecer en los delitos de omisión, pues la cuestión se plantea también cuando ninguno de los dos sujetos tiene deber de actuar. Y tampoco ha sido la postura adoptada en esta investigación la que ha generado el problema, que existía desde siempre para la «inducción» al delito de omisión *impropia*. (¿Existe —desde la perspectiva de la doctrina dominante— inducción al homicidio cuando el tercero le dice al socorrista que éste corre peligro de pillar la gripe al intentar salvar?)

Por último, son precisamente los resultados de esta investigación los que abren la posibilidad de tratar adecuadamente también estos casos: aun cuando hay que negar la tipicidad por delito *comisivo* en los casos de información veraz sobre las circunstancias o peligros de la actuación sal-

[288] *Vid. supra*, p. 201.

[289] Cfr. H. J. Hirsch, *Negative Tatbestandsmerkmale*, p. 45. Evidentemente, hay que verificar siempre además la concurrencia de causas de justificación.

Todas estas dificultades quedan allanadas resolviendo el problema de la «causalidad de la omisión». Como habíamos visto [30], la *persona no puede ser por omisión causal* de un resultado. Pero la causalidad no fracasa porque una determinada no modificación no sea causa de una determinada modificación (de una producción de resultado), sino porque la persona no es causa de un no obrar (de una no modificación). *La existencia de determinada persona no es condición para que no tenga lugar determinada acción de esta persona. Por el contrario, habíamos visto que determinada no modificación de un estado puede ser perfectamente condición (causa) de la producción o no producción de una consecuencia. Y como la persona puede ser causal por acción de una no modificación —p. ej., inhibiendo una secuencia causal salvadora—, el obrar humano puede ser también causal de las consecuencias de determinada no modificación.* Si D mata a R, que habría salvado a X, entonces E es en principio causal del no obrar de R; y este no obrar de R es a su vez causal de la no salvación, de la muerte de X.

Tal vez esto no convenza aún a quien, a partir del principio *ex nihilo nihil fit*, llegue a la tesis de que una no modificación no puede ser causa de una modificación. Ciertamente, si esto fuera correcto, desde el principio no podría apreciarse en los supuestos números 2 a 9 causalidad alguna y, por tanto, delito comisivo alguno, puesto que en todos estos casos resulta evidente que se ha causado determinada no modificación y que el resultado sólo decae si se suprime mentalmente justo esta no modificación.

Sin embargo, para despejar estas últimas dudas no hace falta que nos aventuremos en un prolijo estudio del *concepto* de causalidad, pues también quienes dudan tendrán que reconocer que —en nuestro caso núm. 1— A, que abate a X, ha sido causal de su muerte. Este ejemplo aparece precisamente como ejemplo clásico de un «delito comisivo por comisión», de indudable acción y de causalidad «auténtica»; justo por ello se eligió el supuesto. No obstante, hay que afirmar que, visto con mayor detenimiento, aquí la causalidad del obrar de A por la muerte de X *únicamente* puede fundamentarse reconociendo que también determinadas no modificaciones pueden ser causales de determinadas modificaciones:

Ciertamente, apretar el gatillo es una condición que no puede suprimirse mentalmente sin que decaiga la muerte de X. Pero tampoco pueden suprimirse mentalmente el apoyar el arma en el hombro, el apuntar y el sujetarla. Si el tirador no hubiera sujetado el arma firmemente al disparar, el disparo habría sido al aire, no acertando a X. Así pues, A, al sujetar debidamente el arma, *ha impedido que fallase el tiro;* ha ocasionado el no moverse el arma —esto es, una no modificación—, lo cual a su vez no puede suprimirse mentalmente sin que decaiga el resultado (acertar a X). Podríamos entrar en más detalles: el disparo adquirió su velocidad inicial

[30] *Vid. supra*, pp. 76 ss.

y su dirección sólo porque la existencia de la cámara, el cierre y el cañón impidió que los gases de la combustión de la pólvora desplegasen su potencia en otra dirección. El no expandirse los gases de la pólvora hacia atrás, hacia la izquierda o la derecha, hacia arriba o abajo —esto es, determinada no modificación—, es causal del disparo y, por ende, de la muerte de X, así como el tirador, a su vez, al emplear el arma de fuego, es causal de esta no modificación.

Lo que se ha patentizado con este ejemplo clásico de causalidad «auténtica» también es posible para todos lo demás casos en que hasta ahora se ha venido afirmando unánimemente el nexo causal. No existen diferencias esenciales entre estos casos y nuestros ocho ejemplos desde el punto de vista *causal*. Sólo hay diferencias en el grado de claridad con que destaca la no modificación como eslabón causal. Articulando convenientemente una relación causal, siempre se revelará que determinadas no modificaciones están integradas en la cadena causal. Todos los cursos causales contienen una sucesión e imbricación de determinadas modificaciones y determinadas no modificaciones de la realidad «existente». La persona actuante puede utilizar tanto la eficacia causal de las modificaciones como la de las no modificaciones. La supradeterminación final del acontecer causal tiene lugar tanto impulsando «nuevas» cadenas causales como inhibiendo o desviando cursos causales ya iniciados.

d) *Resultado*

De este modo está ya echada la suerte de los «delitos omisivos por comisión»: ¡no existen! Como existe causalidad «auténtica», la acción cuestionada realiza el tipo de un delito comisivo, siempre que se den los demás requisitos típicos. Si por cualquier motivo faltan, hay siempre que verificar si no se dará una omisión (en particular un omitir la inducción a obrar) ajustada al tipo de un delito de omisión propia. Pero entonces se trata de un «delito omisivo por omisión», *no* de un «delito omisivo por comisión». También los supuestos de *disuasión del cumplimiento del mandato* encuentran su solución (dogmáticamente convincente y satisfactoria en cuanto al marco penal) si se tiene presente que casi siempre concurre *autoría en el sentido del delito comisivo*, y en su caso también complicidad con un delito comisivo (M disuade a R de denunciar el delito).

Queda abordar brevemente el enfoque sistemático, la correspondencia inversa entre el «delito comisivo por omisión» y el «delito omisivo por comisión». Para no anticipar otros aspectos de la investigación, dése por supuesto que los delitos de omisión impropia son «delitos *comisivos* por omisión». Pero estos delitos de omisión impropia deben su nacimiento a un motivo que no existe en el ámbito de los supuestos llamados de «omisión por comisión»: Con el delito de omisión impropia se castigan por el

doctrinal considera imaginable la tentativa sólo en tanto que «afecte al autor una prevención de no efectuar la actividad de que se trate» [303]. BINDING [304] aprecia tentativa de delito de omisión propia (pero con impunidad general) únicamente en el supuesto, *supra* analizado [305], en que el mismo omitente alcanza lo perseguido por el mandato sin su voluntad o contra ella. Recientemente parece cobrar auge la opinión de que también en la omisión propia cabe afirmar la tentativa sin limitación [306].

La postura de cada autor no sólo está condicionada por las peculiaridades de la omisión en sí, sino que se imbrica inseparablemente con otros dos problemas. Por una parte, se ve influida por el punto de vista mantenido en la doctrina de la tentativa, especialmente con respecto a la «ausencia de tipo» y a la «tentativa inidónea». Huelga profundizar aquí en ello, pues esta investigación sigue la (dominante) teoría subjetiva de la tentativa. Por otra parte, la postura que se adopte con respecto al problema de la tentativa depende ostensiblemente, asimismo, de si se reconoce o no un «resultado» al delito de omisión propia [307], de si sólo cabe referir a mandatos de evitar el resultado los delitos de omisión impropia, o también los de omisión propia. Y es que en el delito de omisión *impropia* constituye hoy doctrina casi unánime que puede aparecer la tentativa en casi todas sus manifestaciones [308]. También parece ser una *cuestión previa* a cómo tratar el problema de la tentativa la de la clase de mandatos que subyacen a los delitos de omisión propia; lo cual, como ha de responderse de todos modos en el curso de esta investigación, se hará oportunamente en este lugar [309].

II. Mandato de evitar el resultado y mandato de actividad

La doctrina hasta ahora predominante [310] y LANDSBERG [311] han solido fundamentar su tesis de que no puede haber tentativa fracasada del delito

---

[303] ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 191; asimismo, H. MAYER, *Strafrecht*, p. 292.

[304] *Grundriß*, p. 130.

[305] Pp. 183 ss.

[306] Así MAURACH, *Lehrbuch*, 1, p. 437; SCHRÖDER, *StGB*, § 43, nota V.1; KÖHLER, *Strafrecht*, pp. 454 ss.; NOWAKOWSKI, *Strafrecht*, pp. 92 ss.

[307] Así, p. ej., con toda claridad LANDSBERG (*Commissivdelikte*, pp. 171 ss.) y M. E. MAYER (*Allg. Teil*, p. 348), por una parte, y BINDING (*Grundriß*, p. 130), por la otra.

[308] Discrepan V. LISZT (*Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 196) y WELZEL (*Strafrecht*, p. 186) que sólo consideran posible la tentativa inidónea (fracasada).

[309] Evidentemente, hay otra cuestión esencial imbricada: con la negación de mandatos de evitar el resultado en los delitos de omisión propia se creyó conseguir que estos deberes jurídicos no vengan en consideración como «deberes de garante», olvidando que «con ello se utiliza en la demostración aquello que ha de demostrarse», como observó con razón DOHNA (*Aufbau*, p. 39). Este problema reside en otro terreno totalmente distinto: «Determinante es más bien la posición de garante del autor, que lo sitúa, en la corriente de desarrollo de la vida social, desde el principio en una relación de deber especial estrecha para la conservación del bien jurídico» (WELZEL, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. 90).

[310] *Vid. supra*, nota 305.

[311] *Commissivdelikte*, pp. 171 ss.

marco penal del delito comisivo supuestos que, si no, tendrían que quedar impunes (o castigarse con la pena inadecuadamente leve de un delito de omisión propia). Tal laguna de punibilidad no puede aparecer en los casos denominados de «delitos omisivos por comisión», como hemos visto. (Antes al contrario, es la construcción del «delito omisivo por comisión» la que da lugar a notables lagunas de punibilidad.) Y no existe el peligro de castigar con excesivo rigor, pues ya vimos que el marco penal del delito comisivo era igualmente pertinente para los nueve casos objeto de estudio. Así pues, no hay que lamentar que no existan los «delitos omisivos por comisión», sino alegrarse de ello.

F. LA OMISIÓN INTENTADA Y EL OMITIR LA TENTATIVA DE CUMPLIR EL MANDATO

I. Estado de la doctrina

Suele darse por supuesto que la cuestión de la tentativa en el delito de omisión impropia es ociosa y simplemente de interés teórico, puesto que aquí la tentativa no está conminada con pena. Lo cual es, sin embargo, una conclusión engañosa, pues, por una parte, recientemente el legislador ha conminado con pena de modo expreso en el § 41.I [393] del Código Penal Militar (WehrStGB) la tentativa de «ocasionar» un peligro grave por omitir la debida supervisión de subordinados [394]. Y, por otra parte, se pondrá de manifiesto que la cuestión de la tentativa tiene gran trascendencia para la interpretación de bastantes tipos de omisión propia.

En la doctrina se defiende sobre todo la idea de que no cabe concebir la tentativa en el delito de omisión propia [395]; a tenor de lo cual el § 41.I, inciso 2, WehrStGB sería una especie de criatura abortiva. Otros autores se limitan a afirmar la posibilidad de tentativa fracasada y rechazan la tentativa inacabada para el delito de omisión propia [396]. Pero justo a la inversa se mantiene también el parecer de que en la omisión propia es posible la tentativa inacabada, pero no la fracasada o la acabada [397]. Otra corriente

[393] § 41 Código Penal Militar alemán: «*Supervisión de servicio defectuosa.* 1. Quien omitiere dolosamente supervisar o hacer supervisar debidamente a subordinados, ocasionando así una consecuencia grave (§ 2, núm. 3), será castigado con prisión. La tentativa es punible» [N. de los TT.]

[394] Tal vez quepa esperar la objeción de que el § 41 WehrStGB [Código Penal Militar] no contiene un delito de omisión propia, sino impropia, porque el mandato requiere evitar el resultado. Esta cuestión se volverá a tratar en el texto.

[395] Así expresamente: E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pp. 307 ss.; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 377; E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 348; V. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, p. 542; HÄLSCHNER, *Deutsches Strafrecht*, I, p. 354; GLASER, *Abhandlungen*, I, p. 292; LUDEN, *Abhandlungen*, I, p. 468; GEIB, *Lehrbuch*, II, p. 283; OPPENHOFF-DELIUS, § 43, nota 15; KÖSTLIN, *System*, I, p. 253; NAGLER, *LK*, 1.ª ed., p. 61. Más referencias de la doctrina anterior en BINDING, *Grundriß*, pp. 129 ss.

[396] Así V. LISZT, *Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 196; A. ROHDE, *Die Natur*, p. 87; FINGER, *Deutsches Strafrecht*, I, pp. 316 ss.; asimismo, FRANK, *VDA*, V, p. 211, y WELZEL, *Strafrecht*, pp. 171 y 186.

[397] Así LANDSBERG, *Commissivdelikte*, pp. 171 ss.; R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 409.

de omisión impropia, indicando que los delitos de omisión propia sólo se basan en mandatos de mera actividad; el omitir la actividad es delito consumado, con independencia de si —p. ej., en la omisión del socorro, § 330 c StGB— se ha evitado o no el resultado de otro modo. A ello se ajusta la postura que incluso actualmente jurisprudencia y doctrina mantienen con respecto al § 330 c StGB, en el sentido de que el tipo se realiza al margen de si ha acaecido el daño en ciernes [317]. Y es que también esta conclusión se fundamenta señalando que el § 330 c StGB se basa, no en un mandato de evitar el resultado, sino en un mandato de mera actividad [318].

De hecho, es casi *communis opinio* que en los delitos de omisión propia en general, y en el § 330 c StGB en particular, se contravienen mandatos *de mera actividad* en el sentido de la acción descrita en el tipo, mientras que en los delitos de omisión impropia subyacen mandatos *de evitar el resultado* [319]; recientemente, incluso WELZEL se ha sumado a esta corriente [320]. Pero ¿es acertada?

a) *Mandatos de evitar el resultado*

Tomemos desde el principio esta teoría al pie de la letra: a lo que ha de atenderse aquí es a la evitación *del resultado*, no al impedir la lesión *del bien jurídico*. Así pues, en los delitos de omisión propia el mandato no se dirige a evitar el resultado.

Pero un vistazo al § 41.1 del Código Penal Militar (WehrStGB) pone de manifiesto que aquí hay un delito de omisión en que se conmina con pena el no evitar un resultado, aun cuando la «consecuencia grave» consista a su vez en un «peligro» [321]. Con todo, cabría afirmar que este delito es un tipo de omisión *im*propia, puesto que el mandato de evitar el resultado es precisamente el criterio de la omisión impropia. Quien esté dispuesto a extraer esta consecuencia para la delimitación de los delitos de omisión impropia no debe temerle a otras más: imagínese el ya citado Reglamento sobre malas hierbas del Estado federado de Hamburgo, modi-

---

[317] *RGSt*, 71, p. 203; 75, p. 359; GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349; WELZEL, *NJW*, 53, p. 328; *Strafrecht*, p. 385; SCHRÖDER, *StGB*, § 330 c, nota II; LANGE, *StGB*, § 330 c, nota III; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 407; SCHWARZ, *StGB*, § 330 c, nota B.4; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 8; WERNER, *LK*, II, 8.ª ed., § 330 c, nota II.4.

[318] Cfr., p. ej., *RGSt*, 75, p. 359; WELZEL, *Strafrecht*, p. 385; GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349; LANGE, § 330 c, nota III; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 407.

[319] Con especial energía se han pronunciado en favor de la distinción básica: aquí mandato de evitar el resultado, allí mero deber de socorro o mandato de mera actividad; aquí delito de omisión impropia, allí propia: NAGLER, *GS*, 111, pp. 17 ss.; *LK*, I, 6.ª ed., pp. 60 ss.; E. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, pp. 82 ss., especialmente nota 45; *Strafrechtspraktikum*, pp. 25 ss.; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, pp. 6 ss.; VOGT, *ZstW*, 63, p. 404; cfr., asimismo, LANGE, *StGB*, § 330 c, nota III; MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 167, 232 y 236; M. E. MAYER, *Allgemeiner Teil*, p. 190.

[320] WELZEL, *Strafrecht*, 6.ª ed., p. 175; por primera vez en 3.ª ed., p. 148.

[321] Cfr. § 2, núm. 3, WehrStGB.

ficado de manera que imponga a los propietarios la obligación de impedir la diseminación de semillas de abrojos [322]. No cabe negar que impedir dicha diseminación es un «resultado» y, en consecuencia, estaría constituido un «mandato de evitar un resultado». Pero ¿quién va a afirmar que aquí se da un delito de omisión impropia? [323]

Con lo cual se pone de manifiesto, por una parte, que recurrir al «mandato de evitar *el resultado*» es por sí solo un criterio inidóneo para delimitar delitos de omisión propia e impropia, y, por otra, que *hay delitos de omisión propia que infringen el mandato de evitar un resultado*. Indudablemente muchos delitos más de omisión propia se basan en un mandato de mera actividad, sin tendencia directa al resultado. Asimismo, se encuentran supuestos en que *se prescribe* precisamente *producir* un resultado; así, p. ej., en todos los mandatos de avisar y denunciar, el conocimiento que se pretende que tenga la autoridad constituye un «resultado» que el obligado ha de realizar. Pero también existen —como se acaba de mostrar— casos en que la *evitación* de que acaezca un resultado es el «resultado» que ha de realizar el obligado, en que, por lo tanto, se establecen «deberes de evitar el resultado» [324].

De este modo queda refutada la tesis dominante. Si acaso podría aún ser dudoso si su criterio de diferenciación acierta en el supuesto con mayor trascendencia práctica, el § 330 c StGB. NAGLER expresa perfectamente la tesis dominante cuando escribe [325]: «La modificación del mundo jurídico provechosa para la comunidad del pueblo constituye únicamente el motivo de la exigencia jurídica, pero en modo alguno se refleja en el tipo». Dejemos de lado la concepción del tipo, que se abordará después, y centrémonos para empezar en la propia «exigencia jurídica». Ésta se dirige a «socorrer» y su motivo es ciertamente conservar la vida, la salud y bienes de gran valor. Pero ¿es que no pasa esta idea de ser el motivo, no se incorpora más bien a la configuración del objeto del mandato? «Socorrer» no es cualquier actividad útil en abstracto, sino que está referida a una situación de peligro y, por tanto, a la evitación del peligro que se cierne [326]. Así dice también WELZEL [327] que el socorrer es una «acción que apunta a la evitación de un resultado».

La decisión de obrar del obligado a socorrer no puede tener, razonablemente, más contenido que el de efectuar una acción que impida o

---

[322] Por lo demás, la ordenanza prescribe ahora: «Debiéndose llevar a cabo de manera que se evite la maduración y diseminación de las semillas». Cfr. *supra*, pp. 188 ss.

[323] Por lo demás, cabría encontrar también una «posición de garante»: el poseedor del jardín, como único con legitimación y capacidad para disponer, ha de «responder» como «garante» de que sus abrojos no se extiendan.

[324] *Vid.* RITTLER, *Strafrecht*, I, p. 269; SAUER, *GS*, 114, p. 384, nota 51; BINDING, *Normen*, I, p. 123.

[325] *GS*, 111, p. 18.

[326] Pormenorizadamente en este sentido STORSBERG, *Nothilfepflicht*, pp. 65 ss.

[327] *Strafrecht*, p. 384 (cursiva de WELZEL).

del § 138 StGB [333] y fracasa, me parece, en el § 41 WehrStGB, que habría que considerar como delito de peligro *concreto* «con signo inverso», y en el § 330 c StGB; *este precepto sirve directamente a la protección de bienes jurídicos concretos* (vida, salud, propiedad), ¡y *la evitación del resultado*, que según las consideraciones precedentes constituye el objeto del mandato subyacente, *consiste en evitar la propia lesión del bien jurídico*! [334]

Ciertamente parece evidente lo que señala GALLAS [335]: «Se castiga al autor del § 330 c no (como en el delito de omisión impropia) por no evitar el resultado nocivo, sino por haber dejado pasar la oportunidad existente de evitar el daño». Pero esta contraposición olvida que, según doctrina dominante, también es punible la denominada tentativa inidónea (fracasada) del delito de omisión impropia (*recte:* el omitir la tentativa de evitar el resultado). Del garante que supuso erróneamente que, de haber obrado, habría evitado el resultado, no puede decirse precisamente que se le castiga «por no haber evitado el resultado nocivo»; ¡también a *este* garante que permaneció inactivo únicamente puede castigársele por haber dejado pasar una oportunidad de evitar el daño supuestamente existente! Pero así entra en escena el problema de la tentativa, que se analizará en las líneas que siguen.

II. La tentativa de omitir

Dado que entre los delitos de omisión impropia los hay que se basan en un mandato de realizar o de impedir un resultado, en lo sucesivo puede investigarse la tentativa de omisión simultáneamente en consideración a los delitos de omisión *impropia*. (Dándose por sentado, lo que habrá que demostrar más adelante, no obstante ser doctrina dominante: que los denominados delitos de omisión impropios son ontológicamente supuestos de omisión.)

---

[333] Muy de tener en cuenta aquí es la idea de BINDING (*Normen*, I, p. 124): «mandato de transmitir» y, por tanto, paralelismo con los delitos de peligro *concreto*.

[334] El § 360, núm. 8, StGB prevé la contravención consistente en indicar a autoridad o funcionario competentes datos personales erróneos (sobre el propio nombre, profesión u oficio, domicilio o nacionalidad), o negarse a facilitarlos. El § 368, núm. 2, la omisión de limpiar de orugas los árboles, en virtud de lo dispuesto en las leyes o reglamentos respectivos. El § 368, núm. 4, la omisión de asegurar los hogares y la limpieza debida de chimeneas. El § 138, la omisión de denunciar delitos. El § 330 c, la omisión de socorro.

El § 41 WehrStG dice así: «El que, dolosamente, teniendo servicio de guardia: 1. Se pusiere a sí mismo en condiciones de no poderlo prestar. 2. Abandonase su puesto. 3. No obedeciere órdenes relativas al servicio, causando así una consecuencia grave (§ 2, núm. 3), será castigado...» [N. de los TT.]

[335] *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349.

reduzca el daño en ciernes, o sea, una acción de evitar el resultado. Aun cuando el obligado crea sólo por error poder evitar el resultado con su hacer, su obrar está desde luego sustentado por la tendencia a evitar el resultado. Así pues, tanto en el § 330 c StGB como en los delitos de omisión impropia, *materia del mandato es una acción (final) de evitar el resultado*. Por eso es irrefutable lo que señala H. MAYER [328]: «El deber de actuar únicamente tiene por objeto impedir el resultado nocivo. Quien ha de socorrer al accidentado, le debe a éste el socorro salvador siempre que esté en condiciones de prestarlo. Así pues, todos los deberes de socorro persiguen evitar resultados». Por expresarlo con las anteriores palabras de WELZEL: «La evitación del resultado es, naturalmente, también el objeto de los mandatos en los tipos de omisión propia, p. ej., del § 330 c. Por ello, esa evitación ha de llevarla a cabo el autor, siempre que le sea posible» [329].

Desde el punto de vista de la lógica de las normas, pues, la distinción que pretende llevar a cabo la doctrina dominante basándose en los diferentes objetos del mandato en los tipos de omisión propia e impropia es insostenible tanto en general como particularmente para el § 330 c StGB.

b) *Mandatos de evitar una lesión de bien jurídico*

Sin embargo, quizá esa distinción podría encontrar apoyo en el fin de protección de las leyes penales. WELZEL se remite a esta idea cuando señala acerca de los delitos de omisión propia [330]: «Se trata aquí de un correlato de los delitos de peligro abstracto: si éstos prohíben realizar un peligro típico, aquéllos prescriben incrementar las posibilidades típicas de asegurar o de conservar». GALLAS comparte esta idea, al menos con respecto al § 330 c StGB [331].

La concepción de WELZEL convence para la mayor parte de los delitos de omisión propia, así, p. ej., para el omitir indicar los propios datos personales a requerimiento de la autoridad (§ 360.8 StGB), limpiar de orugas los árboles (§ 368.2 StGB) [332], o mantener en condiciones de seguridad el fuego en el hogar (§ 368.4 StGB). La analogía con los delitos de peligro abstracto resulta dudosa, sin embargo, en la omisión de avisar de delitos

---

[328] *Strafrecht*, p. 139. Cfr. DOHNA, *DStR*. 1939, p. 146; *Aufbau*, p. 39.

[329] WELZEL, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. 90.

[330] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 175 ss.

[331] GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349, nota 15.

[332] En otro sentido BINDING (*Normen*, I, p. 123), que ve en ello un paralelismo con el delito de lesión. Bien es verdad que en el mandato de limpiar de orugas se da un «mandato de efectuar un resultado». Pero la concepción de BINDING de que todo mandato de realizar un resultado justifica el encuadramiento del delito correspondiente en el grupo paralelo de los delitos de lesión es demasiado genérica y, por ende, no se sigue aquí; con WELZEL, ha de llevarse a cabo la clasificación en delitos de lesión y delitos de peligro en función de si está tipificada de por sí o no la lesión *del bien jurídico*, y no —como BINDING— en función de si se causa algún «resultado».

a) *La piedra de toque de la «tentativa de omisión»*

La tentativa requiere, en el delito comisivo, la *decisión del hecho*, la de efectuar la acción prohibida y la realización parcial de dicha resolución de obrar, el *comienzo de la ejecución*. Lo cual no sólo viene exigido en la definición de tentativa del § 43 StGB, sino que a este resultado ha de llegar toda teoría sobre la tentativa; hasta qué punto ha de haber avanzado la realización del dolo del hecho para poder apreciar tentativa *punible* puede quedar abierto hasta tanto la investigación subsiguiente no fuerce a optar al respecto.

Con ambos requisitos de la tentativa hay dificultades en la omisión, pues, con arreglo a los resultados de esta investigación, *no* existe la *voluntad de realización* dirigida a omitir. Y ello se revela incluso con mayor claridad en la «tentativa de omisión», porque la tentativa se caracteriza por la voluntad puesta en práctica. Así, señalaba ya A. ROHDE: «La "tentativa" contiene una voluntad activa... sería absurdo hablar de ella en la no realización» [36]. Y aun cuando existiera la «voluntad de omitir», ésta no podría ser causal de un acontecer que cupiera caracterizar como la fase de la tentativa de una *realización* de tipo. Faltando el dolo y faltando el comienzo de la ejecución, ¿cómo determinado *no* obrar va a presentar las fases de la preparación, de la tentativa inacabada y de la acabada? [37]

Sin embargo, la doctrina dominante persiste en apreciar el «dolo de omisión», refiriéndose casi siempre al omitir consciente; ya sabemos que ello —al margen de otras consideraciones— comportaría privilegiar al indiferente e insensible. Pero quizá podría la doctrina dominante extraer el argumento de que, viceversa, la tesis que mantenemos del delito de omisión «cuasi-doloso» fuerza a negar la tentativa de omisión y, por ende, a dejarla impune. Pues, asimismo —si bien de modo no unánime—, se afirma que el delito de omisión presenta fases que como mínimo son comparables a la fase de tentativa del delito comisivo. Lo cual necesita demostrarse, y para ello hay que partir de la existencia del «dolo de omisión» en el sentido de rechazo interno positivo de la acción prescrita, aun cuando esta premisa ya se ha revelado incorrecta.

---

[36] A. ROHDE, *Die Natur*, p. 86.

[37] Con razón observa *Grünwald* (*Unechte Unterlassungsdelikte*, p. 78): «En el delito de omisión no cabe conceptualmente un comienzo de ejecución». Correctamente desde el punto de vista metodológico, GRÜNWALD procura una aplicación analógica de la idea básica de la punición de la tentativa; *vid. infra*, nota 342).

b) *¿Existe la tentativa inacabada de omisión?*

1. No supone un remedio *trasladar* las «fases comisivas» no ostensibles en el propio omitir *a una acción* que se encuentre en una relación temporal o de contenido con la omisión. Pues si se quisiera deducir la fase de tentativa del tiempo que la madre estuvo tejiendo una media de punto, habría primero que demostrar la causalidad del hacer punto para la muerte del bebé a quien la madre no alimentó.

Lo cual rige también cuando la persona inactiva efectúa una acción con la que hace imposible cumplir el mandato [33], pues esto nada cambia en el carácter omisivo del comportamiento jurídicamente *relevante*. El deber de evitar el resultado, p. ej., tiene también el contenido de conservar la capacidad de acción hasta el momento de actuar, lo cual forma parte de la dirección final prescrita. Toda acción —y, por ende, también la prescrita— comporta siempre que se omiten otras aciones que no son realizables simultáneamente. Quien dando un golpe con la mano izquierda hace caer el salvavidas que sostenía con la derecha, no comete delito comisivo alguno, como tampoco comete un delito de omisión aquel que omite quitarse el cuchillo de la mano. El que se imposibilita a sí mismo la acción prescrita ha cometido la omisión «completa» justo en el momento en que acaece la imposibilidad; si es que es posible, la fase de la tentativa tiene que aparecer en la propia omisión.

2. De hecho, parecen no ser raras las situaciones en que cabe distinguir fases del omitir que se corresponden con las fases de la realización de la acción:

a) En ocasiones, el mandato puede cumplirse mediante *varias acciones*, mediante acciones que se distinguen en sus *modalidades* o en el *momento* de su realización, lo cual presupone que todas estas acciones *poseen la misma idoneidad para cumplir el mandato;* de no ser así, únicamente la acción más idónea —según la representación de quien permanece inactivo— es objeto del mandato y sólo su realización es cumplimiento del mandato. Para el guía de alta montaña puede haber distintas posibilidades de salvar a la persona accidentada; si todas estas posibilidades presentan las mismas perspectivas de éxito, al ordenamiento jurídico le es indiferente cuál de estas acciones lleve a cabo el salvador. En casos así no surgen problemas de tentativa, porque estas acciones de salvación tan distintas han de realizarse en el *mismo* momento.

Pero también hay situaciones en que *las posibilidades de obrar existen en secuencia temporal*, siendo básicamente indiferente si coinciden o no las modalidades de las acciones que cumplen el mandato, con tal que las

[33] Para estos supuestos afirman la tentativa inacabada de omisión: ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 191; H. MAYER, *Strafrecht*, p. 292; RITTLER, *Strafrecht*, I, p. 269.

¿O tiene que cambiar de idea, tomando (ahora o luego) la resolución de salvar? Sea como fuere, podemos imaginarnos al guardagujas dubitativo que a lo largo de toda la noche «intenta» la omisión y «desiste» de ella docenas de veces, hasta que al alba cumple su deber. Sería puro azar —y prácticamente nunca comprobable— si a las tres (frente a lo esperado) el borracho se levanta, que G hubiera «desistido» o bien que estuviera «decidido al hecho».

Si para el abandono definitivo de la «resolución de omitir» se requiere llevar a cabo la *acción* prescrita [340], entonces el auténtico cumplimiento, que ha de valorarse positivamente, se convierte en mero desistimiento, que si acaso puede compensar precisamente el desvalor de la «tentativa». Los resultados fortuitos serían inevitables: modifiquemos nuestro ejemplo de manera que, frente a lo esperado, se salva el borracho porque a las tres lo despierta un perro ladrando, o lo salva un tercero, o de manera que a las tres G queda inconsciente por un accidente y el borracho resulta arrollado por el tren. Pues bien, si G estuvo en cualquier momento anterior «decidido a no obrar» responde por «tentativa», dado que no ha tenido lugar desistimiento; *¡y ello aun cuando entre tanto había cambiado de parecer y se había decidido a salvar más tarde al borracho!* Por el contrario, si G estaba indeciso sobre si salvarlo o no, si vacilaba entre ambas posibilidades sin llegar en ningún momento a un «rechazo interno positivo», no se habría alcanzado aún la denominada «fase de tentativa» y G quedaría impune; y ello aun cuando en el momento en que la acción de salvación, sin intervenir él, devino superflua o imposible, no estaba todavía decidido a salvar después al borracho. Pues bien, SCHRÖDER se conforma con que «el autor despliegue alguna actividad de la que se deduzca que se aparta de la conducta que ha venido desarrollando» [341]. Sin embargo, de este modo nada mejora en la arbitrariedad de los resultados analizados, sino que se acumulan nuevas dificultades: ¿Basta que G se ponga los zapatos para socorrer? ¿O cuántos pasos tiene que dar a lo largo de la vía? [342]

---

[340] *Así*, p. ej., H. MAYER, *Strafrecht*, p. 296; DREHER-MAASSEN, *StGB*, § 46, nota 2.c); FRANK, *StGB*, § 46, nota III; JAGUSCH, *LK*, I, 8.ª ed., § 46, nota II, 1; anteriormente, MEZGER *Lehrbuch*, p. 405.

[341] SCHRÖDER, *StGB*, §, nota B.I.°; en términos semejantes, MEZGER, *Studienbuch*, I, p. 210; GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 95 («esfuerzo serio»).

[342] GRÜNWALD (*Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 88 ss.), por analogía con la tentativa inacabada del delito de acción, aprecia tentativa en la omisión «ya cuando ha transcurrido el momento en que hubiera sido posible la acción que habría requerido el mínimo sacrificio». «Si la persona llamada a actuar ha dejado sin utilizar la posibilidad de llevar a cabo una acción que requiere una medida mínima de energía jurídica positiva, puede de ahí deducirse que igualmente, según su resolución, omitirá otras acciones posibles para cuya ejecución habría sido necesaria una energía jurídica mayor». En el sentido de GRÜNWALD, pues, nuestro vigilante que deja echado al borracho y vuelve a su caseta —«decidido» a no intervenir tampoco después— habría cometido una tentativa inacabada porque no ha efectuado *la* acción que habría requerido la medida mínima de energía jurídica positiva.

Resulta reseñable en la postura de GRÜNWALD, en primer lugar, que materialmente aplique el principio de inversión, pues aduce que en el delito comisivo «sólo fundamentan tentativa aquellas acciones que contienen la medida máxima de energía criminal» (p. 83). La cuestión es si esto que ha

acciones que difieren temporalmente presentan la misma probabilidad de alcanzar el fin pretendido por el mandato. El guardagujas que a las diez de la noche encuentra a un borracho en la vía tiene en toda la noche innumerables posibilidades de evitar el resultado, las cuales únicamente difieren en el momento si sabe con seguridad que el tren próximo no va a pasar antes de las seis de la mañana (y la templada noche estival no hace temer daño alguno para la salud del borracho). Básicamente, en tales situaciones al ordenamiento jurídico le es *indiferente cuándo* el obligado a obrar realice la acción que cumple el mandato. Bien es cierto que hay preceptos que por su tenor literal o por su sentido exigen obrar en determinado momento (el mandato en función de la posición) o requieren que se aproveche la primera mejor posibilidad de acción. Pero no siendo así, se deja al obligado a actuar elegir el momento de hacerlo. Esto lo indica expresamente el § 138 StGB al exigir (únicamente) que se denuncie *a tiempo* el delito, esto es, en un momento en que aún es posible impedir el delito planeado [35]. Y lo mismo cabe señalar de la omisión de socorro del § 330 c StGB, si bien en la aplicación de este precepto el intervalo temporal para la intervención salvadora no pocas veces tendrá trascendencia porque, aun estando la vida directamente amenazada sólo en un momento posterior, sin embargo, el estado de salud por lo general empeorará sin una intervención inmediata. Otro tanto rige para los mandatos de evitar el resultado en el sentido de los delitos de omisión impropia. Nuestro guardagujas en todo caso —ya esté obligado a actuar por el § 330 c StGB, ya como garante— cumple su deber si aparta a las cinco y media al borracho de la zona de peligro.

En estos casos, desde el punto de vista de la doctrina dominante, que afirma el dolo de omisión, parece resultar la siguiente posibilidad en favor de apreciar la tentativa *in*acabada de omisión: el guardagujas G «decide» (tras haber localizado al borracho o bien después) dejarlo tirado; éste sería el denominado «rechazo interno positivo» del obrar prescrito a sabiendas de la posibilidad de acción. G piensa que el borracho va a resultar atropellado de madrugada, pues por su grado de embriaguez no va a despertar antes, ni va a descubrirlo un tercero.

La fase de tentativa del delito de omisión sólo se la ha encontrado en el hecho de que el guardagujas ha «puesto en práctica» su «dolo de omisión» al omitir la primera posibilidad de salvación (¿o la segunda o la tercera?).

b) De entrada, dan miedo las consecuencias de una tentativa de omisión en tales términos: no cabría encontrar un límite razonable entre la fase de preparación y la tentativa inacabada; nuestro guardagujas ¿ha «dado comienzo a la ejecución» ya a las diez y cuarto, o sólo a las doce y cuarto?

Además, ¿cómo sería el *desistimiento* de esta tentativa? ¿Basta que el guardagujas abandone el «rechazo interno positivo» y empiece a vacilar?

[35] Así, acertadamente, LANGE, *StGB*, § 139, nota VI. *Vid.*, asimismo, *infra*, nota 387.

En la tentativa inacabada, la doctrina del dolo de omisión se ve abocada a ir desde un extremo al opuesto. ¡*La «decisión de omitir», construida con tanto trabajo, tiene que ser ahora tan intensa que, por una parte, no requiera una puesta en práctica externa —como la resolución de cometer— para alcanzar la fase de tentativa, pero, por otra, es necesario un hacer positivo para desistir de la denominada tentativa inacabada de omisión, el cual no es necesario en la resolución* de actuar *puesta en práctica!* El asesino «por comisión» no tiene que mover un músculo para desistir de la tentativa inacabada; en cambio, el «autor por omisión» tendría que esforzarse activamente para poner de manifiesto que ya no posee lo que de todos modos nadie sabía acerca de él. ¿Pero no es precisamente el criterio definidor de la tentativa inacabada el de que basta el mero abandono de la resolución del hecho para interrumpir la tentativa?

c) Aún cabría multiplicar los ejemplos de soluciones de casos contradictorias, apenas compatibles con el sentimiento jurídico, pero en lugar de ello preguntémonos por la *razón* de que necesariamente tenga que fracasar la búsqueda de fases de la omisión por analogía con las fases de la realización de la acción:

Esta razón se deriva, en primer lugar, de la situación *dogmática*. En el supuesto del guardagujas, no se trata en absoluto de un omitir unitario cuyas fases pudiesen compararse con la tentativa, sino de toda una serie de omisiones sucesivas de evitar el resultado. La realización de cualquiera de las acciones omitidas ciertamente constituiría cumplimiento del mandato; ¡pero no toda omisión concreta de evitar el resultado de muerte es contraria a deber (y típica)! El mandato únicamente requiere que se lleve a cabo *una* de estas acciones posibles, y se conforma con que se realice la *última posible* acción de evitar el resultado; pues sólo se trata de que se evite *en absoluto* el resultado (o de que se realice a tiempo un resultado deseado). Sólo a partir de este tan citado «instante crítico» en que habría habido que dar comienzo a la ejecución de la acción última posible de evi-

---

de invertirse abarca correctamente el contenido de injusto y culpabilidad de la tentativa de comisión, problema que aquí sólo cabe dejar mencionado: «la medida máxima de energía hostil al Derecho» se muestra en el delito comisivo no infrecuentemente ya en la fase preparatoria. El acechar en busca de la ocasión para delinquir y su preparación requieren muchas veces una medida asombrosa de perseverancia, tenacidad, voluntad y tesón, mientras que la auténtica comisión del hecho a menudo sólo plantea exigencias mínimas de «energía criminal». Si, desde el punto de vista de GRÜNWALD, no se quiere apreciar tentativa en estos casos, entonces hay que determinar la medida máxima de energía criminal precisamente en relación con la auténtica «acción ejecutiva». Pero entonces tendría que ser cierto lo inverso para el delito de omisión: la medida mínima de energía jurídica positiva sería, según esto, la necesaria en el momento en que el obligado se encuentra bajo la presión directa de la necesidad de tener que ejecutar ahora la acción prescrita. Y es que, como el propio GRÜNWALD (p. 85) advierte, «cuanto más se aproxima el resultado en el momento dado, más apremiante se vuelve el llamamiento de obrar y mayor energía criminal hace falta para resistirle». Frente a esta situación en que ha de adoptarse definitivamente la decisión sobre si cumplir el mandato, pasa a segundo plano que una de las anteriores posibilidades de cumplimiento habría requerido un sacrificio menor (menor fuerza o menos gasolina). Por lo demás, son de aplicación también al notable intento de solución de GRÜNWALD las consideraciones que se exponen seguidamente en el texto.

tar el resultado se da un omitir antijurídico; sólo de ahí en adelante echa en falta algo el ordenamiento jurídico. Resulta, pues, lo siguiente: *1. La omisión* «acabada» a_1 *no puede ser la fase de tentativa de la omisión* a_2. *2. El ordenamiento jurídico exige —en los supuestos ahora objeto de estudio— únicamente que se materialice la última oportunidad de evitar el resultado. Pero si ésta no requiere la anterior acción de cumplimiento, omitirla tampoco puede ser una tentativa antijurídica* [343].

Lo cual se ve corroborado si se recurre al criterio que caracteriza a la tentativa inacabada y que a la vez expresa el *sentido de la punición de la tentativa:* si, con BOCKELMANN [344], se parte de que «sólo puede haber tentativa allí donde el dolo de delinquir ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica», desde el momento en que «se ha adoptado la última decisión determinante sobre que el hecho va a realizarse», no puede caber duda de que en la omisión sólo se alcanza este instante cuando tiene que ponerse el primer fragmento de la última posible acción de evitación del resultado. A resultado no distinto se llega si, con WELZEL, se hace comenzar la fase de tentativa «con aquella actividad con la que el autor, según su plan delictivo, da comienzo directamente a la realización del tipo» [345]. Si se buscan criterios más objetivos [346], con mayor razón no cabe apreciar «tentativa» alguna *antes* del instante crítico en que se habría podido realizar la última acción de cumplimiento posible.

Podemos incluso decir más: ni siquiera se alcanza una fase que corresponda a la de los actos preparatorios en el delito comisivo si nuestro guardagujas no aprovecha la primera posibilidad de evitar el resultado. Con el acto preparatorio se pone siempre ya una condición para la posterior realización del tipo, para la producción del resultado; en la omisión *anterior* al instante crítico, en cambio, *no* se omite hacer algo que fuera condición *necesaria* de la evitación del resultado. También la «voluntad de omitir» (*recte:* la ausencia de voluntad de obrar) se objetiva, y lo hace en el *no* realizar la acción prescrita; pero la ausencia de la resolución de obrar se objetiva sólo en un no hacer totalmente determinado, en aquel que representa la negación del obrar *necesario* para cumplir el mandato. Sin embargo, necesario y prescrito es sólo el actuar en el «instante crítico».

Calificar y castigar como tentativa las omisiones anteriores a la última posibilidad de acción constituiría *puro Derecho penal de la actitud.* El guardagujas que al principio deja tirado en la vía al borracho ha hecho u

[343] *Vid.* V. LISZT (*Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 196): «En tanto que efectuar el hacer requerido... es aún posible, no se da ilícito; pero si ha pasado ese plazo, entonces existe irrevocablemente la omisión». Cfr., asimismo, WELZEL, *Strafrecht*, p. 186.

[344] *Untersuchungen*, pp. 146 ss.

[345] WELZEL, *Strafrecht*, p. 166; análogamente *BGHSt*, 7, p. 295; SCHRÖDER, *StGB*, § 43, nota I.c); JAGUSCH, *LK*, I, 8.ª ed., § 43, nota II.1.a.

[346] Cfr. LANGE, *StGB*, § 43, nota II; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 134; REITLER, *Lehrbuch*, I, p. 264; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 182; WEGNER, *Strafrecht*, p. 223.

En realidad, este grupo de casos, cuya existencia ha llevado claramente a la concepción, hoy dominante, de que al menos en el delito de omisión impropia existe la tentativa inacabada, no presenta especialidad alguna para la teoría, sino sólo para dirimir el supuesto de hecho. Así pues, cabe concluir la consideración de la «tentativa inacabada de omisión» con la idea de ZACHARIÄ de que subjetivamente, desde la perspectiva del omitente, el delito o está consumado o no existe en absoluto [359].

c) *¿Existe la tentativa fracasada de omisión?*

De cuanto antecede se desprende que no existe la «tentativa inacabada de omisión». Con lo cual —al menos desde el punto de vista de la doctrina dominante—, sin embargo, no está aún decidido si no aparece al menos la fase de la tentativa *acabada* también en la omisión.

1. Un momento decisivo comparable a la terminación de la tentativa de comisión parece concurrir en el delito de omisión precisamente en el instante en que la persona inactiva omite realizar la primera parte necesaria de la última posible acción de cumplimiento. Lo cual significaría, según nuestras anteriores consideraciones, que ¡en este momento crítico coincidirían el comienzo de la preparación, el comienzo de la ejecución y la terminación de la tentativa! Es más, en el delito comisivo cabe aún distinguir dos fases entre la terminación de la tentativa y la producción de la consumación: la primera se da si el autor todavía cree poder evitar el resultado (poder ejercer el arrepentimiento activo); la segunda, subsiguientemente, si el autor piensa que ya no tiene posibilidad alguna de influir en el acaecimiento del resultado. El primero de estos subapartados de la tentativa acabada suele faltar —según la situación— incluso en el delito comisivo: el disparar el arma acaba la tentativa y no deja lugar para la idea de poder ejercer el arrepentimiento activo. Lo que suele faltar en el delito comisivo no existiría por principio en el delito de omisión, pues quien ha dejado pasar el momento de la evitación del resultado sabe (o en todo caso cree) que ya no hay «vuelta atrás» para él. Pero esto significa que la fase de la preparación, la fase de la tentativa inacabada y la fase posterior a la terminación de la tentativa en que aún parece posible el arrepentimiento activo se comprimen en la denominada «tentativa de omisión» en *un* «segundo lógico». En un instante, el «autor» inactivo atravesaría *todas* las fases por las que pasa la acción en el delito comisivo. Y es que lo que queda, una vez que ha pasado ya la posibilidad de impedir por uno mismo el resultado de la acción mediante la intervención activa, no es una auténtica fase de la acción, sino —desde la perspectiva del autor—

[359] ZACHARIÄ, *Versuch*, 1, p. 69; igualmente, A. ROHDE, *Die Natur*, p. 87. ZACHARIÄ fundamenta este resultado, evidentemente, en que sólo la omisión deja apreciar en el momento crítico «la resolución contraria a la ley».

omitido menos que el asesino potencial que compra el arma del crimen. Ni siquiera concurre la manifestación de una mera actitud, pues el guardagujas que se marcha a casa puede muy bien estar decidido a evitar el resultado posteriormente.

3. Desde SPANGENBERG [343], se suelen aducir en favor de la tentativa inacabada de omisión (en el delito de omisión impropia) los supuestos en que aparentemente sólo mediante una sucesión de omisiones se «realiza» la muerte: la madre deja morir de hambre a su hijo; la enfermera omite cuidar al enfermo grave, etc. En casos así, de entrada hay que precisar las situaciones; por tanto, construyamos el siguiente ejemplo: un enfermo necesita cada diez días cierta dosis de un medicamento, ya que en otro caso moriría. Como el medicamento es difícil de tolerar, el médico ha prescrito que se le administre cada tercer día un quinto de la dosis. La cuidadora omite por tres veces administrarle la quinta parte de la dosis; tendría el «dolo» de «realizar» la muerte del enfermo [344].

Aquí parece basarse una omisión en otra; las cinco omisiones son necesarias para «realizar» el resultado de muerte. Pero ésta sería una consideración desde el enfoque causal, fuera de lugar en el delito de omisión. La cuestión correctamente planteada sólo puede ser del tenor siguiente: ¿qué era aquí *necesario* para evitar el resultado? Y la respuesta sólo puede ser: para evitar la *muerte* era únicamente necesario administrar al paciente la dosis completa el décimo día. Evidentemente, la cuidadora estaba obligada a administrar las dosis parciales regularmente; y este deber era, asimismo, un deber de garante, si bien sólo con respecto a la *salud* del paciente. El mandato de garante para evitar la *muerte* requería únicamente que en el «instante crítico» se le administrase al enfermo la dosis que le mantendría con vida. Si la enfermera sabía con exactitud que antes no existía peligro alguno para la vida del paciente, ni su «dolo de matar» ni el omitir administrar la dosis regular pueden fundamentar una «tentativa por omisión». (Cuestión distinta es que haya incurrido en responsabilidad en concepto de «lesiones por omisión».) En cambio, si la enfermera considera posible que la muerte acaezca tras no haber administrado tres dosis parciales, el «instante crítico» se adelanta a este momento, pues para entonces ella pensaba que había pasado ya la última posibilidad segura de evitar la producción del resultado. La tentativa *in*acabada de omisión decae también en estos casos. Lo determinante es desde cuándo la persona inactiva asumió el peligro de *acaecimiento* del resultado [345].

---

[343] *Neues Archiv für Criminalrecht*, IV, p. 550).

[344] El presupuesto —en tales casos rara vez acertado— para enjuiciar desde puntos de vista de la omisión es que no concurra hacer positivo (que no haya engaño por parte del médico o del paciente: ni medidas que impidan que terceros se den cuenta de que el niño se muere de hambre, etc.). Huelga señalar que, en caso contrario, se dan *acciones* de homicidio que evidentemente pueden mostrar una fase de tentativa.

[345] Análogamente ya LUDEN (*Abhandlungen*, I, p. 470), que destaca la producción de un peligro objetivo.

sólo un esperar a que la acción fracase o no. E incluso esta fase le falta a la omisión, pues no tiene lugar curso causal alguno.

2. ¿Puede «fracasar» una omisión? ¿Cabe imaginar que «fracase» el omitir una acción determinada?

Quizá sí; el lenguaje presenta supuestos en que habla de tentativa (fracasada) de omitir algo (una acción). Así, yo puedo intentar omitir fumar. Sin embargo, se alude así a algo un poco distinto de lo que nos ocupa, pues el indicar que he intentado en vano omitir fumar expresa que no he conseguido reprimir la gana de hacerlo. Así pues, esta tentativa de *acción* de «interferencia» nada tiene en común con nuestra «tentativa de omisión». BINDING aprecia otra posibilidad de tentativa fracasada de omitir [351]: la persona obligada a denunciar «no quiere poner sobre aviso a quien está amenazado, pero "se le escapa" y éste evita gracias a ello el ataque». Sin embargo, ¡por tentativa fracasada de omitir algo se entiende aquí *la tentativa de no llegar a ser causal!* Se trata de una tentativa de impedir que partan de mí mismo efectos causales en una dirección no deseada; y esta dirección es —fortuitamente— idéntica a la que tendría que haber tomado la acción de cumplimiento. (Dicho sea incidentalmente que, además, la acepción de BINDING reduciría intolerablemente la «tentativa fracasada de omisión»; el garante omitente que se ha equivocado sobre la necesidad de su intervención —el niño en el río no estaba ahogándose o había un tercero que lo salvó— quedaría, para él, impune.)

Así, únicamente quedaría una posibilidad de tentativa fracasada de omisión, aquella sobre cuya existencia (en todo caso en el delito de omisión *im*propia) concuerdan al menos todos los defensores de la teoría subjetiva de la tentativa: el omitente no ha realizado una acción de la que suponía que (posiblemente) habría evitado un resultado jurídicamente desaprobado; en realidad, el obrar de quien permaneció inactivo no habría alcanzado este objetivo, ya sea que no existía la posibilidad de acción, ya sea que el objeto de la acción no existía en absoluto, o que la acción no era necesaria porque el efecto deseado ya fue producido por terceros. No cabe dudar de la existencia de este fenómeno ni en el delito de omisión propia ni en el de omisión impropia. Lo único dudoso es si concurre aquí tentativa de omisión... u omisión de tentativa de obrar.

Dejemos de lado las dificultades lingüísticas de una «tentativa de omisión» en estos términos [352], pues tales dificultades no hacen más que expresar el problema de fondo: ¿Puede haber una tentativa consistente en un error y sólo en él? ¿Cabe imaginar una tentativa fracasada que no haya atravesado al menos en parte la *fase* de tentativa? Hasta la manifestación

[351] BINDING, *Grundriß*, p. 130; cfr. *supra*, p. 183.

[352] ¿He intentado omitir la salvación de quien se ahoga si permanecí inactivo a pesar de la opinión errónea de poder salvar? La lengua conduce aquí, con gran finura, al resultado correcto: ¡He *omitido intentar* salvar!

más subjetivista de la teoría subjetiva de la tentativa tendría que responder negativamente. Tampoco la tentativa fracasada puede consistir únicamente en una representación errónea. La tentativa fracasada presupone en todo caso que se haya dado comienzo a la ejecución y que no coincidan por lógica el comienzo y el final de la ejecución. *Si, conforme a la estructura material, no puede haber tentativa inacabada de omisión, tampoco tentativa acabada de omisión: el final presupone el comienzo.* La mera representación errónea de la persona inactiva de que podría hacer determinada cosa no es la tentativa de no hacer esa cosa (¡sino el omitir la tentativa de hacerla!). *Con respecto a la negación de determinado obrar, no cabe emplear los conceptos tentativa y consumación.* La negación no es graduable. (Únicamente lo negado puede presentar grados: ausencia de evitación del resultado, ausencia de intento de evitar el resultado.)

Y no se objete que la conclusión derivada de invertir el § 59 StGB (error relativo a circunstancias fácticas), sobre la que puede basarse la punibilidad de la tentativa inidónea, se referiría precisamente a la pura representación errónea, pues esta controvertida conclusión [353] sólo la ha extraído el RG bajo la premisa tácita de que siga siendo aplicable el concepto de tentativa del § 43 StGB; ¡de lo contrario, el RG habría tenido que concluir del § 59 StGB la punibilidad por delito *consumado*! Así pues, no sería posible eludir por esta vía la necesidad del comienzo de la acción ejecutiva [354].

Ahora bien, esta referencia al § 59 StGB aporta al mismo tiempo la clave para la conclusión que hay que añadir ahora a la crítica de la tentativa de omisión. El § 59.1 StGB lo necesita la doctrina de la tentativa en todo caso, pues de esa definición extraemos el concepto de dolo, imprescindible para la tentativa relevante. Sin embargo, de la aplicación adecuada del § 59.1 a la omisión se desprende precisamente que no puede atenderse al «dolo de omisión» —que no existe—, ¡sino a la ausencia de la decisión de realizar la acción prescrita! [355] A la supuesta «tentativa de omisión» le faltan todas las propiedades de la tentativa: falta la eficacia causal en el mundo exterior; no existen distintas fases de la tentativa de omisión, ni el comienzo ni el final de la ejecución, ni siquiera la propia ejecución, y falta, asimismo, la voluntad de omitir cuya realización parcial pudiera entrañar la tentativa de omisión.

El análisis de las (supuestas) fases de la tentativa —efectuado desde la premisa de la doctrina dominante de que existe el dolo de omisión— no ha sido, pues, en vano, por cuanto nos ha puesto de manifiesto que el

[353] Cfr. las objeciones de SPENDEL (*ZStW*, 69, pp. 441 ss.), quien, sin embargo, no tiene en cuenta la aplicabilidad del § 43 StGB que el BGH da por supuesta.

[354] Acerca de la interrelación entre la teoría subjetiva de la tentativa referida a la idoneidad y el comienzo de la ejecución del § 43 StGB, *vid.*, sobre todo, BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 137 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, p. 169.

[355] *Vid. supra*, pp. 136 ss.

deseado o la evitación deseada del resultado ya se han analizado en la parte ontológica de esta obra [357]. Por tanto, sólo hace falta aquí extraer las consecuencias.

La capacidad de tentativa se sustancia en la posible *discrepancia entre la capacidad de planear* (subjetiva) *y la posibilidad de realización* (objetiva). Por consiguiente, hay dos supuestos en que no existe «plena» capacidad de acción, sino sólo la capacidad de acción de tentativa (inidónea): cuando la «base cognoscitiva» de la capacidad de acción no coincide con la realidad, esto es, cuando la persona inactiva ha *supuesto erróneamente una situación típica*, entonces ha omitido realizar una tentativa de cumplir el mandato. Igualmente, es capaz de una acción de tentativa el que ha llegado o podría llegar a la *conclusión* objetivamente *errónea* de que su *acción es realizable* [358].

Aquel que considera todavía viva a la víctima que ha muerto en el accidente podría obrar con el fin de evitar la muerte de la persona supuestamente sólo herida. Si lo omite, ha omitido una tentativa de salvación. Quien cree que podría aún avisar a tiempo por teléfono a una persona amenazada por un plan delictivo, siendo así que la línea está cortada, podría *intentar* presentar una denuncia. La misma tentativa omite quien, al reflexionar según prescribía el mandato, hubiera llegado a la errónea creencia de que podría avisar por teléfono. El comandante que supone erróneamente que uno de sus oficiales va a exponer a la tropa, infringiendo su deber, a un peligro grave para la vida o la integridad física, y no hace nada, omite la tentativa de evitar este peligro. (Tal es el caso al que se refiere el § 41.1. inciso 2.°, WehrStGB. No es una tentativa de omisión, ni una tentativa de «realizar» por omisión la «consecuencia grave», sino una omisión de la tentativa —inidónea— de evitar el peligro que se cierne.)

Parece fuera de duda que este omitir la tentativa de cumplir el mandato también es conceptualmente posible en otros delitos de omisión propia. Y tampoco cabe discutir que el mandato puede referirse a la tentativa inidónea de su cumplimiento, del mismo modo que la prohibición puede referirse a la tentativa inidónea de realizar la materia de prohibición. De este modo adquiere perfiles nítidos el problema de la tentativa. Quien es «capaz de tentativa» —en el sentido indicado— y, sin embargo, no lleva a cabo la acción tendente a conseguir el fin del mandato, omite la tentativa de la acción prescrita, cometiendo lo que con poca precisión se denomina «tentativa de omisión» «fracasada» o «inidónea». Otro tanto cabe señalar de los delitos de omisión *impropia*.

Bien es cierto que el omitir la tentativa de cumplimiento abarca en un punto *más* que lo que la doctrina dominante incluiría en el concepto de

[357] *Vid. supra*, pp. 62 ss.

[358] Cfr. los ejemplos *supra*, pp. 63 ss.

correlato dogmático de la tentativa de la comisión ha de presentar otra estructura distinta en el delito de omisión.

IV. El omitir la tentativa de cumplir un mandato

a) *La acción imaginada y negada*

Bien es verdad que no existe la «tentativa fracasada de omisión», pero sí el fenómeno al que así se denomina. *En realidad, con la «tentativa fracasada o inidónea de omisión» se alude* —como ya se sugería en el anterior apartado de esta obra— *al omitir una tentativa de realizar la acción prescrita.* Y se trata de una tentativa de cumplir el mandato que, de haberse realizado, necesariamente habría fracasado. La acción imaginada (y prescrita) a la que se refiere este omitir es, pues, una tentativa fracasada de cumplir el mandato; p. ej., una acción fracasada de evitar el resultado. La negación de una acción determinada, negación que es esencial para el concepto de omisión, no consiste aquí en el negar una acción de cumplimiento consumada, sino en la negación de una tentativa de cumplimiento. La acción determinada a la que se hace referencia en la omisión de la tentativa» es distinta a la del «omitir la tentativa»: la negación de la acción de cumplimiento no coincide con el negar la tentativa de cumplimiento.

Esta tentativa de cumplimiento, en cuya ausencia recae el acento del desvalor, puede presentar fases *en tanto que* puede tratarse de la negación de determinada tentativa de evitar el resultado acabada o inacabada. Pero estas fases de la tentativa de cumplimiento *negada* serían siempre las de una tentativa de cumplimiento fracasada: la tentativa de cumplimiento omitida podría haber tropezado prematuramente con obstáculos, de haberse llevado a cabo, y, asimismo, habría podido fracasar sólo cuando la persona que obró con tendencia a evitar el resultado habría hecho todo lo supuestamente necesario para evitar el resultado.

b) *La capacidad de tentativa*

La misma posición central que en el omitir el cumplimiento (consumado) le corresponde a la capacidad de acción, en el omitir la tentativa de cumplimiento la asume la «capacidad de tentativa». Así como el concepto del omitir una determinada acción de cumplimiento únicamente adquiere sentido y forma mediando la (plena) capacidad de acción [156], así la omisión de la tentativa de cumplimiento sólo llega a ser concebible y lógica en virtud de la «capacidad de tentativa». Las estructuras de esta capacidad de intervenir activamente con el fin de alcanzar el resultado jurídicamente

[156] *Vid. supra*, pp. 301 y 116 ss.

«tentativa fracasada de omisión». El tipo del delito de omisión cuasi-dolosa no se limita desde luego a los supuestos de omitir consciente (el supuesto «dolo de omisión»), sino que comprende, asimismo, una parte del omitir inconsciente, a saber, los casos en que el omitente no ha hecho nada para alcanzar el fin del mandato, aun cuando habría estado en condiciones de hacerlo [359]. Esta ampliación vale, asimismo, para el omitir inconscientemente la tentativa de cumplimiento, si el omitente al menos podría haber planeado la acción prescrita: se trata de los supuestos de «error inverso», desarrollados ya *supra* a partir de la capacidad de tentativa; en caso de que el sujeto hubiera querido realizar la acción de cumplimiento, de haber reflexionado sobre las posibilidades del hecho habría llegado a la conclusión errónea de que (tal vez) podía realizar la acción prescrita. P. ej., A no pudo —contemplado *ex post*— salvar a B, que se ahogaba. Pero si hubiera estado dispuesto a salvar a B, al verificar las posibilidades de salvación habría tenido que llegar a la conclusión de que la barca amarrada a la orilla ofrecía una posibilidad de salvación; y es que A al principio no habría podido darse cuenta de que esta barca hacía agua. Decidir aquí de otro modo y, por falta de «dolo de omisión», *negar* la «tentativa inidónea de omisión», conduciría a privilegiar la indiferencia o incluso la insensibilidad. (A desea la muerte de B y justo por eso no piensa en socorrer, ni mucho menos en las concretas posibilidades de salvación.)

c) *El principio de inversión en el omitir la tentativa de cumplimiento*

Lo que se desprende de aplicar el principio de inversión a la tentativa de delito *comisivo* ya se ha mencionado tangencialmente en varias ocasiones [360]; p. ej., la tentativa de realizar la acción prescrita tiene el efecto inverso de la tentativa de realizar la acción prohibida; en lugar de punibilidad aparece la impunidad. El desistimiento voluntario del cumplimiento intentado del mandato —tanto antes como después de la terminación— tiene el efecto inverso al del desistimiento de la tentativa de comisión: éste exime de punición; si no se desiste, se da lugar a la punición por consumación o tentativa fracasada. Viceversa en el delito de omisión: *si se desiste voluntariamente de la tentativa de cumplir el mandato, la consecuencia es, dada la «plena» capacidad de acción, la punición por omitir el cumplimiento consumado; dada la «capacidad de tentativa», se desprende la*

[359] Con respecto a la omisión consciente (querida) e inconsciente (no querida), *vid. supra*, pp. 94 ss. Los motivos por los que el indiferente o insensible, que ni siquiera ha pensado en el obrar prescrito y, por ende, ha faltado ya en la primera fase de la dirección final prescrita —adoptar la resolución de obrar y desarrollar el plan de acción—, realiza el tipo de un delito de omisión cuasi-dolosa, se han expuesto ya pormenorizadamente; *vid. supra*, pp. 126 ss.

[360] *Cfr. supra*, pp. 103 y 124 ss.

punibilidad por omitir la «tentativa de cumplimiento» (siempre que sea punible la omisión de la tentativa).

Éstas eran las consecuencias ya conocidas de aplicar el principio de inversión en una de sus dos modalidades: si en la acción prescrita aparece la misma estructura del obrar que en la acción prohibida, el efecto dogmático es allí el inverso de aquí. Planteémonos ahora cómo cabe aplicar la otra forma de nuestro principio de inversión: el mismo *efecto* dogmático —punición por tentativa— presupone con respecto a la acción prescrita la *estructura ontológica inversa* que en la acción prohibida. Como nuestro principio de inversión se basa en la negación de una acción determinada en el concepto de omisión, la estructura inversa a una acción de tentativa prohibida es el omitir la tentativa del cumplimiento prescrito. Esta conclusión a partir del principio de inversión corrobora, así, la forma de la inversión que en las páginas precedentes ya se ha llevado a efecto para el omitir la tentativa de cumplimiento; la capacidad de tentativa es la base común tanto del realizar la tentativa de comisión como del omitir la tentativa de cumplimiento.

Sin embargo, hay que aludir a las especialidades que tienen trascendencia al menos para la teoría. El omitir la tentativa de cumplimiento ¡es *siempre la omisión de una tentativa que sería fracasada*! Y únicamente con respecto a esta tentativa de cumplimiento necesariamente fracasada cabría decir que —de emprenderse— sería fracasada en determinada *fase* de la acción. El motivo reside en la estructura de la omisión: la misma relevancia tiene que se haya omitido «meramente» una preparación de evitar el resultado, o que sólo haya faltado el comienzo de la ejecución de evitar el resultado, o que sólo a partir de un fragmento posterior no quepa ya continuar la acción de evitar el resultado; *pues en la omisión, para materializar la omisión «entera», basta con* no *poner una sola de las (en su caso numerosas) condiciones necesarias para realizar un resultado deseado o para evitar un resultado no deseado.*

La situación es distinta en el delito de comisión. El asesino potencial debe poner gran número de condiciones, realizar una serie de actos parciales, para alcanzar el fin prohibido; ciertamente, comprar el arma del crimen es una condición necesaria para ejecutar el plan, pero en modo alguno el único fragmento del obrar que ha de ejecutarse, abriéndose así la posibilidad de una diferencia cuantitativa entre los actos preparatorios y aquellos con los que se comienza y se continúa la ejecución del hecho.

En el delito de omisión, por el contrario, ya el no realizar el primer fragmento de la acción necesaria y prescrita decide sobre si concurre una omisión jurídicamente relevante. Si la persona capaz de acción no toma en el momento crítico la pértiga, único medio con el que podría realizar la salvación, este «omitir la acción preparatoria de salvar» significa al mismo tiempo que sencillamente se omite la acción de salvar; el que se trate

habría llegado en seguida a la conclusión de que no existía posibilidad alguna de salvación. X no era aquí ni siquiera capaz de concebir planes. *Y la capacidad de al menos trazar el plan para evitar el resultado es el presupuesto mínimo que ha de concurrir para poder apreciar la omisión de la tentativa de cumplir el mandato,* como ya tenemos visto.

Este límite existe, con signo inverso, también en el delito comisivo: el planear el hecho por parte del autor único no es nunca punible, por mucho que se aproxime el comienzo de realización del hecho a la fase de planeamiento o aun cuando incluso estén tipificados los propios actos preparatorios. Así como concebir la decisión de cometer el hecho prohibido no es típico, tampoco lo es el mero no concebir la decisión de realizar la acción prescrita. También para el delito omisivo debe concurrir algo *más:* el no realizar una decisión que habría podido concebirse; el no realizar determinado plan del hecho por parte del capaz de planeamiento (y, por tanto, asimismo, capaz «de tentativa»).

d) *El desvío con respecto al curso previsible del suceso en el delito de omisión*

En el delito doloso de comisión es posible que la representación del curso de la acción diverja del curso causal realmente ocasionado en concreto. Son conocidos los problemas que de ahí se desprenden para el ámbito del dolo, referidos, entre otras, a la cuestión de si hay que apreciar delito comisivo intentado o consumado. (El autor supone haber consumado el hecho, pero el resultado se produce sólo por otra acción posterior. O bien, los golpes de hachuela propinados con dolo de matar no producen la muerte, que sí acaece con posterioridad por infección de las heridas.)

Mediante la inversión correspondiente aparece esa problemática también en los delitos de omisión: A cree que X, ya herido por un toro, sin su intervención va a morir a cornadas; lo cual no ocurre, pero el ganadero le atropella después con su carreta. B supone que X va a morir por una lesión en la cabeza, si no lo lleva al hospital; la herida en la cabeza era inocua, pero X muere por lesiones internas. El guardagujas G deja tirado al borracho en la vía creyendo que el tren de mercancías que va a pasar dentro una hora va a arrollarlo; el mercancías no llega a pasar, pero una hora después resulta arrollado por el rápido.

Estos casos se caracterizan por que el omitente desconoce la clase o el momento del peligro que se cierne y por que, de haber intentado evitar la producción del resultado que en su opinión amenazaba, con esta acción también habría evitado los peligros en realidad concurrentes. El que haya que apreciar aquí omisión de una tentativa de salvación u omisión de una salvación (consumada) se rige por los mismos principios controvertidos

de la omisión de una acción de salvamento (consumada) o del omitir una tentativa de salvación depende de si se da la capacidad de acción o sólo la capacidad de tentativa [76].

Así pues, el problema de la delimitación entre acción preparatoria impune y tentativa de comisión punible *no* aparece con signo inverso en el lado de la omisión, y ello porque el omitir la preparación de la acción de cumplimiento no es concebible sin que no se omita la propia acción de cumplimiento. El garante que no compra el arma que le ofrece la única posibilidad de defender al día siguiente el bien jurídico, omite no sólo la preparación de la defensa, sino también ésta misma; sólo con posterioridad puede resultar que, frente al parecer del garante, no hace falta la acción de defensa; entonces se da la omisión de una tentativa (inidónea) de evitar el resultado.

Lo que aparece en el lado de la omisión como «omisión de la tentativa de cumplimiento» se corresponde, pues, invirtiendo el signo, con la tentativa de comisión fracasada acabada. Para expresarlo con claridad: si el legislador decidiese equiparar al delito consumado aquella tentativa de comisión en que, según cree el autor, ya no existen posibilidades de desistir, por inversión de esta decisión valorativa tendría que equiparar el tratamiento de *todo* el ámbito del «omitir la tentativa de cumplimiento» a la propia omisión del cumplimiento.

Nadie va a lamentar que *no exista nada análogo a la problemática de la delimitación cuantitativa entre actos preparatorios y comienzo de la tentativa en el lado de la omisión.* En su lugar, hay que trazar otro límite, que —claro— presenta menos dificultades: el inválido X asiste a una situación de desamparo de su enemigo Y. En su alegría por el suceso, X ni siquiera piensa en la posibilidad de salvación. De haberse parado a pensar,

[76] Para prevenir malentendidos ha de aludirse a un grupo de casos distintos y que, por tanto, se han de tratar de otro modo: R tiene disponibles *dos* posibilidades de salvación: podría coger inmediatamente la pértiga y desde la orilla salvar a X, que se está ahogando; pero también podría correr hasta el puente, un momento después, para desde allí lanzar el salvavidas a X, a quien entre tanto la corriente habría arrastrado. Si R habría podido advertir ambas vías de salvación y habría tenido que considerar ambas posibilidades igualmente favorables (caso bastante raro), R sólo habría estado obligado a ejecutar la última de las acciones de evitación del resultado, tal como se señaló antes. El omitir procurarse la pértiga y el omitir, necesariamente vinculado a lo anterior, salvar mediante la pértiga, sería jurídicamente irrelevante; únicamente tendría trascendencia el omitir lanzar el salvavidas. Pero si ocurrió que R, al principio, *sólo* advirtió —o pudo advertir— la primera posibilidad de salvación, con el omitir tomar la pértiga está decidido que se da una omisión jurídicamente relevante de R. Si R advierte con posterioridad la segunda posibilidad de salvación, entonces surge para él un *nuevo* deber de obrar, cuyo cumplimiento *de lege lata*, ha de valorarse como arrepentimiento activo relativo al primer omitir; al respecto *infra*, e). Si R no aprovecha tampoco la segunda posibilidad de salvación que sólo pudo advertir después, se da una segunda omisión típica; el primer omitir es una omisión de una *tentativa* de cumplimiento, porque, según la estructura del supuesto, la acción no era (aún) necesaria objetivamente; el segundo omitir es una omisión del cumplimiento (consumado). Las dos omisiones jurídicamente relevantes se encuentran en la misma relación recíproca que la tentativa de homicidio fracasada en principio y el homicidio consumado subsiguiente.

conforme a los cuales se decide en el delito comisivo si concurre tentativa o consumación.

Podemos pasar aquí por alto los pormenores. (También en los delitos de omisión cabe establecer paralelismos con los supuestos de error en el golpe o de confusión del objeto.) En el curso de esta investigación, los supuestos de desvío con respecto al curso previsible del suceso interesan no tanto por su trascendencia material o porque aquí se confirme el principio de inversión hasta en sus ramificaciones singulares, sino por ofrecer el punto de partida para las consideraciones subsiguientes.

e) *¿Existe el arrepentimiento activo en el delito de omisión?*

De las consideraciones precedentes cabría extraer en principio la conclusión de que no hay desistimiento del omitir, al no existir la «tentativa de omisión» ni inacabada ni acabada. Sólo cabe hallar el omitir la tentativa de cumplimiento, el omitir una acción tendente a evitar el resultado que, de haberse llevado a cabo, no habría podido conducir al fin.

Sin embargo, el fenómeno del desvío con respecto al curso previsible del suceso parece abrir la posibilidad de hacer intervenir, también para el delito de omisión, al menos el arrepentimiento activo: el guardagujas G ha dejado pasar el momento en que, en su opinión, podía haber evitado que al borracho lo atropellara el tren. Sin embargo, el tren anunciado se retrasa o cancela, recibiendo así G, que se entera de la noticia, de nuevo la posibilidad de socorrer al borracho. ¿Se dará arrepentimiento activo que exime de la pena, del § 46.2 StGB [362], si G al final interviene?

Busquemos de entrada supuestos similares en el ámbito del delito comisivo: también aquí puede ocurrir que el autor suponga que ya no se da la posibilidad de arrepentimiento activo, pero luego se dé cuenta del desvío en el curso causal y con él de su nueva oportunidad de evitar aún el acaecimiento del resultado; A ha abatido a B de un disparo, creyendo haberlo matado en el acto; sin embargo, B sigue con vida, pero en peligro de morir desangrado. El desvío del curso causal da lugar aquí a que el autor se vea ante una situación totalmente nueva y no prevista. Creía haber perdido el dominio sobre la producción del resultado, así como la posibilidad de arrepentimiento activo.

Los puntos de vista que en general sustentarían la eficacia liberadora de pena del desistimiento de la tentativa no encajan aquí, o al menos no sin más. Desde la perspectiva de la teoría subjetiva de la tentativa, para la

[362] § 46 StGB: «*Impunidad de la tentativa*. La tentativa en sí estará exenta de punición si el autor: (...) 2. en un momento en que la acción aún no hubiere sido aún descubierta, evitare con su propia actividad la producción del resultado constitutivo de la consumación del delito grave o menos grave» [N. de los TT.]

que es decisivo el plan del hecho, esta forma del arrepentimiento activo que se produce *tras la supuesta consumación* del delito se aproxima más al arrepentimiento activo posterior a la consumación que a aquel que existió y se utilizó de conformidad con el plan del hecho del autor [83].

No hace falta que profundicemos en este punto, pues *de lege lata*, el § 46.2 StGB abarca, asimismo, estos supuestos como arrepentimiento activo. Hay que señalar, no obstante, que *el arrepentimiento activo ya no posible según el plan del hecho, que sólo puede aún desplegarse como consecuencia de un desvío con respecto al curso causal imaginado, dogmáticamente es un* aliud *con respecto al resto de los supuestos de desistimiento*. Lo cual es importante para enjuiciar el supuesto análogo en el delito omisivo:

El guardagujas que socorre al borracho, aun habiendo creído primero (o habiendo tenido que llegar a creer) que ya no era posible la salvación, no ejerce el arrepentimiento activo en sentido estricto. Más bien, *cumple un deber* de evitar el resultado que se le ha presentado *nuevamente* a partir de su situación cognoscitiva corregida. De la omisión precedente de la

[83] Cfr. BOCKELMANN (*Untersuchungen*, pp. 167 ss., especialmente pp. 182 ss.), cuya concepción —la «muestra de gracia» de la impunidad por el «mérito» adquirido mediante el arrepentimiento espontáneo ha de tenerse en cuenta en la tentativa, a diferencia de en la consumación, como «consecuencia de la teoría subjetiva de la tentativa»—, a mi juicio, conduce a la posición referida en el texto. Cfr., asimismo, los autores mencionados *supra*, p. 124, nota 51.

Pero es que, además, *a menudo, el omitir el arrepentimiento activo se construye como delito de omisión impropia*; *vid.*, p. ej., KIELWEIN (*GA*, 55, p. 226), cuya invocación de las sentencias RGSt, 34, p. 26, y RGSt, 57, p. 297, resulta evidentemente ineficaz. En vano se ha esforzado la perspicacia de M. E. MAYER (*Alg. Teil*, pp. 192 ss.) en superar las dificultades a que da lugar esta construcción. Obviamente, quien parte de que el omitente *causa* el resultado no evitado, debe admitir dos series causales que surten efecto independientemente —la derivada del obrar y la surgida del omitir el arrepentimiento activo— y se enfrenta a la cuestión de cómo resolver semejante cuadratura del círculo.

Es difícil decir qué extraña más en esta construcción: la imagen del asesino que se convierte en garante por acechar a su víctima; o el mandato: si, con ánimo homicida, has hecho todo lo necesario para ocasionar la muerte de otro, ¡entonces deberás evitarlo!; o el hecho de que este mandato no se dirija a aquel cuyo plan del hecho no deja margen alguno para el arrepentimiento activo; o la precipitación con que al delito de omisión impropia (tan laboriosamente construido) del omitir el arrepentimiento activo se le despoja de su trascendencia por vía del concurso; o la idea de que ha de hacerse responder, asimismo, a inductores y cómplices por omisión de evitar el delito mediante arrepentimiento activo (los cuales quizá asciendan por esta vía a señores del hecho); o, finalmente, la consecuencia de esta construcción, que tendría que abarcar como delito de omisión impropia no sólo la inactividad *posterior a* la terminación de la tentativa, sino ya *la anterior*, si el autor ha omitido imposibilitarse el hecho. De esta manera cabe convertir, en definitiva, todo delito comisivo en omisivo, lo que supone *invertir la concepción de* LUDEN. La secuencia de la acción, sustentada por la voluntad de realización, no puede ser el fundamento de un deber de garante de evitar esta acción. El ordenamiento jurídico prohíbe la muerte dolosa. Resulta superfluo, pues, el mandato dirigido al obligado a omitir en el sentido de combatir la realización del resultado voluntaria proveniente de él mismo mediante acciones voluntarias de impedir el resultado.

La situación es distinta cuando falta el dolo referido al resultado. Y también en los supuestos de desvío del curso causal, tratados en el texto. Pues aquí el autor se ve ante una *situación nueva* para él; su plan del hecho ha fracasado y el género de realización del resultado que ahora amenaza producirse ya no corresponde a la forma de acción abarcada por su dolo, siendo entonces razonable un mandato de evitar el resultado (siempre que se den los demás requisitos).

amplitud— se alcanza teniendo en cuenta la tentativa ya en la redacción del propio tipo. Con tales «tipos de tentativa» estamos familiarizados en el ámbito de los delitos comisivos; ¿los hay también en el marco de la omisión?

b) En seguida llama la atención un paralelismo que viene sugerido tanto por el propio concepto como por su interpretación: «socorrer» en el § 330 c StGB y «ayudar» en el § 257 StGB [366] son conceptos emparentados no sólo por su expresión externa, sino porque en ambos casos se trata de «verbos finales» en el sentido de V. WEBER [367], pues tanto allí como aquí se menciona un obrar «dirigido a un resultado» [368]. En un caso se pretende el fracaso de la persecución penal o el aseguramiento del botín; en el otro se da una actividad tendente a la evitación del resultado [369], esto es, el pretender el «resultado» de evitar la producción del daño que se cierne [370]. ¡El § 257 StGB, sin embargo, es un tipo de tentativa para la doctrina dominante! [371]

Si invertimos el signo para el § 330 c StGB, resulta que el omitir la tentativa de evitar los daños que amenazan producirse en una situación de desamparo está ya incorporado al tipo. O la tentativa omitida de evitar los daños está incluida, asimismo, en el concepto de la «omisión de socorro». *Así pues, el § 330 c StGB se presenta como lo análogo, en el ámbito de la omisión, de los «tipos con verbos finales», de los «tipos de tentativa» del ámbito de la comisión.*

Se pone así de manifiesto una vez más no sólo lo correcto y lo fructífero del «principio de inversión» [372], sino que sobre todo adquiere perfiles

[366] § 257 StGB: «*Encubrimiento.* 1. Quien, tras la comisión de un delito grave o menos grave, a sabiendas ayudare al autor o partícipe para que eluda las consecuencias penales de sus actos o para que asegure los beneficios del delito, será castigado...» [N. de los TT.]

[367] *Grundriß*, pp. 54 ss.; *Aufbau*, pp. 8 ss.

[368] V. WEBER, *Grundriß*, p. 54.

[369] WELZEL, *Strafrecht*, p. 384.

[370] Aquí se pone otra vez de manifiesto que era correcto caracterizar al «deber de socorro» como «deber de evitar el resultado» auténtico, p. ej., en comparación con el delito de furtivismo del § 292 StGB: en éste, no está prohibido el «acechar a la caza» como tal, sino que la prohibición se refiere a *abatirla*. El «acechar» típico sólo se da si se encamina a cobrar la pieza. *Por eso* la prohibición, que pretende y debe inhibir la acción desde la realización de la resolución, echa mano también —y precisamente— del acecho. En esto el § 292 StGB no se distingue en absoluto de la prohibición de matar, que igualmente abarca la fase de tentativa. La diferencia se refiere únicamente al modo en que se alcanza la punibilidad de la tentativa: en el § 292 mediante la propia descripción del tipo, en el § 212 [homicidio] mediante el rodeo del § 43 StGB [tentativa]. La diferencia no reside en la estructura de las normas, sino en la técnica legislativa de abarcar la tentativa *punible*. Lo mismo cabe decir, invirtiendo el signo, de la relación entre el § 330 c StGB y los delitos de omisión impropia.

[371] *Vid.*, p. ej., BOCKELMANN, *Unterlassungen*, p. 198; NAGLER, *LK*, II, 7.ª ed., § 257, nota II.3.A; SCHRÖDER, § 257, nota I, *in fine*; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 320 y 424; SCHWARZ, § 257, nota 1.A; BINDING, *Lehrbuch*, II, p. 655; JAGUSCH, *LK*, II, 8.ª ed., § 257, nota 2.b; *RGSt*, 66, p. 324; 50, p. 364 (con referencias); *BGHSt*, 4, p. 224; cfr. MAURACH, *Lehrbuch*, II, pp. 602 y 607.

[372] *Vid. supra*, pp. 102 ss.

tentativa de cumplimiento no era, ni es, posible «desistimiento» alguno. No obstante, como (y en tanto que) en el delito comisivo el § 46.2 StGB también se aplica a los supuestos que únicamente se han posibilitado por el desvío del curso causal con respecto al plan del hecho, otro tanto ha de regir para estos casos del omitir la tentativa de cumplimiento: El cumplimiento posterior (conforme a deber y) espontáneo exime de punición por la tentativa omitida de evitar el resultado.

f) *El omitir la tentativa de cumplimiento supersticiosa*

El problema de la «estupidez supina en Derecho penal» no sólo se plantea en relación con la tentativa inidónea del delito comisivo, sino, asimismo, para el omitir la tentativa de cumplimiento. Quien se imagina poder salvar con rezos, y, sin embargo, no los realiza, omite una tentativa supersticiosa de cumplimiento, que en absoluto interesa al ordenamiento jurídico. La problemática de la delimitación de estos casos es aquí la misma que en el delito de comisión, simplemente con signo invertido, confirmando así de nuevo nuestro principio de inversión.

V. Tipos de tentativa con signo inverso

a) Las consideraciones formuladas hasta ahora no han llevado a ninguna postura con respecto a la cuestión de en qué supuestos la omisión de la tentativa de cumplimiento *es* también *punible* en los delitos de omisión propia. En particular, con la conclusión de que también el § 330 c StGB se basa en un mandato de evitación del resultado no se ha negado, digamos, ¡que la punibilidad por omisión de socorro tenga que producirse sin tener en cuenta el efectivo acaecimiento del daño que se cierne y la posibilidad objetiva de acción de la persona inactiva! [364] Al igual que en el delito comisivo no ha de decaer necesariamente la punibilidad de la tentativa al haber una prohibición subyacente de realizar el resultado, ello es así en los delitos de omisión cuando se basan en un mandato de evitación de resultado. Con todo, la «tentativa de omisión» sólo está conminada con pena en el § 41.I WehrStGB, no así en los §§ 330 c y 138 StGB.

Pero la declaración de punibilidad específica de la «tentativa» no es desde luego la única posibilidad de anticipar el «límite de la punibilidad». El mismo efecto —claro que, con respecto al § 44 StGB [365] con mayor

[364] Así, naturalmente, STORSBERG (*Notwilfepflicht*, pp. 70 ss.), que asume de la doctrina dominante, si bien no la respuesta, *sí* el planteamiento de la cuestión, pues niega la punibilidad de los supuestos acabados de mencionar en el texto, al afirmar para el § 330 c StGB un deber de evitar el resultado.

[365] § 44 StGB: «*Punición de la tentativa*. I. El delito grave o menos grave podrá castigarse con pena atenuada en relación con la correspondiente al delito consumado» [N. de los TT.]

nítidos el tipo del § 330 c StGB [373]. Para empezar, se ha conseguido una fundamentación concluyente de por qué el omitente responde por el § 330 c también cuando el resultado se ha evitado por otro lado, o cuando —considerado el caso *ex post*— no existía posibilidad alguna de evitar el daño. Este resultado ya ampliamente reconocido *no* cabe fundamentarlo, como se ha señalado, argumentando desde la lógica de las normas con la heterogeneidad de las materias de mandato.

c) Pero no hay que quedarse en esta clarificación. La estructura descubierta del «tipo de omisión de tentativa» fuerza y posibilita otras conclusiones: WELZEL [374] y —siguiéndole— GALLAS [375], LANGE [376] y SCHRÖDER [377] señalan que *para la cuestión de «qué es necesario para evitar el daño» es determinante «el juicio objetivo de un observador sensato» «en el momento de la omisión» (ex ante).* Esta tesis de WELZEL es en todo caso correcta al dirigirse contra un enjuiciamiento *ex post*, que desquiciaría el carácter del § 330 c StGB como «tipo de omisión de tentativa», tal como acabamos de exponer. Es, asimismo, cierto que «no es la opinión subjetiva del omitente» la que «decide sobre la *necesariedad*». Sin embargo, conforme a los resultados de esta investigación, no hace falta recurrir al «juicio objetivo de un observador sensato», pues *la capacidad de acción*, como elemento general de todos los tipos de mandato, y *la «capacidad de tentativa»* [378], como elemento especial de los «tipos de omisión de tentativa» y, por tanto, del § 330 c StGB, *aseguran una respuesta dogmáticamente clara y adecuada a la cuestión de lo que el omitente habría podido y debido hacer.*

Lo cual se pone de manifiesto en el siguiente supuesto, en el que adquiere trascendencia práctica la diferencia con la concepción de WELZEL: según el juicio de un observador sensato, situado en el momento de la omisión, no se habría podido adoptar ninguna medida eficaz para evitar el daño. Si, no obstante, la persona inactiva supuso erróneamente que podía evitarlo, al menos fue «capaz de tentativa» y, por ende, según la concepción que aquí se defiende, punible; según la concepción de WELZEL, decae la tipicidad (e incluso el deber de obrar), y ello aun cuando —considerándolo *ex post*— la medida que se planteó el omitente, en contra de la apreciación objetiva *ex ante*, habría tenido éxito.

Naturalmente, la concepción de WELZEL encuentra apoyo en tesis similares relativas a los tipos de tentativa en el ámbito de los delitos comisivos. Así, con respecto al § 257 StGB, la jurisprudencia señala que el

---

[373] No me parece acertado que el «esclarecimiento dogmático del § 330 c» pueda considerarse «concluido» (MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 407).

[374] *Strafrecht*, pp. 384 ss.; *NJW*, 53, p. 329.

[375] *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349.

[376] LANGE, *StGB*, § 330 c, nota IV, 1.

[377] *StGB*, § 330 c, nota II.2.b); *a.*

[378] *Vid. supra*, pp. 62 ss. y 252 ss.

hecho de «auxiliar» —aun constituyendo sólo una acción de tentativa— tiene que presentar una «idoneidad» objetivamente determinable [379]. Pero precisamente el propio WELZEL, enlazando con BOCKELMANN, ha aludido a lo contradictorio de estas sentencias con la teoría subjetiva de la tentativa que con carácter general defienden el RG y el BGH [380]. Lo cual ha de regir, asimismo, para el «tipo de tentativa con signo inverso», esto es, para el § 330 c StGB. Si la tipicidad de la acción de tentativa se determina únicamente por el plan del sujeto actuante, entonces aquí, en la «omisión de tentativa», se determina exclusivamente por la «capacidad de tentativa» del omitente, es decir, en función de lo que éste conocía con respecto a la situación típica y de lo que advirtió o habría podido advertir acerca de los medios del hecho [381]. También esta necesidad del examen de la posibilidad de salvación por el propio sujeto obligado la subraya WELZEL, coincidiendo con esta investigación [382].

Y no se objete que hace falta determinar el contenido de que lo que está prescrito y, por tanto, de lo que realiza el tipo de omisión. Este planteamiento sería erróneo desde el principio, pues con el establecimiento de un mandato de alcanzar determinado fin —evitar un resultado— ya se ha determinado básicamente qué acciones quedan abarcadas por el mandato: el obligado ha de hacer siempre lo posible para conseguir el fin señalado por el mandato. Así pues, *¡de la capacidad de acción (y de la capacidad de tentativa) se deduce lo que el obligado tiene que hacer!* [383]

La cuestión sólo puede plantearse a la inversa: ¿hay clases de acciones que, a pesar de la capacidad de acción —esto es, aun cuando de este modo se alcanzaría el fin pretendido por el mandato—, no están prescritas, o hay personas que —en su caso y en determinadas condiciones— no están obligadas? Tales limitaciones del mandato y, por tanto, de la obligación pueden deducirse de la tipicidad y del principio de la adecuación social. Así, en el § 330 c StGB, el ámbito de los *sujetos* del mandato está restringido a aquellos que se encuentran en una relación espacial estrecha con la situación de desamparo [384]. El § 138.I StGB limita la obligación al *obrar* dirigido a la denuncia o a advertir a la víctima potencial, sin por ello romper la relación con la evitación del resultado; lo cual se desprende de lo siguiente: con la denuncia debe tenderse a impedir el delito; ¡*a esto* se refiere la expresión «a

---

[379] *RGSt*, 58, p. 15; 76, p. 123; *BGHSt*, 4, p. 225; NIETHAMMER, *Besonderer Teil*, p. 228; DREHER-MAASSEN, *StGB*, § 257, nota 3; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 603; MEZGER, *Studienbuch*, II, p. 58; LANGE, *StGB*, § 257, nota IV; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 257, nota III.

[380] WELZEL, *Strafrecht*, p. 320; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 198 ss.

[381] Cfr. *supra*, pp. 64 y 232 ss.

[382] Cfr. *supra*, pp. 127 ss.

[383] Acertadamente MAURACH (*Lehrbuch*, II, p. 407): «Deberás socorrer en la medida de tus posibilidades», clase que desde la premisa de que «en el marco del § 330 c únicamente existe un deber de actuar para socorrer al prójimo».

[384] Así, E. SCHMIDT, *Besuchungspflicht des Arztes*, p. 14; GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, p. 349; WELZEL, *NJW*, 53, p. 328; LANGE, *StGB*, § 330 c, nota IV.2; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 409. En otro sentido, SCHRÖDER, *StGB*, § 330 c, nota IV.

cambio, castigarlo si, contra lo esperado (o sin haber en absoluto pensado en ello), fue un tercero el que socorrió a tiempo? [388] Según GALLAS [389] decaerían, por falta del elemento «necesariedad», el deber de socorro y, por ende, la tipicidad y la punibilidad del omitir, «si ya no cabe socorrer al afectado», «o si el afectado no necesita ayuda», con independencia de si el omitente lo sabía o no. Por otra parte, para GALLAS «la punibilidad por omisión de socorro es independiente de si el daño temido se ha producido, y, si ha acaecido, de si el omitente, visto *ex post*, lo habría podido evitar con su intervención». Estas distinciones no se sostienen ante el sentimiento jurídico ni tienen garantizada su viabilidad jurídica. Si, p. ej., «el afectado no necesita ayuda», ¿acaso no ha dejado también de «producirse el daño en ciernes»?

En cualquier caso, dejemos de lado la viabilidad de tales distinciones, pues es evidente de qué clase son estas dificultades de diferenciación: se trata de las antiguos y complicados problemas de delimitación entre tentativa «idónea» e «inidónea», entre «ausencia y existencia de tipo», sólo que aquí aparecen con signo inverso y la doctrina dominante no llega a identificar el problema. Si la teoría subjetiva de la tentativa ha acabado con estas distinciones en la tentativa *de comisión*, desde luego por lo que respecta a los elementos de la acción, también ha de hacerlo en la *omisión* de tentativa, si bien con signo inverso.

Naturalmente, tampoco deja de aparecer en el ámbito de la comisión esta contradicción con la teoría subjetiva de la tentativa; aún siguen mostrándose jurisprudencia y doctrina dominante renuentes a extraer del reconocimiento de tipos de tentativa la consecuencia de interpretar estos tipos también en el sentido y conforme a las reglas de la dominante teoría subjetiva de la tentativa [390]. Pero esta posición de inconsecuencia es insostenible; esto lo han destacado con buen criterio KANTOROWICZ [391], HARTUNG [392] y BOCKELMANN [393], poniéndolo de manifiesto con el ejemplo del encubrimiento: el favorecimiento objetivo y el personal [394]. Las aporías en que necesariamente incurre la posición contraria han salido a relucir en la jurisprudencia relativa al § 257 StGB [395]. Nada hay que añadir, pues, a la contundente crítica de BOCKELMANN en este punto [396].

---

[388] En este sentido la doctrina dominante: cfr., p. ej., *BGH*, 1, p. 269; GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 348 ss.; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 407.

[389] *Unterlassene Hilfeleistung*, pp. 348 ss.

[390] *Vid.* las referencias doctrinales en BOCKELMANN, *NJW*, 51, pp. 629 ss., y *supra*, nota 379.

[391] *Tat und Schuld*, pp. 190 ss.

[392] *NJW*, 49, p. 327.

[393] *NJW*, 51, pp. 622 s. (*Untersuchungen*, pp. 200 ss.).

[394] Así también WELZEL (*Strafrecht*, p. 320), en todo caso para la «prestación de ayuda» del § 257 StGB: queda abierto si WELZEL está dispuesto a sacar esta consecuencia también para el hecho previo. Al menos para la receptación aprecia delito putativo cuando el autor «suponga erróneamente un hecho previo antijurídico no cometido» (*Strafrecht*, p. 325).

[395] ¡Inténtese llegar a algo de claridad, a partir de *BGHSt*, 4, p. 221, acerca del perfil del tipo de encubrimiento! También ahí se produce la notable disonancia del planteamiento teórico: por una

tiempo»! Si ya no es posible evitar el delito, decae el deber de denunciar [355]. Asimismo, si existe libertad de optar entre denunciar a la autoridad o advertir a la víctima potencial es únicamente en la medida en que sea compatible con el fin de evitar el delito [356]. Por último, la evitación del resultado delictivo *de otro modo* vale, a tenor del § 139.IV.1 StGB, como cumplimiento del mandato; quien obra así no «omite» típicamente en el sentido del § 138.I StGB, como con buen criterio destacan SCHRÖDER y LANGE [357].

Naturalmente, la verificación de la «capacidad de tentativa» es un juicio objetivo, como la de la capacidad de acción en general, o como en la tentativa del delito comisivo el enjuiciamiento en función del plan del autor.

d) Saber que el § 330 c StGB constituye un tipo de tentativa con signo inverso lleva aparejadas más consecuencias. Atender a la «capacidad de tentativa» no debe limitarse a la producción del daño que se cierne y a la clase y pertinencia del socorro. Nuestro principio de que el § 330 c StGB, como «tipo de omisión de tentativa», incluye cualquier omitir una tentativa posible de evitación del resultado, se extiende a *todos* los requisitos del tipo, en particular también a la propia situación de desamparo. Lo que significa que *aquí ha de aplicarse la teoría subjetiva de la tentativa en toda su extensión con signo inverso.*

La posición contraria es insostenible. ¿Qué sentido tiene dejar impune al omitente si el supuesto herido grave en realidad estaba muerto, y, en

---

[355] WELZEL, *Strafrecht*, p. 421.

[356] § 139 StGB (en relación con el § 138, que regula la omisión de denunciar delitos): «*Exención de pena.* (...) IV. Estará exento de pena el que evitare la ejecución o el resultado del delito de modo distinto a la denuncia. Si no aconteciere la ejecución o el resultado del delito sin intervención del obligado a denunciar, bastará para eximirlo de pena que se hubiere esforzado en serio por evitar el resultado» [N. de los TT.]

[357] SCHRÖDER, *StGB*, § 139, nota V; LANGE, *StGB*, § 139, nota VI. En sentido distinto, la doctrina dominante: causa personal de exclusión de la pena, p. ej., WELZEL, *Strafrecht*, p. 430; MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 598; WERNER, *LK*, I, 8.ª ed., § 139, nota V; SCHWARZ, *StGB*, § 139, nota 4; DREHER-MAASSEN, *StGB*, § 139, nota 2.

Sin embargo, se trata de un tipo de mandato, y quien impide personalmente el delito hace incluso *más* que aquello a lo que está obligado, al margen de por qué motivos lo haga.

Es muy de notar, asimismo, que la ley contemple expresamente en el § 139.IV StGB el «esforzarse seriamente por impedir el resultado». En esto, el paralelismo con el § 49 a StGB ha inducido a error: pues, por una parte, el intento de impedir el resultado en los términos del § 139.IV StGB *sólo* exime si el resultado no se ha producido; lo cual es justo únicamente si el autor ha ignorado de manera al menos temeraria que la vía adecuada para impedir el delito no habría sido su modo de obrar, sino el denunciar. Por otra parte, el intento de impedir el delito exime, según la regulación legal, ya cuando el resultado delictivo no se ha producido sin intervención alguna del obligado a denunciar; lo cual es inadecuado si la vía propia de impedir el delito se ha efectuado *temerariamente*, pues la temeridad es en general (§ 138.II StGB) punible en la omisión de advertir, con independencia del resultado del hecho (¡la temeridad no excluye que el esforzarse por impedir el hecho fuera «serio»!).

No es posible aquí analizar si también el § 138.I StGB es un tipo de tentativa con signo inverso; quien, con SCHRÖDER (*StGB*, § 138, nota II.4), haga bastar el conocimiento fidedigno de quien omite acerca del plan delictivo, sin atender a la existencia real de este plan delictivo, interpreta el precepto en el sentido de un tipo de omisión de tentativa.

El RG, con su interpretación amplia del tipo del § 330 c StGB, estaba en el buen camino [397]. En su fundamentación, desde luego, hay que censurar que recurriera a la «manifestación de una actitud desconsiderada», pero no debe utilizarse esta fundamentación censurable para tachar de erróneos todos los resultados; p. ej., también que el deber de socorro existe con independencia de si el afectado se encuentra realmente en situación de desamparo. Y es que *este* reproche afectaría en realidad a la propia teoría subjetiva de la tentativa.

e) En contra de la interpretación del tipo del § 330 c StGB aquí propuesta cabría aducir únicamente la objeción de que dicho § 330 c no constituye un tipo de tentativa con signo inverso. Considero incorrecta esta objeción tanto por razones político-criminales como teniendo en cuenta el origen del precepto. Dejemos, no obstante, la cuestión, en vista de los objetivos de esta obra [398]. Pero en cualquier caso, si acertara esa objeción y el § 330 c StGB no fuera un «tipo de omisión de tentativa», *aun entonces* sería insostenible la interpretación dominante de este precepto, y ello desde luego por claras razones dogmáticas. Pues en el § 330 c StGB *sólo* habría que atender a si el omitente poseyó plena capacidad de acción, esto es, a si —¡enjuiciándolo *ex post*!— existió objetiva y subjetivamente la capacidad de acción para evitar realmente la consecuencia nociva derivada de una situación de desamparo. Si, p. ej., un tercero habría evitado aún la muerte, el omitente tendría que quedar impune [399]. O se atiende a la plena capacidad de acción, o hay que conformarse con la «capacidad *de tentativa*». En contra de la posición dogmática intermedia que adopta la interpretación hoy

---

parte, «el encubrimiento se caracteriza por ser una acción de tentativa llevada a delito autónomo» (p. 224); por otra, el BGH señala (p. 225): «El legislador no ha conminado con pena el encubrimiento intentado».

[397] Naturalmente, BOCKELMANN (*Untersuchungen*, pp. 203 ss.) vuelve a aproximarse a la doctrina dominante al no requerir para el tipo del *encubrimiento* (*Strafvereitelung*) la concurrencia objetiva del hecho previo, pero sí considerar al hecho previo —y no sólo su cualidad jurídica de delito grave o menos grave— como «condición objetiva de punibilidad». Puesto que al dolo sigue perteneciendo «el convencimiento del autor de que su aportación favorece a un autor previo que realmente ha contraído responsabilidad penal», se da «encubrimiento intentado» «cuando el favorecedor se equivoca en su suposición, esto es, cuando realmente falta el delito previo» (p. 204). «Pero esta tentativa queda impune, al faltar la condición objetiva de punibilidad». (De esta manera cabría decir en bastantes delitos que el acaecimiento de la consumación es una condición objetiva de punibilidad de la tentativa.)

No es éste el lugar de analizar en profundidad esta concepción de BOCKELMANN (cfr., asimismo, mi *Normentheorie*, p. 214, nota 205), pues los motivos que BOCKELMANN extrae de la especial configuración del § 257 con respecto al carácter del delito previo en todo caso no se ajustan al § 330 c, ni siquiera invirtiendo su signo. Y es que lo que sí acaso cabría considerar aquí como condición objetiva de punibilidad sería la producción del daño, esto es, que era necesario —desde el punto de vista *ex post*— algún socorro. Pero sobre que no cabe esta exigencia impera unanimidad.

[398] Cfr. *StGB*, 71, pp. 202 ss.; 74, p. 72; 75, p. 359.

[399] Huelga destacar, tras lo señalado, que este problema *nada* tiene que ver con la polémica en torno al «mandato de evitar el resultado» en el § 330 c.

[399] A no ser que en el intervalo hasta la intervención del tercero se haya producido un empeoramiento del estado de salud que permita apreciar un daño a la salud como consecuencia nociva de la situación de desamparo. En esa medida cabría también afirmar la punibilidad desde esta posición.

predominante del § 330 c StGB hablan todos los motivos que cabe aducir en contra de la distinción entre tentativa «idónea» e «inidónea» y en contra la teoría de la «falta de tipo» ... eso sí, con signo inverso.

VI. Resumen

a) Como principales resultados de la consideración del problema de la tentativa en el delito de omisión hay que dejar constancia de los siguientes puntos:

1. Es inconcebible la «tentativa de omisión». La omisión no presenta voluntad de realización alguna cuyo desarrollo gradual pudiera constituir la «tentativa de omisión»; como tampoco existe una acción ejecutiva en que se materializara el «dolo de omisión». Propio de la omisión es la negación de una acción determinada. La negación del obrar no puede ser acabada ni inacabada, idónea ni inidónea, ni fracasada.
2. No obstante, existe el fenómeno al que se denomina «tentativa de omisión» fracasada (inidónea); se trata en realidad del omitir la tentativa de realizar la acción descrita en el mandato, de la *omisión de la tentativa de cumplimiento*.
3. La acción de tentativa es omitida si existe la capacidad para esta acción de tentativa (la «capacidad de tentativa») y no se la realiza, al igual que faltando la realización de la capacidad de acción (plena) está dada la omisión de esta acción.
4. También en el ámbito de la omisión hay «tipos de tentativa», si bien con signo inverso. Un «tipo de omisión de tentativa» de este género es el § 330 c StGB, cuya interpretación, por tanto, aplicando la teoría subjetiva de la tentativa, ha de efectuarse con signo inverso.
5. Es errónea la tesis de que los delitos de omisión propia *únicamente* se basan en «mandatos de mera actividad». También aquí existen «mandatos de *evitar* un resultado» (§ 330 c StGB) y «mandatos de realización de resultado», junto a gran número de tipos prescriptivos que simplemente describen el omitir acciones de utilidad abstracta.

b) Para concluir, hay que establecer sólo la articulación estructural del delito de omisión en su manifestación del omitir la tentativa de cumplimiento:

La articulación del tipo en el delito de omisión cuasi-doloso, que ya se estudió anteriormente [46], comprende los siguientes puntos principales: 1. La situación típica. 2. La falta de una tentativa de realizar la acción prescrita. 3. La capacidad de acción.

Esta articulación se refiere al omitir la acción de cumplimiento consumada; hay que modificarla, pues, para el omitir la tentativa de cumpli-

[46] *Vid. supra*, p. 149.

CAPÍTULO CUARTO

DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

SUMARIO: A. PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN «IMPROPIA».—B. ¿ES EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA UN DELITO COMISIVO? I. Objetivos y vías de los esfuerzos dogmáticos. *a)* El objetivo de política jurídica. *b)* Vías de construcción dogmática. II. Crítica de la «solución del tipo». *a)* ¿Realiza la «omisión impropia» el tipo del delito comisivo? *b)* ¿Está abarcada la omisión del garante por la prohibición de realizar el resultado? *c)* Resultado de la crítica. III. Crítica de la «solución de la antijuricidad». *a)* La construcción de BELING. *b)* La «solución de la antijuricidad» de SAUER. IV. Crítica de las soluciones de la causalidad y de la acción. *a)* Soluciones que fundamentan la causalidad o el carácter de acción en la existencia del deber de obrar. *b)* Las teorías de KRUG, GLASER, A. MERKEL y BINDING. *c)* La solución de Hellmuth MAYER.—C. ESENCIA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA. I. Consecuencias derivadas de la crítica a las soluciones estudiadas. *a)* Consecuencias negativas. *b)* Consecuencias positivas. II. El concepto del delito de omisión «impropia» y su delimitación. III. Solución que se propone como continuación del desarrollo de otras concepciones.—D. MERECIMIENTO DE PENA DE LA OMISIÓN DE EVITAR UN RESULTADO. I. Taxatividad típica. II. Sobre la determinación de los mandatos de garante. *a)* El resultado dogmático de la investigación y el problema axiológico de la equiparación. *b)* Mandatos de evitar resultados y mandatos de garante. *c)* La configuración de los tipos de mandato de garante pertenece a la problemática de la Parte Especial. III. Acerca de la participación por omisión. *a)* Fricciones dogmáticas de la «complicidad por omisión». *b)* La complicidad por omisión y el problema de la equiparación. IV. ¿Es la omisión impropia menos merecedora de punición que el correspondiente delito comisivo?—E. ESTRUCTURA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA. I. ¿Presenta especificidades dogmáticas la omisión impropia? II. La posición de garante como elemento típico y elemento de la autoría. III. El deber de garante en la estructura del delito. IV. Dolo y cuasi-dolosidad en la omisión impropia.

A. PROBLEMÁTICA DE LA OMISIÓN «IMPROPIA»

Una vez que el apartado precedente de la presente investigación se ha ocupado del delito de omisión impropia, resultaría evidente —y se ajusta-

miento, de conformidad con los resultados de esta investigación, y ello en dos puntos: la «situación típica» no hace falta que concurra objetivamente; para el omitir la tentativa de evitar el resultado, p. ej., no es necesario que realmente amenace producirse el resultado que ha de evitarse. Asimismo, no tiene que existir capacidad de acción alguna, bastando con la concurrencia de la «capacidad de tentativa».

A tenor de lo cual, resulta la siguiente *estructura típica para el omitir la tentativa de cumplimiento:*

1. La ausencia de una tentativa de alcanzar el resultado del mandato (ausencia de un obrar con «tendencia a evitar el resultado»).

2. La capacidad de tentativa:

a) La representación de que se da la situación típica.

b) La capacidad de planear, esto es, la capacidad de llegar a admitir que la acción prescrita es realizable.

Con respecto a la antijuricidad y la reprochabilidad, no hay singularidades en el omitir la tentativa de cumplimiento y en los tipos de tentativa con signo inverso.

ría a un proceder muy extendido— desarrollar los elementos esenciales del delito de omisión impropia a partir de su coincidencia y de su contraposición con el delito de omisión propia. Sin embargo, este intento de querer llevarlo a cabo consecuentemente tropieza en seguida con una dificultad peculiar: desde que en el segundo tercio del siglo XIX se ha destacado la especialidad del delito de omisión impropia con respecto al de omisión propia, la omisión impropia jurídico-penalmente relevante lleva el nombre de «delito comisivo *por omisión*» [1]; análogamente, NAGLER [2] lo denomina «delito *comisivo* modificado».

Partiendo de aquí, en un trabajo dedicado a los delitos de *omisión* sólo cabría, en rigor, plantear la cuestión de cómo distinguir el delito de omisión (propio) del delito *comisivo*. Y la respuesta estaría, al menos en principio, anticipada al formular la pregunta: en un caso hay omisiones y en el otro acciones. Entonces, la omisión «impropia» no sería más que una denominación inapropiada para un supuesto de comisión. Sin embargo, esta concepción apenas se defiende [3]. Hoy se está de acuerdo, esencialmente, en que también en el caso del delito de omisión impropia hay ontológicamente una omisión (¿propia?), pero no una comisión, no una acción (en sentido estricto) [4]. La «razón de fondo» de que quepa denominar al delito de omisión impropia «comisión por omisión» o «delito comisivo modificado» residirá más bien casi siempre en que al parecer determinados supuestos de *evitación* de resultado *omitida* se sujetan a la *prohibición* de *realización* del resultado [5].

De seguir esta idea, la diferencia entre prohibición y mandato parece coincidir con la que media entre delitos de omisión propios e impropios. Pero en seguida nos desengañamos de la opinión de haber encontrado en este planteamiento un punto de partida para el análisis, pues igualmente se está de acuerdo en que el delito de omisión impropia se caracteriza por la infracción de un «mandato de evitar el resultado», por el «deber de garante».

No obstante, así da la impresión de que se incurre en un círculo vicioso. Pues, en efecto, se ha infringido una *prohibición* de realizar un resulta-

---

[1] Acerca de la evolución dogmática del delito de omisión impropia, cfr. HONIG, *Die Entwicklung des Unterlassungsdelikts vom Römischen bis zum Gemeinen Recht*; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 27 ss.; BINDING, *Normen*, II, pp. 516 ss.; NAGLER, *GS*, 111, pp. 1 ss.; GLASER, *Abhandlungen*, pp. 326 ss.; CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RGSt*; LANDSBERG, *Commissivdelikte durch Unterlassung*, especialmente pp. 59 ss.

[2] *LK*, 6.ª ed., p. 60; *GS*, 111, pp. 17 ss.

[3] Así, no obstante, BINDING, *Normen*, II, p. 550: «Es un error, en lugar de considerar a la denominada omisión como eslabón en el ejercicio de la acción prohibida, el cual recibe del conjunto su naturaleza absolutamente comisiva, calificarla como la omisión verdadera; siendo así que no lo es ni lo podrá ser nunca».

[4] Con respecto a la terminología, cfr. *supra*, pp. 99 ss.

[5] Cfr., p. ej., GEIB, *Strafrecht*, II, pp. 184 ss.; R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, pp. 153 ss.; NAGLER, *GS*, 111, pp. 60 ss.; MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 168 ss.; M. E. MAYER, *Allgemeiner Teil*, pp. 190 ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, p. 111; E. SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 173; análogamente V. WEBER, *Grundriß*, p. 57.

do; pero esa prohibición se vulnera cuando (y porque) no se cumple un *mandato* de evitar el resultado. Sin embargo, la falta de evitación del resultado, a su vez, supone una omisión que es un delito comisivo si lo que infringe es una prohibición [6].

De este círculo se intenta salir resaltando la *especie* del mandato de obrar (mandato de evitar un *resultado*). Con todo, la infracción de un deber omisivo sigue siendo dependiente de la infracción de un deber de actuar. Esta concepción se ve expuesta desde el principio al reparo de que la cuestión de si se ha infringido el deber «a» no puede responderse por referencia al incumplimiento del deber «b» [7].

Estas reflexiones a vuelapluma muestran que en el análisis dogmático del delito de omisión impropia se plantea una tarea distinta que en el de omisión propia. Si en éste sólo había que captar en su estructura dogmática el ámbito existente de delitos, en el delito de omisión impropia ha de comenzarse por determinar el objeto de estudio, para lo cual ha de aclararse en primer lugar la relación del delito de omisión impropia con el delito comisivo. Y ello no es posible sin remitirse a la función de estos delitos; hay que partir del *objetivo* que se persigue con *la construcción dogmática* del «delito de omisión impropia».

B. ¿ES EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA UN DELITO COMISIVO?

I. Objetivos y vías de los esfuerzos dogmáticos

a) *El objetivo de política jurídica*

El delito de omisión impropia debe su origen a necesidades de política jurídica. Hay supuestos en que no se impide una producción de resultado que no van a la zaga, o por muy poco, en cuanto a contenido de desvalor, a la producción de resultado determinada mediante acción; apenas hace falta explicarlo hoy en día. El inventario básico de estos supuestos de omisión, desde FEUERBACH [8], SPANGENBERG [9] y STÜBEL (que añadió los supues-

[6] Carece de relevancia en este lugar cómo se determina la relación entre este mandato de evitar el resultado y la prohibición de realizar el resultado; en ocasiones se aprecia concurso ideal entre la infracción de la prohibición y la del mandato (FRANK, *StGB*, § 3, nota II 2; HAFTER, *Lehrbuch*, I, pp. 77 ss.; análogamente HÖPFNER, *ZStW*, 36, p. 181); en no pocas ocasiones se considera al mandato como «secundario» o como deber accesorio (R. V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, p. 154, nota 1; NAGLER, *GS*, 111, p. 64; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 169); a menudo se deja sin precisar la relación entre ambas normas.

[7] Cfr. *supra*, pp. 6, 28 ss. y 159 ss.

[8] *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1803, § 24.

[9] *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. VI, pp. 524 ss.; al respecto CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RGSt*, pp. 12 ss.

La unanimidad en el planteamiento y en las premisas llega, pues, muy lejos, no sólo en el tiempo, al existir desde hace cien años, sino también en lo material: el objetivo es la aplicación del marco penal del delito comisivo al delito de omisión impropia; este objetivo de política jurídica se pretende alcanzarlo con medios dogmáticos, construyendo el delito de omisión impropia de manera que realice todos los requisitos del correspondiente delito comisivo.

b) *Vías de construcción dogmática*

En la solución de este problema constructivo, los caminos, evidentemente, se separan. De acuerdo con el planteamiento aquí elegido cabe distinguir tres grupos de teorías [16]:

1. El primer grupo de teorías, el más antiguo, en el que cabe incluir, entre las posturas actuales, la concepción de Hellmuth MAYER, intenta abarcar los supuestos de la comisión por omisión mediante la correspondiente ampliación de los «elementos generales del tipo» del delito comisivo. Se trata de demostrar que precisamente *las omisiones impropias* —y de entre las omisiones sólo éstas— *se someten al concepto causal o al concepto de acción*. En cambio, no se afanan estas teorías por fundamentar la causalidad de la omisión o la naturaleza de acción de la omisión; con ello, para estas teorías se demostraría demasiado, a saber, que *todas* las omisiones de evitar el resultado serían típicas en el sentido del delito comisivo y, en su caso, también punibles. De tener éxito esta prueba de la causalidad o de la naturaleza de acción del delito de omisión impropia, tanto el tipo como los demás requisitos de los delitos comisivos se ajustarían, asimismo, a los supuestos omisivos en cuestión.

Pero dentro de este grupo los caminos difieren en su concreción. En primer lugar, se distinguen en elegir como punto de partida el concepto de acción o el nexo causal; y cabe, asimismo, distinguirlos en función de si

[16] En la bibliografía relativa a la evolución jurídica del delito de omisión impropia suelen emplearse principios de clasificación distintos a los de aquí. Así, suelen contraponerse las «teorías causales» a las «teorías de la infracción de deber». Esta clasificación puede ser útil para la historia del concepto causal en el marco de la omisión, pero no para la comprensión de los intentos de construcción dogmática. Para empezar, es incompleta, porque existen además «teorías de la acción» al margen de ambos grupos, como en seguida se verá. Por otra parte, no queda claro qué ha de entenderse por «teorías causales»: hay teorías que afirman la causalidad de determinada omisión precisamente *debido a* la concurrencia de una infracción de deber; otras concepciones consideran causal a *toda* omisión, viéndose obligadas precisamente por ello a recurrir a la idea de la infracción de deber con objeto de restringir. Así pues, las «teorías causales» y las «teorías de la infracción de deber» en modo alguno se excluyen mutuamente. Por último, la idea de la infracción de deber en absoluto cabe identificarla con las concepciones que buscan resolver el problema «en la antijuricidad». SPANGENBERG trabajó con la teoría de la infracción de deber sin tener idea alguna acerca de la estructura del delito en tres escalones. NAGLER afirma la causalidad al igual que la infracción de deber, y ambas en el marco de la tipicidad. Por tanto, para captar la ubicación dogmática de los intentos de solución en la estructura del delito comisivo hacen falta clasificaciones más sutiles.

tos de injerencia [9]), ha quedado fijo, por más que desde entonces hayan surgido varios reajustes concretos. Son las mismas omisiones que hoy se caracterizan por una «posición de garante», un «deber especial de evitar el resultado» del que permanece inactivo. Podemos dar por sentado este grupo; el hecho de que el círculo de los deberes de garante siga estando discutido en muchos aspectos carece de trascendencia para las consideraciones que siguen [10].

Desde que LUDEN [12] y sobre todo KRUG [13] y GLASER [14] destacaran nítidamente las diferencias entre el delito de omisión propio y el impropio, no se ha alterado el *objetivo* de los esfuerzos dogmáticos en torno al delito de omisión impropia: *se trata de la equiparación de este grupo de omisiones de impedir el resultado con los correspondientes delitos comisivos, de la fundamentación de la punibilidad así como de la aplicación del marco penal del delito comisivo. No* se persigue la equiparación de *toda* omisión de impedir el resultado con la ejecución del resultado —tal objetivo ni siquiera merecería la pena—, sino de la equiparación precisamente del grupo de supuestos mencionado.

También sobre la vía para alcanzar esta equiparación concuerdan en principio todos los intentos dogmáticos de construcción: se pretende demostrar que precisamente la *omisión del garante* —y sólo ésta— reúne todos los requisitos del delito comisivo. Justamente por eso se trata aquí de construcciones *dogmáticas* [15].

En esta concordancia fundamental de los intentos de solución se contiene necesariamente otra nota común: que el delito de omisión impropia *realiza el tipo de un delito comisivo*. Esta verificación es independiente de todas las modificaciones del concepto de tipo en el curso de los últimos cien años, pues en tanto que la tipicidad supone un presupuesto del delito (comisivo), también la comisión por omisión debe realizar el tipo (comisivo) porque ha de reunir —según se da por sentado— todos los requisitos del delito comisivo.

---

[9] STÜBEL, *Über die Teilnahme*, 1828, p. 61.

[10] Igualmente puede dejar sin considerarse que el género de la construcción dogmática del delito de omisión impropia en algunos autores ha tenido a su vez repercusiones en la delimitación del ámbito de los garantes.

[12] *Abhandlungen*, II, pp. 219 ss.

[13] *Abhandlungen*, pp. 25 ss.

[14] *Abhandlungen*, pp. 289 ss. y 364 ss.

[15] Sólo unos pocos autores rebasan el marco que aquí se traza. También ellos persiguen el objetivo de equiparar las omisiones «impropias» a los supuestos correlativos de comisión; pero divergen en mayor o menor medida del camino abierto al respecto por la doctrina dominante (el de construir el delito de omisión impropia como caso particular del delito comisivo). De época posterior a las obras de LUDEN, que fue el primero en desarrollar algunas ideas de la construcción hasta hoy dominante, cabe mencionar, p. ej., a LANDSBERG, ENGISCH, DROST y WELZEL. Más adelante se volverá a abordar estas concepciones.

desarrollan el resultado a partir de la *estructura* de la causalidad o de la acción, o en emplear la vulneración del deber de actuar como criterio normativo para delimitar el concepto causal o de acción:

a) KRUG [17], GLASER [18] y Adolf MERKEL [19] pretenden demostrar que los delitos de omisión impropia son comisivos *a partir de la estructura de la relación causal*, recurriendo a la causalidad de la acción precedente. Del mismo modo procede la teoría de la interferencia de BINDING [20]. MERKEL y BINDING llevan este método a sus últimas consecuencias, negando que existan en absoluto deberes de impedir resultados: «El "debe" es sólo un debe desde la consideración causal, no teniendo nada que ver con el Derecho... Por eso, supone proceder al revés el indagar su origen con fundamentos jurídicos, situándolos en la ley o en el contrato (así, FEUERBACH) o en especiales relaciones jurídicas (así, SPANGENBERG, M. E. MAYER y otros)» [21]. «El delito de omisión impropia vulnera única y exclusivamente una prohibición, no un mandato» [22]. «En realidad, no necesitamos tales mandatos, y donde existen no pueden generar ni suplir a la causación por lo demás ausente» [23].

b) La inviabilidad de estas teorías causales obliga a optar por otras construcciones. Se consideraba causales a las omisiones si (y porque) contravenían un deber de impedir el resultado [24]. Esta tesis se fundamentó, en primer lugar, con el «principio de la expectativa» desarrollado por V. ROHLAND [25]; la expectativa (jurídica) otorga a lo no ocurrido, y, por tanto, a la omisión, la cualidad de causa. Análogamente señala KÖHLER [26]: «Desde la perspectiva de la voluntad del Derecho, el no hacer no es meramente condición, sino causa de un resultado, si el Derecho esperaba un hacer que impidiera el resultado». Muy próxima se encuentra, asimismo, la concepción de V. BAR [27], que remite la causalidad de la omisión (impropia) a un «juicio ético».

Al mismo resultado llegan ALLFELD [28] y Richard SCHMIDT [29] combinando el principio de la expectativa con la teoría de la adecuación: «La

---

[17] *Abhandlungen*, pp. 21 ss.
[18] *Abhandlungen*, pp. 293 ss. y 379 ss.
[19] *Lehrbuch*, pp. 113 ss.
[20] *Normen*, II, pp. 540 ss. También cabe incluir aquí la teoría de la interferencia de V. BURI (la última ocasión en *GS*, 56, pp. 445 ss.), pues atiende precisamente a la «conciencia del deber» y a la «voluntad de ahí derivada dirigida a evitar el resultado», la cual «en la medida en que se da, ha tenido lugar hasta que se la ha reprimido». Otras teorías de la interferencia buscan demostrar que *toda* omisión puede ser causal.
[21] BINDING, *Normen*, II, pp. 459 ss.
[22] BINDING, *Normen*, II, p. 551.
[23] A. MERKEL, *Lehrbuch*, p. 115.
[24] Al respecto *supra*, pp. 69 ss.
[25] *Kausallehre*, pp. 30 ss.
[26] *Strafrecht*, p. 215.
[27] *Gesetz und Schuld*, II, pp. 268 ss.
[28] *Lehrbuch*, pp. 112 ss.
[29] *Grundriß*, pp. 98 ss.

existencia de deber jurídico se trata aquí como requisito de la adecuación de las condiciones puestas por la omisión» [30]. Un paso más da HÖPFNER [31]: «La infracción de determinado mandato es una omisión equivalente a la acción y *por ello* causal en el sentido de realización de ley causal».

c) En la estructura de la acción ve Hellmuth MAYER la solución del problema. Hacer y omitir se integran igualmente en el concepto de acción [32]. «El hacer (cometer, comisión) es empeño volitivo hostil al Derecho. La omisión, en cambio, sólo flaqueza de la voluntad, que no aporta la fuerza para satisfacer las exigencias de la voluntad general... La inactividad corporal ha de concebirse, no obstante, en sentido jurídico, como hacer, como comisión, cuando esta omisión impropia requiere la misma medida de energía volitiva hostil al Derecho que la actividad positiva. No es que se equipare simplemente una omisión propia, por los motivos jurídicos que sea, al hacer, sino que más bien en sentido jurídico constituye auténtico hacer. Por eso el lenguaje jurídico ha integrado desde el principio a tales omisiones impropias en las descripciones típicas» [33]. Sólo «secundariamente» «se expresa un deber de obrar mediante la aplicación del tipo» [34].

d) También se basa en el concepto *de acción* V. LISZT, pero con ayuda del *deber* de impedir el resultado. Sitúa, «junto al movimiento corporal que causa, la omisión que no causa, como forma autónoma de la acción delictiva» [35]. La limitación del concepto de acción al hacer, por una parte, y el delito de omisión (impropio), por otra [36], se derivan del principio de la expectativa, cuyo carácter metafórico se pone también aquí de manifiesto [37]: «Hablamos aquí, también en la vida cotidiana, de omisión, sólo si teníamos motivo para esperar el hacer posible para el autor. Trasladándolo al ámbito del ordenamiento jurídico, ello significa que sólo cuando estaba fundamentado un deber jurídico de evitar el resultado equivale el no impedir el resultado a causarlo» [38]. Así pues, de este modo se restringe el concepto de omisión, y con él el concepto de acción (como concepto genérico de hacer y omitir) hasta tal punto que las acciones descritas en los tipos de los delitos comisivos, del ámbito de las omisiones, abarcan precisamente a las «impropias», y sólo a ellas.

---

[30] ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 113, nota 44.
[31] *ZStW*, 36, p. 106.
[32] *Strafrecht*, pp. 113 ss.
[33] Hellmuth MAYER, *Strafrecht*, p. 113.
[34] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 114.
[35] V. LISZT, *Lehrbuch*, 22.ª ed., pp. 128 y 126.
[36] V. LISZT considera sin excepción meras infracciones administrativas a los delitos de omisión *propia* y no se ocupa de ellos; *Lehrbuch*, 22.ª ed., pp. 126, nota 2, y 112.
[37] Cfr. *supra*, pp. 69 ss.
[38] V. LISZT, *Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 127.

indiciaria» [45]. Siguió a BELING también para la omisión impropia: «Mientras que la *actividad* típica es antijurídica, a no ser que esté justificada por un precepto o por el ordenamiento jurídico, la *inactividad* típica no es contraria a Derecho, a no ser que esté *prohibida* por un precepto o por el ordenamiento jurídico. Así pues, regla y excepción se invierten en el ámbito de los delitos de omisión impropia» [46]. «Y la razón reside en que los tipos que sancionan una prohibición sólo *indican* lo que *no* se debe *hacer*, y *no* lo que se debe *hacer*» [47].

A BELING y M. E. MAYER se han sumado DOHNA [48], GRÜNHUT [49], R. V. HIPPEL [50], KOHLRAUSCH [51], NOWAKOWSKI [52], RITTLER [53], ROEDER [54] y WEGNER [55]. También cabe incluir a FRANK [56], a pesar de su concepto de tipo en parte divergente. Asimismo, el *Tribunal Supremo imperial*, desde la sentencia RGSt 63, 394, siguió esta «teoría de la antijuricidad».

b) Muy emparentada con esta solución de la antijuricidad está la concepción de SAUER [57] y KISSIN [58], que consideran a la cuestión del deber de garante fundamentador de la punición como problema de la *antijuricidad material*. En lugar de la relación de la tipicidad con la antijuricidad de BELING y sus partidarios, aparece en SAUER la relación de la antijuricidad «formal» con la «material» [59] o —según su última formulación [60]— la relación del tipo «estricto» con el «amplio». Conforme a esta doctrina, son «formalmente» antijurídicos tanto el hacer que causa el resultado como el omitir una acción posible, que evitaría el resultado; sin embargo, «materialmente» antijurídica es esta omisión sólo si se da la infracción de un deber jurídico específico que cabe equiparar a la comisión conforme a los principios de la teoría del injusto material [61].

---

[45] M. E. MAYER, *Allg. Teil*, pp. 10 y 52; cfr., no obstante, asimismo, el «panorama» de los elementos del «tipo legal» en p. 90, nota 3, ¡donde también se incluyen en el tipo los «elementos internos (de la culpabilidad)» como «integrantes de la acción»!

[46] M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 191 (cursiva mía).

[47] M. E. MAYER, *Allg. Teil*, p. 190.

[48] *Aufbau*, p. 37.

[49] *ZStW*, 51, p. 467.

[50] *Strafrecht*, II, pp. 189 y 198.

[51] *Irrtum und Schuldbegriff*, pp. 46 ss. y 53.

[52] *Strafrecht*, p. 53.

[53] *Strafrecht*, p. 128.

[54] *DStR*, 1940, p. 9.

[55] *Strafrecht*, p. 113.

[56] *StGB*, 18.ª ed., pp. 17 y 1.

[57] *Strafrechtslehre*, pp. 89 ss.; *Mezger-Festschrift*, p. 119, nota 1.

[58] *Die Rechtspflicht zum Handeln*, pp. 49 ss. Análogamente, si bien discrepando en algunos puntos, ahora A. BÖHM, *Rechtspflicht zum Handeln*, pp. 51 y 90 ss.

[59] Esto ha de destacarse especialmente dado que SAUER, por lo demás, es partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo; y descartó de entrada la teoría de BELING por identificar tipo e injusto (tipificado).

[60] *Mezger-Festschrift*, pp. 118 ss.

[61] Cfr., asimismo, SAUER, *GS*, 114, pp. 289 ss.

De modo análogo a V. LISZT procede ZIMMERL [39]. Asimismo, el RG siguió al principio esta concepción: «Donde aparece fundamentado un deber jurídico de obrar», «el omitir vale en sentido jurídico como actuar» [40].

2. Un segundo grupo de teorías considera a la captación de la omisión impropia como *problema de la antijuricidad*, o con más exactitud: como cuestión de la antijuricidad *del delito comisivo*. Esta concepción aparece en dos versiones:

a) Toda omisión de una acción que habría impedido el resultado típico —y por eso llamada casi siempre «causal» de este resultado— realiza el tipo del delito comisivo: pero antijurídica en el sentido del delito comisivo sólo es esta omisión cuando no sólo faltan causas de justificación, sino que además existe un deber jurídico especial de impedir el resultado.

Esta concepción presupone, pues, la estructura del delito en tres escalones (tipicidad-antijuricidad-reprochabilidad), por lo cual sólo se encuentra una vez desarrollada ésta, y se basa especialmente en el moderno concepto de tipo [41], cuyo fundador ha sido el primero en señalar:

«El tipo apunta a que *por lo general* existe antijuricidad —nada más y nada menos—» [42]. «Sólo hay que matizar lo dicho con respecto a la comisión por *omisión* en los tipos concebidos de modo positivo». En éstos, «la no evitación de un resultado típico es *típica* también como realización de tipo, esto es, "matar" en el sentido del § 211 [asesinato], etc. De ser válida, pues, la regla de que la realización de tipo es generalmente antijurídica siempre que no concurran causas de exclusión del injusto, se llegaría aquí a una extensión de la antijuricidad sencillamente inadmisible» [43]. «Por el contrario, hoy es cuestión zanjada que la antijuricidad existe sólo cuando se dan especiales requisitos positivos que fundamentan una obligación de obrar». «Esa regla interpretativa rige sólo para la realización del tipo en sentido estricto; ésta en todo caso es *básicamente* antijurídica. La realización del tipo de la omisión, en los tipos formulados positivamente, por el contrario, no es *básicamente* antijurídica, sino sólo cuando concurren especiales circunstancias fundamentadoras de un deber» [44].

M. E. MAYER tomó de BELING no sólo la relación de la tipicidad con la antijuricidad que éste plasmara en la expresiva fórmula de la «función

[39] *Aufbau*, pp. 50 ss.

[40] *RGSt*, 57, p. 197; coincidente *RGSt*, 11, p. 153; 17, p. 260, y 51, p. 9.

[41] Este concepto del tipo (rector), en auge desde BELING, coincide en buena parte con el concepto de tipo que aquí se da por sentado, orientado a la norma; acerca de los distintos contenidos de que hoy se dota al concepto de tipo, *cfr. supra*, p. 13, nota 43a.

[42] BELING, *Verbrechen*, pp. 163 ss.

[43] BELING, *Verbrechen*, pp. 164 ss.

[44] BELING, *Verbrechen*, p. 165; *cfr.* BELING, *Grundzüge*, pp. 38 ss.

Enlazando en algunos aspectos con SAUER y KISSIN, intentaron MEZGER [52], DAHM [53] y SCHAFFSTEIN [54] completar esta antijuricidad material por la vertiente de la tipificación del autor [55].

3. Un nuevo planteamiento lo aportó la teoría de NAGLER [56], quien parte de que hay omisiones que son «absolutamente autónomas», que representan «meramente manifestaciones del delito comisivo fundamentado sustancialmente por una prohibición determinada» [57]. Por otra parte, también para NAGLER es evidente que «no todo omitir equivale a la actividad», sino que «ha de existir una relación de deber especial», en virtud de la cual el obligado se convierte «en *instancia de protección* para el valor jurídico protegido, en el contexto social» [58]. Según ello, «al obligado a evitar el resultado» ha de calificársele como «*garante* jurídico de la intangibilidad del valor protegido» [59]. Si al utilizar esta denominación enlaza NAGLER con BINDING [60], también con respecto a la solución de política jurídica se sitúa en el mismo terreno que la opinión común, que desde luego sólo integra en el delito comisivo una parte especialmente destacada de las omisiones de evitar resultados. La diferencia reside en la construcción dogmática con cuya ayuda se extiende el delito comisivo a las «omisiones impropias». «En el plano dogmático, se plantea sólo la cuestión de en qué elemento estructural del concepto de delito ha de incardinarse la extensión del tipo legal también a omisiones... La comprobación más detallada de los preceptos legales, la evolución doctrinal, así como la estructura del concepto de delito muestran que su lugar es la *tipicidad*. ¡Se trata de la acción ejecutiva!» [61].

Pero tampoco con esta caracterización se pone de manifiesto la originalidad de la concepción de NAGLER, puesto que, desde LUDEN, todas las demás concepciones habían hallado en la omisión impropia un problema del tipo; sin embargo, coinciden por ello todas las teorías también en que —como se destacó al principio— el delito de omisión impropia *es* típico en el sentido del delito comisivo. Naturalmente, para el último grupo de teorías mencionado, que descarta las omisiones impropias jurídico-penalmente

---

[52] *ZStW*, 57, p. 684.

[53] *ZStW*, 59, p. 138.

[54] *Gleispach-Festschrift*, pp. 92 ss.

[55] Claro que es dudoso incluir estas posturas —tanto individualmente como por separado— entre las soluciones de la antijuricidad. Así, p. ej., DAHM (*ZStW*, 59, pp. 135 ss.) ha invocado que también la teoría del tipo de autor traslada al tipo la ubicación sistemática de la cuestión de la equiparación. Bien es verdad que además acierta al incluir cuestiones que antes se integraban en el ámbito del injusto o de la exigibilidad (DAHM, *ZStW*, 59, pp. 180 ss.). Esta ordenación no requiere, sin embargo, análisis alguno, en tanto que no se ha demostrado que al menos básicamente el problema de la equiparación sea cuestión del tipo o de la antijuricidad del delito *comisivo*.

[56] *GS*, 111, pp. 1 ss.; *LK*, I, 6.ª ed., pp. 61 ss.; 8.ª ed., pp. 34 ss.

[57] NAGLER, *LK*, I, 6.ª ed., p. 62.

[58] NAGLER, *LK*, I, 6.ª ed., pp. 62 ss.

[59] *Normen*, II, pp. 530 ss.

[60] *ZStW*, 55, pp. 45 ss.

[61] NAGLER, *LK*, I, 6.ª ed., p. 62 (cursiva mía).

irrelevantes en el escalón de la antijuricidad, es típica ya toda omisión de la acción que habría impedido el resultado. Así pues, sólo frente a estas teorías se delimitan las consideraciones hasta ahora reproducidas. Por el contrario, hay coincidencia con las teorías tratadas en primer lugar, desde KRUG hasta V. LISZT, en que el descartar aquellas omisiones que no deben (o no pueden) equipararse con la comisión se produce ya dentro del tipo, y en concreto a través de la acción típica, pues aun cuando se niegue la causalidad o el carácter de acción de estas omisiones, falta la «acción ejecutiva típica».

Por tanto, no es ahí donde reside lo innovador de la solución de NAGLER, sino en elegir otro medio constructivo para descartar aquellas omisiones que no constituyen comisión: NAGLER *añade para los delitos de omisión impropia un nuevo elemento del tipo, la posición de garante o deber de garante*. La extensión pretendida del tipo del delito comisivo a la omisión impropia, pues, no se alcanza —como en las teorías más antiguas— concibiendo adecuadamente la «causalidad» o la «acción», sino con un *especial elemento adicional del tipo* [72]. Lo cual, según NAGLER [73], significa «no tanto una extensión del tipo como una corrección de éste por vía de interpretación extensiva, teleológica, de su tenor literal». Del mismo modo que en los supuestos en que ya la ley penal equipara expresamente en el tipo el omitir impedir el resultado a la comisión, se menciona expresamente la «especial relación de deber» del «garante» [74], en todos los demás supuestos la *posición de garante* se convierte en *«elemento implícito del tipo»* [75]. Si «el deber jurídico de evitar el resultado se emplea jurídico-penalmente para la estructura del delito de omisión impropia, el tipo penal abarca todos los supuestos en que se produce una situación así» [76]. «Que el garante rehúse cumplir su especial deber de evitar el resultado hace relevante para el tipo a la omisión, equiparándola a la acción típica activa» [77].

La tesis de que la «posición de garante» constituye un «elemento genuino del tipo objetivo» [78] cada vez se va imponiendo más en la doctrina [79], y a ella se ha sumado el propio BGH [80].

---

[72] NAGLER pudo, por lo demás, enlazar con DROST (*GS*, 109, p. 6): «No es la omisión como tal la que ha de equipararse al hacer delictivo, no es ésta en sí ya «típica», sino que únicamente lo es el omitir que contraviene un deber jurídico de un hacer en tal sentido, que habría evitado el resultado en cuestión... La existencia del deber jurídico pertenece a la tipicidad. Si falta este deber jurídico, carece ya de sentido verificar en absoluto la tipicidad». A todos se anticipó por esta vía ENGISCH (*Vorsatz*, pp. 10 ss. y 13). Claro que el concepto de tipo de ENGISCH incluía entonces todos los requisitos del injusto, de manera que para él quedaba descartada la «solución de la antijuricidad». Sobre la postura actual de ENGISCH, *vid. infra*, nota 80.

[73] *GS*, 111, p. 61.

[74] NAGLER, *GS*, 111, p. 59.

[75] Esta expresión que acertadamente destaca la peculiaridad de la solución, se debe a MAURACH (*Lehrbuch*, I, p. 324) y SCHRÖDER (*StGB*, introd. al § 1, nota VI.1).

[76] NAGLER, *GS*, 111, p. 24.

[77] NAGLER, *LK*, I, 6.ª ed., p. 63 (cursiva en el original).

[78] Así MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 236 (1.ª ed.); sobre la postura de la 2.ª ed., *vid. infra*, nota 89.

[79] E. SCHMIDT, *Arzt im Strafrecht*, p. 80; *Niederschriften d. Gr. Strafrechtskommission*, II, pp. 150 ss.; FRÄNKEL, *ibidem*, p. 156; MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 236; MEZGER, *NJW*, 53, p. 3;

cuantitativas o cualitativas con respecto a los demás elementos del delito, puesto que supondría una fuente de errores» [52]. Ya aquí hay que reseñar el primer interrogante: el propio NAGLER concede que, con todo, la estructura (!) del delito de omisión impropia ¡*difiere* en un aspecto! Por otra parte, sin embargo, ¡NAGLER mantiene que «la estructura de la comisión por omisión no se *distingue en nada* del delito comisivo normal»! [53].

1. Dejemos para más adelante estas objeciones. Si NAGLER tiene que conceder que el requisito de la posición de garante distingue a la omisión impropia de la comisión, ha de subrayar aún más el carácter común de los demás elementos, empezando por la causalidad: «Dado que el delito de omisión impropia, al igual que el delito de comisión activo, ha de haber realizado el tipo antes de poder subsumir el suceso bajo la plena conminación penal, la igualdad de ambas formas de delito comisivo fuerza también, en claro paralelismo, a requerir la causación del resultado para la omisión impropia. ¿Cómo va a serle lícito al juez enviar al patíbulo por asesinato a la madre que deja morir de hambre a su hijo dolosa y deliberadamente, si no ha causado también realmente la muerte de su hijo al negarse a alimentarlo?» [54].

Pero con la demostración de la causalidad de *todo* omitir una evitación posible del resultado para la producción de éste [55] a menudo se demuestra demasiado, pues si la no evitación del resultado es causación del resultado del mismo modo que en la ejecución del resultado, no queda entonces lugar para exigencias *adicionales* a la «omisión impropia» dentro de la tipicidad. Dándose todos los demás elementos del tipo del delito comisivo, *al verificar la causación del resultado típico está dado el tipo comisivo;* el que se trate de una omisión o si existió un deber de garante tendente a evitar el resultado carece de trascendencia. Si, p. ej., se requiere —en el sentido de NAGLER— para la realización del tipo del homicidio (§ 212 StGB) únicamente la causación de la muerte de una persona, y si se considera al omitente causal del resultado, ya esta omisión es típica. ¡No hay que atender en absoluto a la posición de garante como criterio adicional!

Añadir esta exigencia supondría, en cambio, que en todo supuesto de realización del tipo tendría que existir una especial posición de garante, o sea, ¡también en el caso de la *actividad* «genuina», «no fingida»! Huelga señalar que este resultado sería absurdo y contradiría las intenciones de NAGLER.

---

[52] NAGLER, *GS*, 111, p. 54.

[53] NAGLER, *GS*, 111, p. 69 (cursiva en el original).

[54] NAGLER, *GS*, 111, p. 28. A partir de la premisa —lejos de estar asegurada— de que por una producción de resultado sólo la causalidad puede fundamentar responsabilidad y punibilidad, se concluye, pues, que también ha de ser causal la omisión impropia. Y en seguida se pone de manifiesto la causalidad de la omisión (*GS*, 111, pp. 29 ss.), «en concordancia con la concepción natural del pueblo».

[55] Cfr. NAGLER, *GS*, 111, pp. 28 ss. y 76 ss.

A difundir la teoría de NAGLER ha contribuido sustancialmente el reciente auge de la teoría de los elementos negativos del tipo, de la que el propio NAGLER fue contradictor decisivo. Y es que para los partidarios de esta teoría que identifican plenamente tipicidad y antijuricidad, decaía de entrada la integración de la posición de garante y del deber de impedir el resultado en el escalón de la antijuricidad [1].

De este modo queda concluida la panorámica de los intentos de construir el delito de omisión impropia como supuesto del delito comisivo. Se trata ahora de verificar si las distintas teorías consiguen lo que predican.

II. Crítica de la «solución del tipo»

Comencemos, pues, con la teoría de NAGLER. Y ello no tanto porque predomine en la actualidad, ni porque parezca suponer la coronación de una larga evolución doctrinal, sino más bien porque ha ofrecido la forma más sencilla de todas las teorías: de acuerdo con la teoría de NAGLER, «sólo» hay que añadir a los tipos de delito comisivo un elemento típico no escrito o implícito.

a) *¿Realiza la «omisión impropia» el tipo del delito comisivo?*

Con ayuda de este elemento, es decir, por medio de la posición de garante, se propone NAGLER resolver la «cuestión de la equiparación». «La estructura de los delitos de omisión impropia se aparta sólo en este lugar de los delitos comisivos normales; el desarrollo posterior (causación del resultado, antijuricidad, culpabilidad) se produce del mismo modo para ambas formas de comisión. Ha de descartarse de entrada toda idea de diferencias

---

SCHRÖDER, *ZStW*, 65, p. 203; *StGB*, introd. al § 1, nota VI.1; DREHER-MAASSEN, § 59, nota I.1; VOGT, *ZStW*, 63, pp. 392 ss.; GEORGAKIS, *Hilfspflicht*, p. 32; LANGE, *StGB*, introd. II.3; KIELWEIN, *GA*, 1955, p. 230; BOLDT, *ZStW*, 58, pp. 349 ss.; SCHWEIKERT, *Tatbestandslehre*, p. 121. En términos semejantes, asimismo, WELZEL, *Strafrecht*, p. 181 (al respecto *infra*, en torno a nota 92); DROST, *GS*, 109, p. 6; ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, pp. 158 y 162; GALLAS, *ZStW*, 67, p. 26; BUSCH, *Mezger-Festschrift*, pp. 178 ss.

[1] *BGHSt*, 3, pp. 89 ss.; 4, p. 22; BGH, en *NJW*, 53, p. 1838.

[1] Lo cual no es, naturalmente, consecuencia *obligada* de la teoría de los elementos negativos del tipo, como ponen de manifiesto las concepciones de ENGISCH (*Mezger-Festschrift*, p. 132) y SAUER (*Mezger-Festschrift*, pp. 118 ss.); cfr. al respecto *supra*, p. 34, nota 49. Y es que la polémica en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo se refiere al «tipo legal» del § 59 StGB; aun cuando se incluyan los requisitos de las causas de justificación en este «tipo legal», cabe destacar con ENGISCH en este tipo el «tipo de injusto», para cuya eventual realización son necesarios —en su caso— *más* requisitos. Entre estos requisitos, que, por tanto, no serían al mismo tiempo elementos del tipo «legal», se incluiría el deber de evitar el resultado, posibilidad que de hecho deja abierta ENGISCH (*Mezger-Festschrift*, p. 162). Con todo, la mayoría de los partidarios de la teoría de las circunstancias negativas del hecho basan su concepción precisamente en que *todos* los requisitos del injusto han de ser elementos del tipo. A partir de estas premisas, desde luego que queda descartada la solución de la antijuricidad ideada por BELING y M. E. MAYER para los delitos de omisión.

Lo que cabe discutir es que si un tipo presenta los requisitos *a*, *b* y *c* (representando *c* al nexo causal requerido), toda omisión en que concurran *a*, *b* y *c* realiza este tipo. *La cuestión de un ulterior elemento del tipo* (*g*, posición de garante) *no puede llegar a surgir* [*].

2. NAGLER cree poder sustraerse a este dilema volviendo a relativizar inmediatamente la causalidad por omisión de la evitación del resultado, supuesta como premisa. «Naturalmente, dentro del proceso causal se deja sentir en seguida la naturaleza negativa del comportamiento porque obliga a *pensar con signo inverso*» [83]. Con lo cual se reinstaura la distinción entre comisión y omisión, entre actividad «no fingida» y «fingida», y tanto para el plano de la causalidad como para el de la acción. De este modo parece, asimismo, posible añadir ahora un requisito típico adicional simplemente en los supuestos de *omisión*, a saber, la posición de garante como «equivalente a la acción». Así parece haberse alcanzado el resultado deseado de que sólo la *omisión del garante* realice el tipo del delito *comisivo*.

Pero ¿de verdad sale esta cuenta, aun contemplándola en principio de modo sólo inmanente? ¿de verdad realiza en estas circunstancias el comportamiento del garante *el* tipo del delito *comisivo*?

Partamos, de nuevo, de un tipo con los elementos *a*, *b* y *c*. Para empezar, según la concepción de NAGLER, el requisito *c* (= causalidad) hay que subdividirlo en c_1 (= causalidad comisiva) y c_2 (= causalidad omisiva). Esta subdivisión es irreprochable, puesto que, según la premisa de NAGLER, c_1 y c_2 componen el concepto general común (causalidad en general) [84]. Ahora bien, un comportamiento que reúne los elementos *a*, *b* y c_2, según la concepción de NAGLER, *sólo* puede ser típico si además concurre *el elemento adicional g* (= posición de garante). Así pues, por una parte es típico un comportamiento *a*, *b* y c_1 (supuesto de la comisión),

---

[*] Nada cambia en estas consideraciones si —en el sistema de la doctrina final de la acción— en los delitos dolosos se amplían los requisitos del tipo incluyendo al dolo. Pues *si* establezco como premisa que las omisiones pueden ser causales y abarcadas por el dolo, también se realiza aquí el tipo sin tener en cuenta que eventualmente concurra posición de garante.

La situación es distinta si, a partir de los resultados de esta investigación (*supra*, pp. 84 ss. y 126 ss.), se cuestiona que el dolo pueda referirse a omisiones. Entonces, ya por falta de dolo, el omitir la evitación del resultado nunca realiza el tipo de un delito comisivo doloso, pero ¡a su vez sin tener en cuenta la ausencia o presencia de posición de garante!

[83] NAGLER, *GS*, 111, p. 690 (cursiva mía).

[84] Análogamente, desde el punto de vista de esta investigación, cabría establecer en el concepto de comportamiento el carácter común de omisión y acción; cfr. *supra*, pp. 83 ss.

La objeción contra la tesis de NAGLER no apunta, pues, a que NAGLER mantenga erróneamente que la persona puede ser causal por omisión. Naturalmente, esta objeción acierta en contra de la concepción de NAGLER, pero cabe eludirla sustituyendo la causalidad por el concepto de comportamiento en el sentido de esta obra. La solución del tipo de NAGLER presupone sólo que existe un carácter común de omisión y acción; en qué consista éste resulta indiferente para la «solución del tipo». La crítica del texto no es de aplicación para la teoría de la causalidad de NAGLER, sino para su solución del tipo. Lo cual ha de señalarse expresamente para evitar malentendidos.

mientras que por otra parte sería típico un comportamiento con los elementos *a*, *b*, c_2 y *g* (caso de la omisión impropia).

Pero así resulta evidente que si dos modalidades de comportamiento sólo son típicas cuando concurren requisitos absolutamente *distintos*, ¡esta tipicidad únicamente puede existir con respecto a *dos tipos distintos*! Dicho de otro modo: un mismo tipo no puede realizarse al mismo tiempo, por una parte, ya con la concurrencia de los elementos *a*, *b* y c_1, y, por otra, si existen los requisitos *a*, *b*, c_2 y *g*: los elementos *a*, *b*, c_2 y *g* constituyen *un tipo distinto* que los requisitos *a*, *b* y c_1. Por mucho que *a* y *b* sean comunes a los dos tipos, por mucho que c_1 y c_2 puedan reducirse al concepto global *c*, el hecho de añadir el ulterior requisito *g* (posición de garante) en el caso c_2 (omisión causal) demuestra que ha de tratarse de tipos distintos. Nada cambia en ello la identidad del marco penal y la equivalencia desde puntos de vista axiológicos [39].

3. Lo acertado de este resultado lo evidencia, asimismo, una consideración de otros «elementos típicos implícitos». Uno de los casos más conocidos es el elemento implícito de la disposición patrimonial en la estafa (§ 263 StGB). En él está fuera de duda que *todo* comportamiento que realiza el tipo de estafa tiene que presentar este elemento implícito. Ahora bien, ¿pertenece al tipo de estafa, digamos, un *ulterior* elemento típico «implícito», tal como una posición de garante o un deber de garante? Plantear la cuestión supone contestarla negativamente, pues quien engaña con palabras o con su actuar concluyente no hace falta que sea garante con respecto a la producción del daño por el error que genera. El tipo de estafa «por comisión», en cuanto a elementos típicos implícitos, ¡contiene únicamente la disposición patrimonial del engañado!

De todo lo cual resulta lo siguiente: *la posición de garante no es un elemento implícito del tipo del delito comisivo [sino un requisito del tipo del delito de omisión (impropia)]. Pero entonces la omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino otro tipo distinto, precisamente el del delito de omisión impropia.*

La concepción de NAGLER y de quienes le siguen no conduce, pues, al resultado pretendido de que la omisión impropia realice el tipo del delito comisivo, sino que pone de manifiesto —llevada hasta sus últimas consecuencias—, con claridad difícil de encarecer, que no es así, sino que realiza un tipo *de omisión*.

---

[39] Únicamente habría que modificar esta «autoabolición» de la concepción de NAGLER si la posición de garante se convirtiera en requisito de la causalidad o de la condición de acción de la omisión, esto es, si —por emplear la notación acabada de indicar— sólo c_2 y *g* conjuntamente realizaran el presupuesto típico *c*. Pero precisamente éste es el deseo de los intentos de construcción desde KRUG hasta BINDING, en los que no se ha de insistir. Y justamente estas concepciones son las que NAGLER quería superar, debido a sus carencias materiales.

impropia —en contraposición a la propia— es una «contravención de una prohibición jurídica» [94]. El delito de omisión impropia es una «infracción de una norma de prohibición realizada al no actuar, de contrariedad a deber, el autor para mantener el bien jurídico protegido por la norma de prohibición» [95]. «El ser diametralmente opuesto lo que manda la norma en uno y en otro caso» es lo que separa a los delitos de omisión impropia de los de omisión propia [96].

Esta fundamentación de lógica de las normas no es, naturalmente, ninguna peculiaridad de la concepción de NAGLER. Casi todas las construcciones que se esfuerzan por mostrar a la omisión impropia como supuesto del delito comisivo parten de la idea de que la prohibición de realizar el resultado se extiende también a la evitación omitida del resultado [97]. Y muchas veces, como NAGLER [98], se considera al mandato de evitar el resultado «contenido siempre en la prohibición», si bien «sólo secundariamente».

La crítica de este hilo argumental puede enlazar con ideas anteriores, no deparando, pues, dificultades:

1. Objeto de la prohibición sólo puede ser una acción [99], y no una omisión. La «prohibición» de *omitir* una acción es en realidad un mandato de efectuar esa acción. Las normas se distinguen en función de lo que exigen respectivamente en los mandatos y en las prohibiciones, y no en su expresión lingüística. Por la naturaleza de *acción* de lo debido, la norma se manifiesta como *mandato*, y por la naturaleza de *omisión* de lo debido, como *prohibición* [100]. Ahora bien, como hemos visto, los partidarios de la teoría de NAGLER reconocen que la «omisión impropia» no es una acción, sino una omisión, «actividad «fingida». Pues entonces la prohibición *de obrar* no puede referirse a estas *omisiones* [101].

La falacia en que se basa la opinión contraria la ha aclarado con buen criterio ENGISCH, quien escribe con respecto a los delitos comisivos por omisión: «El sentido de las normas es aquí: "evita mediante hacer externo positivo la producción de determinados resultados". Teniendo en cuenta que sólo puede imputarse un resultado a un sujeto por una omisión si pudo hacer algo que era *apropiado* para evitar ese resultado, se formula así el contenido de esta norma: "no *causes* por omisión de un hacer determinado, que te exijo, el resultado *x*". De este modo da la impresión de que la norma requiere al mismo tiempo un omitir (la omisión de la causación) y

---

[94] NAGLER, *GS*, 111, pp. 18 ss.

[95] MAURACH, *Lehrbuch*, I, p. 169 (2.ª ed., p. 457); cfr. NAGLER (*GS*, 111, p. 61) y *supra*, p. 147.

[96] MAURACH, *Lehrbuch*, I, pp. 168 ss.; igualmente la 2.ª ed. (1958), p. 457.

[97] Cfr. *supra*, p. 230, en texto a nota 5.

[98] *GS*, 111, p. 61.

[99] Cfr. *supra*, pp. 40 ss.; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 105 ss.

[100] Cfr. *supra*, pp. 25 ss.

[101] Proceden con lógica Adolf MERKEL y BINDING cuando procuran demostrar que la omisión impropia queda incluida en la prohibición de obrar porque ella misma no es omisión, sino acción.

Nada influye en esta consecuencia el que se considere a la *posición* de garante como la quintaesencia de los presupuestos que determinan la existencia de un especial deber de evitar el resultado (la relación paterno-filial, el obrar previo, la íntima comunidad de vida), como elemento típico «implícito» o innominado, como tampoco la existencia del propio *deber* de garante (junto con sus requisitos) [90]. Y es que las consideraciones que anteceden simplemente se sustentan en que para concebir *en absoluto* la omisión impropia se requiere un elemento *adicional* para el tipo *comisivo* (!).

Es, asimismo, indiferente en este lugar si, con NAGLER [91], se sitúa la problemática de la posición de garante en la *acción* típica o, con WELZEL [92], «en la delimitación típica del *autor* omisivo». Para la concepción ahora objeto de estudio y sus consecuencias, *únicamente* ha de atenderse a que la posición de garante se considera como problema del tipo, es más, como cuestión del tipo del delito *comisivo*.

b) *¿Está abarcada la omisión del garante por la prohibición de realizar el resultado?*

La teoría de NAGLER, que eleva a elemento del tipo al deber de evitar el resultado o a la posición de garante, se sustenta además en otro argumento, que para NAGLER incluso aporta «la razón interna» de «que la pasividad de este garante jurídico se equipare a la actividad» [93]. La omisión

[90] La concepción hoy predominante dentro de la «solución del tipo» considera a los requisitos de la relación de garantía y del deber de garante de ahí derivado como el «elemento normativo no escrito»; así, p. ej., SCHRÖDER, *StGB*, introd., VI 1 ante § 1; E. SCHMIDT, *Niederschriften der G. Strafrechtskommission*, p. 151. Por «posición de garante» se entiende ahí el deber de evitar el resultado junto con sus presupuestos.

El propio NAGLER fue cauto en este punto; del «deber jurídico de evitar el resultado» dice (*GS*, 111, p. 24): «Su trascendencia jurídico-penal podría explicitarse —de modo inexacto— señalando que el tipo legal ha incorporado esos deberes». No indica, sin embargo, NAGLER, por qué y en qué medida esta idea es «inexacta».

WELZEL (*Strafrecht*, pp. 180 ss. y 466) y GALLAS (*ZStW*, 67, pp. 26 y 41) entienden por «posición de garante», elemento del tipo del delito de omisión impropia, únicamente los presupuestos de los que surge la relación de garantía y, por ende, el deber de evitar el resultado del omitente; el propio deber no es, para ellos, elemento del tipo, y, por tanto, el error sobre el carácter prescrito de la acción que se omite ha de tratarse de conformidad con las reglas del error de prohibición. Análogamente, BÖRKER, *JR*, 56, p. 87; BUSCH, *Mezger-Festschrift*, p. 178.

A esta concepción se ha sumado ahora también MAURACH, abandonando la anterior (*Lehrbuch*, I, 2.ª ed., 1958, pp. 459 ss. y 471 ss.). También él requiere ahora «separar del deber de evitar el resultado las condiciones previas reales que comportan dicho deber; el deber es una consecuencia derivada e independizada de aquéllas». El propio deber no puede «verse degradado a elemento objetivo del tipo» (p. 471). Sólo las «circunstancias en que se basa la garantía» serían «auténticos elementos del tipo objetivo, abarcados por el dolo». El propio deber de evitar el resultado que queda lo clasifica MAURACH como «elemento extratípico del delito» con «eficacia constitutiva del injusto» (pp. 466 ss. y 472).

Estas diferencias entre los partidarios de la «solución del tipo» sólo tendrían trascendencia para el avance de nuestra investigación si esta solución se revelase como correcta al menos en general.

[91] *GS*, 111, pp. 51 ss. y 69 ss.

[92] *Strafrecht*, pp. 180 y 181 ss.

[93] NAGLER, *GS*, 111, p. 60.

un hacer positivo (el hacer que evite el resultado), siendo consiguientemente la contravención simultáneamente acción ("comisión") y omisión, mientras que en realidad sólo se requiere una cosa: un hacer positivo, y sólo cabe considerar una infracción: una omisión [102]». Igualmente, WELZEL [103] parte de que la norma que «prescribe efectuar acciones para evitar un resultado indeseado» sólo es un mandato y de que el omitir evitar el resultado simplemente infringe una norma de mandato.

De este modo queda refutada la demostración de lógica de las normas de NAGLER; la omisión impropia no infringe precisamente una norma de prohibición. No existe, pues, la «razón profunda» de que un delito de omisión impropia sea sólo un «delito comisivo modificado». Por el contrario, la lógica de las normas se revela como la «razón interna» por la que fracasa esta concepción: *si la* prohibición *no se extiende al omitir la evitación del resultado por parte del garante, ¡entonces esta omisión tampoco puede realizar el* tipo *de prohibición!* Y, asimismo, se pone de manifiesto que la omisión del garante se subsume en otro tipo distinto, el tipo de mandato.

Con estas reflexiones queda al descubierto el fallo básico de todas las teorías —no sólo de la de NAGLER— basadas en que la prohibición de realizar el resultado se extiende al no evitarlo por parte del garante. Sólo con carácter complementario cabe señalar las siguientes aporías:

2. Quien afirme que la omisión impropia queda abarcada por la prohibición de obrar es quien ha de demostrar que también *sólo* el omitir del garante es abarcado por la norma de prohibición. En seguida se revela que de este modo se aborda, en el plano de la norma de prohibición, el mismo problema que se estudió *supra* para el tipo del delito comisivo. Si la prohibición de matar comprendiera, asimismo, a la omisión de evitar la producción de la muerte, comprendería a toda omisión, no sólo a la del garante. Si mediante el «elemento implícito de la norma» que es el deber de garante se quiere limitar el ámbito de las omisiones incluidas en la norma de prohibición, se evidencia que en realidad la omisión del garante está sujeta a *otra* norma: una de las normas prohíbe *acciones* de matar; la otra le «prohíbe» al *garante omitir* la evitación de la muerte. El dilema es tan irresoluble aquí como en el plano del tipo; tampoco puede ser aquí de modo distinto, teniendo en cuenta la relación entre tipo y norma [104]. También aquí se pone de relieve que la omisión impropia *no* vulnera la *misma* norma que la «comisión», sino otra norma distinta. Llamarle «prohibición» sería doblemente absurdo: por una parte, porque esta «prohibición» tendría por objeto una omisión, por otra, porque la concepción ahora objeto de estudio desde luego que reconoce la existencia de un *mandato* de evitar el resultado.

---

[102] ENGISCH, *ZgStrRWiss.*, 1933, p. 240 (cursiva en el original).
[103] *Strafrecht*, pp. 33, 174 y 176.
[104] Cfr. *supra*, pp. 34 ss.

3. A estas consideraciones se vincula otro argumento más: es absurdo fundamentar la extensión de una prohibición a una omisión diciendo que existió un *mandato* de efectuar la acción omitida. Como tampoco cabe fundamentar la infracción de un deber de omitir en la infracción de un deber de obrar. *El mandato de evitar el resultado es una norma «sui generis»*, no sólo un medio para extender la prohibición de realizar el resultado. Quien afirme que se ha infringido un deber de omitir *porque* existía un deber de evitar el resultado, en el fondo no dice sino que se ha infringido este deber de evitar el resultado.

Por eso es también desacertada la concepción, defendida por NAGLER [105], de que el mandato de evitar el resultado está «siempre contenido en el mandato», siendo por ello «secundario». NAGLER invoca a tal efecto una frase de BINDING [106]: «La prohibición de generar la causa de una infracción jurídica implica el mandato a los sujetos actuantes de eliminar en su condición de causa la causa posible para el acaecimiento de una infracción jurídica, o la causa real para su continuación, las cuales han generado con su actividad». Pero estas reflexiones de BINDING no se refieren a la omisión impropia, sino a la *imprudencia* omisiva, como se deduce claramente del contexto [107]. Para la omisión impropia BINDING siempre ha afirmado que no es omisión, sino comisión, y que no existen deberes jurídicos de evitar resultados, luego tampoco en forma secundaria. Cierto es que, también para la imprudencia comisiva, la construcción de que de la «prohibición de causación» emanan «deberes accesorios no autónomos» es uno de los puntos flacos de la teoría de BINDING [108].

No se indica una fundamentación más en detalle de cómo es que un mandato es secundario con respecto a una prohibición. Y tampoco cabe realizar una demostración, en el plano de la lógica de las normas, del carácter no autónomo del mandato de evitar el resultado, puesto que de la esencia de la norma se deduce lo contrario: afirmada la existencia de una norma, esta norma válida es entonces también *autónoma* con respecto a otras normas. Entre los dictados jurídicos —ya sean mandatos, ya prohibiciones— no hay relación jerárquica alguna *de lógica de las normas*. Y de toda norma emana una sola clase de deberes: de las prohibiciones, sólo deberes de omitir, y de los mandatos, sólo deberes de obrar.

La afirmación de que se ha infringido el deber *a* tampoco puede significar, digamos, que *por eso* al mismo tiempo no se ha cumplido, asimismo, el deber *b*. De ser de otro modo, si con la infracción de deber *a* constara ya que también se ha infringido el deber *b*, la norma *b* sería la más

---

[105] *GS*, 131, pp. 60 ss.

[106] *Normen*, I, p. 118. NAGLER (*GS*, 131, p. 60, nota 109) reproduce por error esta frase de modo incompleto.

[107] Cfr., p. ej., BINDING, *Normen*, I, p. 117.

[108] Al respecto pormenorizadamente KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 110 ss., especialmente pp. 134 ss.; *vid.*, asimismo, *supra*, p. 33. Cfr. H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, p. 17.

contiene este presupuesto, precisamente por eso, no puede ser el tipo del delito comisivo!)

La teoría de NAGLER pretende alcanzar el objetivo de equiparar la omisión impropia a la comisión demostrando que la infracción del deber de garante es *típica* (y antijurídica) en el sentido del delito *comisivo*. Este intento dogmático de solución no sólo es desafortunado, sino que precisamente debe dársele la vuelta: *partiendo de las premisas de* NAGLER *de que la omisión impropia en realidad es una* omisión *y de que sólo puede ser típica de existir una posición de garante, se deduce consecuentemente que el delito de omisión impropia debe subsumirse en un tipo propio, en un tipo que presente el elemento especial, implícito, de la posición de garante, esto es, un tipo* especial, *un tipo* implícito o no escrito.

Partiendo de premisas distintas, GRÜNWALD llega a este resultado materialmente coincidente: «Quien castiga una omisión, en realidad no aplica los tipos tal como aparecen en el Código Penal, sino que aplica tipos no escritos (si bien derivados de los tipos de los delitos de acción)» [111].

Sin embargo, hay una teoría que, como la del propio NAGLER, tampoco reconoce esta consecuencia.

III. Crítica de la «solución de la antijuricidad»

a) *La construcción de* BELING [112]

Esta teoría parece superar las dificultades en que fracasaba la de NAGLER. Al relegar a la antijuricidad la cuestión del deber de evitar el resultado, evita admitir elementos del tipo *adicionales* en la comisión por

---

[111] GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 44 y 56. GRÜNWALD extrae esta idea del siguiente razonamiento: «Los tipos legales están pensados a la medida de las acciones; están concebidos de manera que no pueden ser realizados por omisiones. Quien omite salvar a otro de morir no puede realizar un tipo que se refiere a la causación del resultado de muerte» (p. 44).

Frente a esta fundamentación, que se sustenta en la falta de causalidad en la omisión, siempre cabría objetar, desde el punto de vista de la «solución del tipo» o de la «solución de la antijuricidad», que, al menos en los denominados delitos de resultado, cabe interpretar el tipo legal de manera que abarque, además de acciones, omisiones; p. ej.: el que se comportare de modo que causare o no evitare la muerte de otro será castigado... Esto sería sobre todo posible si —como GRÜNWALD— se somete a acciones y omisiones a las mismas exigencias dogmáticas, manteniendo en particular el «dolo de omisión». Lo cual, evidentemente, no es posible, como ponen de manifiesto los resultados obtenidos de esta investigación, y *por eso*, en definitiva, la argumentación de GRÜNWALD es lógica. Pero en la medida en que no se tienen en cuenta, con la doctrina dominante, las peculiaridades ontológicas (así como las dogmáticas de ellas derivadas) de la omisión, únicamente es posible la crítica inmanente a la «solución del tipo» (así como a la de la «antijuricidad») revelando las consecuencias que se derivan del requisito *adicional* de la posición de garante. Esta crítica puede mantenerse *sin* presuponer el rechazo de la «causalidad de la omisión»; *vid.* al respecto *supra*, en torno a nota 88, así como las páginas subsiguientes.

[112] *Supra*, p. 256, se expone este intento de construcción.

amplía, la que tendría que abarcar asimismo al objeto de la norma *a*. Y el mandato de evitar el resultado sería totalmente superfluo, pues, p. ej., junto a la prohibición de matar personas no tiene razón de ser una prohibición especial de matar niños.

Como trasfondo de la idea del carácter secundario del mandato de garante en realidad se encuentra otra consideración, si bien no de naturaleza dogmática ni de lógica de las normas. Existe una relación valorativa entre la prohibición de lesionar un bien jurídico y el mandato de proteger al bien jurídico de lesiones. *Lo común del objeto de protección* constituye, pues, el enlace axiológico entre la prohibición de obrar y el correlativo deber de garante. En puridad, la relación entre ambas normas se basa en sus juicios de valor subyacentes, se basa, en definitiva, en el bien jurídico [109]. Pero el criterio de valoración decisivo no llega en absoluto a expresarse al calificarse como «secundario» el deber de evitar el resultado, la posición de garante, que desde luego constituye el *especial* deber de evitar el resultado. Visto desde el objeto de protección, desde el bien jurídico, también cabría calificar al mandato de socorro del § 330 c StGB de «secundario» con respecto a la correlativa prohibición de lesionar.

c) *Resultado de la crítica*

El argumento determinante en contra de su teoría lo ha acuñado el propio NAGLER. Una de sus objeciones en contra de la solución de la antijuricidad dominante en su tiempo resulta ser un bumerán para la construcción de NAGLER: «¿Cómo la causación típica del resultado indudablemente antijurídico va de repente a vincularse a ulteriores requisitos de la antijuricidad?» [110]. Lo acertado de este argumento no se limita al *terreno de la antijuricidad*, sino que se impone, asimismo, en *el de la tipicidad*. Y así cabe devolver la pregunta a NAGLER, modificando sus premisas: ¿cómo la causación del resultado indudablemente típico va a vincularse de repente a ulteriores presupuestos del tipo? (En efecto, el tipo del delito comisivo no presenta el elemento implícito de la posición de garante; ¡y el tipo que

---

[109] Cfr. al respecto *supra*, pp. 23 ss.

Es más que dudosa la utilidad de caracterizar esta raíz valorativa común como «primaria», debido a la prohibición de comisión, y al mandato de garante como «secundario». ¿Tiene sentido considerar «secundario» el mandato dirigido a la madre de conservar la vida de su hijo, con respecto a la *prohibición* primaria de matar?

En teoría general del Derecho se habla de normas «primarias» y «secundarias» cuando la aplicabilidad de una proposición jurídica depende de la de otra. Entre normas únicamente puede existir esta relación si la *infracción* de un deber comporta la *fundamentación* de otro deber; no presupponiéndose la identidad del sujeto obligado (cfr. en general KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 543 ss., especialmente p. 56, nota 14). La concepción tratada en el texto, por el contrario, hace derivar de la *infracción* de un deber la *infracción* de otro.

[110] NAGLER, *GS*, 111, pp. 77 ss.

omisión. En el tipo se tratan por igual comisión y omisión; no sale a relucir ni un *plus* ni un *minus* cuando se subsume una omisión en el tipo, no siendo necesaria la premisa de considerar a la omisión *causal* para el resultado; también satisface las exigencias de esta construcción el que reúne a acciones y omisiones bajo un concepto general, pues así se evita la duplicación de los requisitos del tipo y de su consecuencia, la existencia de dos tipos distintos. Sólo para la antijuricidad surten efecto distintos baremos de enjuiciamiento.

A decir verdad, parece una solución elegante, una vez puestas de relieve las fricciones de la concepción de NAGLER. Del asunto material del delito de omisión impropia (la cuestión de la existencia y alcance de los deberes de garante) puede darse cuenta plenamente en el escalón de la antijuricidad. Es de saludar la consecuencia dogmática accesoria de que —inmediatamente, *ex officio*— se evita la vía errónea de extender el dolo al deber de garante; así pues, el error sobre el deber de evitar el resultado halla su tratamiento adecuado como error sobre la antijuricidad [113].

Sin embargo, con la crítica a la solución de NAGLER en el fondo también se ha condenado esta otra concepción: por una parte, es aplicable con carácter general la consideración de que la prohibición de producir el resultado no abarca la «omisión impropia»; con lo cual se priva a la «solución de la antijuricidad» de la base sobre la que también construían BELING y M. E. MAYER. Es más: las objeciones de NAGLER en contra de la «solución de la antijuricidad», como acabamos de ver, se vuelven contra la «solución del tipo»; asimismo, la crítica a la teoría del elemento del tipo implícito cabe «trasladarla» al terreno de la antijuricidad:

En especial SCHAFFSTEIN [114] y NAGLER [115] se han referido, en su crítica, a la *«doble antijuricidad»* que precisamente se requiere aquí en la omisión: «la general, que resulta de la realización del tipo de la conminación penal, y una especial, consistente en la infracción de un deber jurídico especial de evitar el resultado» [116].

Esta objeción arroja luz sobre el equívoco que subyace a la construcción de BELING y M. E. MAYER. La comprobación de si un comportamiento típico es antijurídico ciertamente ha de realizarse en función de *todo* el ordenamiento jurídico; pero esta verificación de la antijuricidad está *refe-*

---

[113] Naturalmente, también el error sobre los *presupuestos* del deber de evitar el resultado, esto es, sobre la *posición de garante*, de la que fluye el deber, se convierte en error sobre la antijuricidad. Ésta es una solución que en modo alguno es siempre adecuada: si el padre no ve que el niño que se está ahogando en el río es su hijo, desconoce el presupuesto decisivo de su deber de garante. Según la teoría que comentamos, tendría que tratarse de un error sobre la antijuricidad; y si el error era evitable, ¡habría que castigarle por el marco penal del delito doloso!

[114] *Gleispach-Festschrift*, pp. 87 ss.; la crítica de SCHAFFSTEIN a la teoría de la antijuricidad ha dado lugar a que NAGLER desarrolle su teoría propia.

[115] *GS*, 111, pp. 76 ss.

[116] SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, p. 88.

rida siempre *a un tipo* unitario, el cual es realizado por el comportamiento enjuiciado.

Al comprobar la antijuricidad, siempre ha de atenderse no sólo a si un comportamiento es típico *con carácter general*, sino precisamente a *qué* tipo realiza. La legítima defensa de personas o de la propiedad, el autoauxilio, el estado de necesidad supralegal, sólo pueden comprobarse con respecto a lesiones, daños, etc., típicos, pero no con respecto al comportamiento típico en general; esto es evidente. Menos dudoso aún es que los especiales elementos de la antijuricidad sólo cabe indagarlos en relación con la realización de tipo correspondiente a la que tienen que añadirse para fundamentar el injusto [117]. Si la «función indiciaria» de la tipicidad queda desvirtuada por la exigencia de especiales requisitos de la antijuricidad, ello rige para todo el tipo, o más exactamente: para *todos* los supuestos que se subsumen en este tipo. Si se establece un especial requisito de la antijuricidad y se desvirtúa la función indiciaria de la tipicidad sólo para una *parte* de los supuestos que realizan «un tipo», entonces tiene que *describirse* este grupo de casos. Ahora bien, esta descripción no puede efectuarse sino en el propio tipo, pues de otro modo sería vana la comprobación de la antijuricidad. Pero si «en un tipo» se destaca un grupo de casos —aunque sólo sea en cuanto a la especialidad de la comprobación de la antijuricidad—, se está describiendo así *un nuevo tipo propio*. Ya no es entonces indiferente el que se trate del grupo de casos c_1 o c_2, de manera que el «tipo» en realidad consta *de dos tipos distintos*: el tipo «normal» del delito comisivo, que describe una acción y con respecto al cual no hay que establecer especialidad alguna en la comprobación de la antijucidad, y el otro tipo, que describe una omisión correlativa y para el cual hay que comprobar la posición de garante en la antijuricidad [118].

Esta consecuencia no es posible eludirla. La *diversidad* por principio *de la comprobación de la antijuricidad*, tal como la propugnan BELING y M. H. MAYER, *presupone distintos tipos*. Lo cual no es sólo una apreciación teórica, sino, asimismo, una necesidad práctica: la cuestión del deber de garante únicamente puede responderse si se han fijado *antes* los casos en que éste puede y debe establecerse en general. La distinción en el tipo entre omisión y comisión (acción) debe ir por delante, para poder comenzar una «doble comprobación de la antijuricidad».

Llega así la «solución de la antijuricidad» a la misma consecuencia en la que fracasaba la «solución del tipo» de NAGLER. *Las dos teorías conducen —llevando sus premisas hasta sus últimas consecuencias— al*

---

[117] Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, p. 68; *Das neue Bild*, p. 23; KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 156 ss.

[118] Pudiendo quedar sin analizar si este tipo de delito de omisión impropia a su vez es sólo la resultante de una serie de tipos de omisión, orientada al correspondiente mandato de impedir el resultado.

cuados a su fin [122]. La comprensión axiológica de la necesidad de diversas limitaciones con respecto a los requisitos legales de la punición, mediante la interpretación teleológica de los tipos, mediante el principio de la «adecuación social» [123] y mediante la «justificación supralegal», en parte incluso mediante la idea de la exigibilidad, ha encontrado de entonces acá la consideración debida *en el* lugar sistemático «pertinente». Esta tarea de la incardinación dogmática en el sistema se plantea aun cuando se entienda que la equiparación de la omisión impropia a la comisión constituye un problema de la «antijuricidad material» del delito *comisivo*. Pero esta reducción debería llevar a asumir uno de los otros intentos de construcción dogmática.

No obstante, si se quisiera persistir en plantear en el delito de omisión propia la cuestión del deber de garante con el ropaje de la antijuricidad material, se requeriría precisamente para estos casos una *doble antijuricidad*. Se trataría entonces de otra formulación de la teoría de BELING y M. E. MAYER. También aquí la consecuencia sería que la omisión impropia, debido a esta exigencia adicional, no realizaría el mismo tipo que el tipo comisivo «normal».

IV. Crítica de las soluciones de la causalidad y de la acción

Nos referimos a las teorías expuestas *supra* [124] que consideran precisa y exclusivamente la omisión impropia, la omisión del garante, sujeta al concepto causal o al concepto de acción. Si la omisión impropia —¡y sólo ella!— se ajusta al «elemento general del tipo» de la causalidad o de la acción, entonces la omisión del garante es típica, antijurídica y reprochable en el sentido del delito comisivo. Así, estas teorías presentan una ventaja decisiva frente a la «solución del tipo» de NAGLER o a la «solución de la antijuricidad» de BELING: alcanzan de verdad el objetivo de todos los esfuerzos dogmáticos hasta ahora analizados, el de que el denominado delito de omisión impropia *aparezca realmente como delito comisivo*. Las soluciones de NAGLER y de BELING no resistieron una crítica inmanente; aceptando sus premisas, la consecuencia necesaria no es que el delito de omisión impropia sea un caso particular del delito comisivo, sino que consecuentemente deberían llegar a admitir tipos *distintos* y, por ende, delitos distintos. La situación es diferente en el grupo de teorías de que ahora nos ocupamos. Aquí se deduce de sus premisas realmente lo que se afirma. Así pues, en su construcción dogmática estas teorías son más metódicas que los intentos de solución de NAGLER y BELING [125].

[122] Cfr. MAURACH, *Lehrbuch*, 1, p. 264.
[123] Cfr. WELZEL, *Lehrbuch*, pp. 73 ss.
[124] Pp. 253 ss.
[125] Se trata de las concepciones reproducidas *supra*, pp. 254, b), y 255 ss., d).

resultado de que la omisión impropia no *realiza* el mismo tipo *que la comisión*. Ambos intentos de solución no alcanzan, pues, el objetivo que dicen alcanzar y en cuya virtud están construidos: la demostración de que tanto la comisión como la omisión impropia realizan el mismo delito atendiendo a tipo, antijuricidad y culpabilidad. Medidas por este baremo, el suyo propio, estos intentos de solución son inidóneos; no resisten a una crítica inmanente.

b) *La «solución de la antijuricidad» de* SAUER [115]

La concepción de SAUER y KISSIN no queda rebatida, sin más, por estas consideraciones. Ésta se basa en la contraposición de antijuricidad «formal» y «material», antítesis que carece de trascendencia para las soluciones hasta ahora tratadas.

Constituye el punto de partida de esta teoría la tesis de que toda omisión de evitar un resultado típico es «formalmente» antijurídica, pero sólo lo es «materialmente» si existe un especial deber jurídico [120]. Aun cuando aceptáramos desde el principio la premisa de que pueden distinguirse y contraponerse en general la antijuricidad «formal» y la «material», el siguiente paso es cuestionable: ¿de verdad puede considerarse «formalmente» antijurídica toda evitación omitida del resultado?

Como es sabido, qué es «formalmente» antijurídico debe indicarlo el tenor literal de la ley. Pero en el caso de la omisión impropia la ley calla. Ciertamente, de acuerdo con los trabajos preparatorios del StGB, se dirá que el legislador quiso incluir a las omisiones impropias [121]. Pero de ningún modo quiso el legislador considerar antijurídicas y punibles *todas las omisiones* de evitar resultados. Así pues, aquí pierde su base la teoría de la antijuricidad «material»; su otra función, limitar la antijuricidad «formal» mediante principios supralegales «materiales», no puede ejercerla aquí. Su función se invierte: de la restricción de lo que la ley ha señalado expresamente como «antijurídico» resulta la *determinación* de la antijuricidad para casos que la ley ha dejado a criterio de doctrina y jurisprudencia. No cabe hablar, pues, de contraposición entre antijuricidad «formal» y «material» en la omisión impropia en el sentido —antes— habitual.

En general, la remisión a la antijuricidad «material» no ofrece solución alguna; más bien plantea una *tarea*. El deseo de la teoría de la antijuricidad material se ha encauzado mientras tanto por canales dogmáticos ade-

---

[119] *Vid.* la exposición de esta teoría *supra*, pp. 161 ss.

[120] A fin de cuentas, los principios de la «antijuricidad material» comportan nivelar los deberes de garante *especiales* y hacerles desvanecerse en una fórmula general e indeterminada; así, KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln*, pp. 74 ss.; al respecto y en contra, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, pp. 92 ss.

[121] Cfr. CLEMENS, *Die Unterlassungsdelikte*, pp. 46 ss.

Más vulnerables son evidentemente las premisas de las que parten. La fragilidad del punto de partida se ha puesto de relieve con tanta frecuencia en la evolución dogmática que su consideración crítica deberá ser necesariamente breve.

a) *Soluciones que fundamentan la causalidad o el carácter de acción en la existencia del deber de obrar*

1. El que la omisión no puede ser *causal porque* existiera un *deber* jurídico de obrar tendría que estar, desde LUDEN, fuera de duda. Nada cambia en este problema si —abierta o encubiertamente— se considera a la omisión contraria al deber jurídico como «cuasi-causal» [126]. Porque o bien hay que tratar la «cuasi-causalidad» como causación genuina; entonces se da la confusión, ya criticada por LUDEN, de la cuestión causal con el problema de la antijuricidad. O bien la omisión impropia, la cuasi-causal, no es realmente causal; ¡entonces —contradiciendo la intención de estas concepciones— en la omisión impropia no se realizaría la causalidad, elemento general del tipo! Entonces, esta concepción, al tener que exigir el deber jurídico como requisito *adicional*, desembocaría completamente en la teoría de NAGLER [127].

Tampoco ofrece solución alguna trasladar el problema al ámbito de la causación adecuada, como propugnan ALLFELD y Richard SCHMIDT, pues la antijuricidad, como criterio de delimitación, no se obtiene de los principios generales de la adecuación, al margen de otras fricciones.

Por último, estas teorías no son capaces de explicar por qué ha de ser causal *sólo* la omisión contraria a deber de garante, pero no en cambio la omisión que infringe cualquier otro deber de obrar.

2. Esta objeción afecta también a la concepción de V. LISZT, que se ve obligado a desterrar a las omisiones impropias del ámbito del Derecho penal criminal [128]. Además, V. LISZT no puede demostrar que sea sólo el incumplimiento de un deber de evitar el resultado lo que suponga una omisión. En contra de esta vuelta al principio de la expectativa caben los reparos que ya *supra* [129] se adujeron. Pero ni aun partiendo de la «teoría de la expectativa» es posible mantener la teoría de V. LISZT. Por una parte, no hay que considerar como omisión únicamente la infracción del *mandato*, sino *todo* no efectuar una acción «esperada». Por otra parte —como ha demostrado GALLAS [130]—, de la teoría de la expectativa se deduciría que

[126] Cfr. al respecto TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 60 ss.; NAGLER, *GS*, 111, pp. 31 ss.

[127] El propio NAGLER considera causales *todas* las evitaciones de resultado omitidas; pero esta tesis no prejuzga su construcción dogmática; cfr. *supra*, en torno a nota 88.

[128] *Vid. supra*, en torno a nota 36.

[129] *Supra*, pp. 96 ss.

[130] *ZStW*, 67, pp. 8 ss.

no cabe formar un concepto global comprensivo del hacer y del omitir. La construcción de V. LISZT en el sentido de que el obrar puede consistir en el hacer o en el omitir (contrario al deber jurídico) queda así rebatida; pues la omisión impropia no se subsumiría entonces en el concepto de la «acción» y, por ende, tampoco en el tipo del delito comisivo.

b) *Las teorías de KRUG, GLASER, A. MERKEL y BINDING* [131]

Estas concepciones evitan las fricciones antes referidas negando en general el deber jurídico de obrar, o bien considerándolo como no esencial para la omisión impropia. Retrocediendo a la *acción previa*, además, se ofrece un punto de conexión firme para el nexo causal. Obviamente, de este modo se restringe el ámbito de la omisión impropia —unilateralmente— a los supuestos en que puede hallarse una acción así [132]. Además, KRUG, GLASER y MERKEL no consiguen eludir el escollo del *dolus subsequens* [133].

BINDING funde los principios de GLASER con la idea de la interferencia, sustrayéndose así a la objeción de reconocer el *dolus subsequens*. Sin embargo, son conocidos los puntos flacos de esta concepción. Según BINDING, la acción previa convierte al autor en «garante» de la evitación del resultado. Por eso tiene que presentar un «doble carácter»; «a medias impide el peligro, a medias lo favorece» [134]. Por una parte, el sujeto actuante pone una condición positiva del «resultado de daño» [135], por otra parte, se sitúa conscientemente «como garante frente a determinados peligros» [136]. La «causación» decisiva para la omisión impropia reside, según BINDING, en que «en el momento crítico, el garante, voluntariamente» —lo que significa aquí: dolosa o imprudentemente [137]— «no cumple su función de garante» [138]. El que lleva consigo por la calle a un perro mordedor, pero dócil, con la intención de llamarlo de un silbido en el momento crítico, pone simultáneamente una condición positiva y una condición negativa de un eventual resultado de lesiones [139]. Si el «garante», dolosa o imprudentemente, no llama al perro, *comete* unas lesiones que, algo

---

[131] Cfr. *supra*, p. 158.

[132] Para la posición de garante «en virtud de hacer precedente» han desplegado efecto estas teorías hasta la actualidad; cfr., al respecto, NAGLER, *GS*, 111, pp. 26 ss.

[133] Crítica de estas concepciones en V. BURI, *GS*, 21, pp. 189 ss.; LANDSBERG, *Commissivdelikte durch Unterlassung*, pp. 6 ss.; ALDOSSER, *Unterlassungen*, pp. 20 ss.; BINDING, *Normen*, II, pp. 524 ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, pp. 115 ss.; FINGER, *Strafrecht 1932*, pp. 453 ss.; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 31 ss.

[134] BINDING, *Normen*, II, p. 577.

[135] BINDING, *Normen*, II, p. 576.

[136] BINDING, *Normen*, II, pp. 553 ss.

[137] Con respecto al concepto de voluntad de BINDING, cfr. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 89 ss. y 111 ss.

[138] *Normen*, II, pp. 585 ss.

[139] Ejemplo de BINDING, *Normen*, II, pp. 552 ss.

A partir de la «medida de energía volitiva hostil al Derecho» hay que determinar, pues, lo que ha de concebirse como «comisión positiva». Es obvio que la integración de omisiones en función de este criterio presentaría dificultades en los casos concretos, pues H. MAYER en seguida añade: «Podría ocurrir, desde luego, que la madre que mata a su hijito dejando de alimentarle, el médico que interrumpe la operación, el guardagujas que deja tirado en la vía el obstáculo, fueran tan empedernidos que no tuvieran que reprimir en absoluto el impulso volitivo que surge naturalmente en toda persona con sentimientos. Pues bien, esta disposición hay que valorarla precisamente, con mayor razón, como rechazo activo de la voluntad general» [147].

Pero con ello se ha abandonado ya la «misma medida de esfuerzo volitivo» como presupuesto del comportamiento *concreto*. En otro sitio, H. MAYER expresa también claramente que «la inactividad sólo puede equipararse a la actividad si equivale volitivamente a ésta, esto es, cuando una *persona recta necesitaría* un esfuerzo volitivo para permanecer inactivo donde es natural intervenir activamente» [148].

La concepción de MAYER está influida por la teoría de la interferencia. Pero H. MAYER evita las consecuencias intolerables de la teoría de la interferencia, al tomar la «energía volitiva» que ha de desplegarse para no obrar, para omitir, sólo como punto de partida para eliminar las omisiones merecedoras de equiparación. Pues, según MAYER, no se trata precisamente de si la *propia* persona inactiva despliega energía volitiva para impedirse obrar, sino de si «cualquier *otra* persona decente en su lugar tendría que desplegar ese esfuerzo de voluntad para permanecer inactivo» [149]. En esta referencia a la persona «recta», «decente», se pone de manifiesto que hace falta un «*juicio de valor*» [150] para eliminar, de entre la pluralidad de las omisiones, las inactividades «impropias», que suponen un «hacer en sentido propio» [151]. Para esta valoración de una omisión como «hacer» no bas-

[147] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 133.

[148] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 151 (cursiva mía).

[149] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 152 (cursiva mía).

[150] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 153 (cursiva mía).

[151] Bien es verdad que en el razonamiento de H. MAYER interviene, asimismo, la idea de que «únicamente puede castigarse por homicidio o asesinato a quien ha hecho trabajar su voluntad para matar a otro, y no a quien meramente fue demasiado pusilánime como para decidirse a un acto de socorro» (*Materialien zur Strafrechtsreform*, I, p. 277, nota 59). Pero en el texto se ha puesto de manifiesto que para H. MAYER no hay que atender al esfuerzo de voluntad del propio omitente, sino a si un tercero honrado tendría que haber esforzado su voluntad. ¿Valdrá esto también con respecto a la pusilanimidad? La «persona leal al Derecho», que —según MAYER— se tendría que haber esforzado ya para *no* realizar la acción de salvación, evidentemente no fue, asimismo, demasiado pusilánime como para decidirse a salvar. Pero entonces sería superfluo el segundo criterio.

Aquí se pone de manifiesto la tensión que se introduce en la teoría de H. MAYER al enlazar con la idea de la interferencia: el empleo de energía volitiva para reprimir el impulso de salvar no es un rasgo de la omisión propia ni de la omisión impropia; más bien falta precisamente el esfuerzo volitivo, esto es, el empleo de la dirección de la voluntad para realizar la acción omitida. El que falte esta voluntad de realización se debe —como acertadamente destaca H. MAYER— a la falta de fuerza

imprecisamente, se califican como omisión [140]. «Únicamente no conteniendo condiciones puestas por uno mismo es posible la causación mediante la denominada omisión» [141].

Esta teoría de BINDING fracasa de entrada en todos los casos en que no existe acción previa alguna; pero también cuando esta acción previa no presenta el carácter presupuesto por BINDING, cuando, p. ej., el sujeto no quiere ser «garante», no poseyendo desde el principio «voluntad de contención».

Pero tampoco para los casos abarcados por la concepción de BINDING tiene éxito la demostración de que se trata de «hechos», de delitos *comisivos*. Porque el que el garante «no cumpla su función» «en el momento crítico» *no* requiere *actividad (psíquica)* alguna [142]. El dueño que no llama a su perro mordedor basta con que simplemente no mantenga su voluntad de hacerlo (tal vez) existente con anterioridad, de manera que la decisión no llegue a ponerse en práctica. «En el momento de la inactividad que va a seguir, el autor se limita a no usar la posibilidad, dada al ser humano, de intervenir en la causalidad natural» [143]. Huelga debatir que la idea de BINDING de la «equivalencia» de la condición positiva y la negativa al poner la acción previa es incompatible con la concepción estricta de la causalidad.

Así fracasan, pues, por lo defectuoso de sus premisas, estos intentos, al principio dogmáticamente sugestivos, de concebir la omisión *im*propia como comisión auténtica, *propia*.

c) *La solución de Hellmuth MAYER*

Esta teoría comparte con la de BINDING la ventaja de considerar a la omisión *im*propia como caso de comisión en sentido *propio*. Al trasladar H. MAYER el problema de la omisión impropia al terreno de la *acción* evita también los puntos flacos de la posición de BINDING [144]. Recuérdese una vez más el núcleo de la solución de H. MAYER [145]: «Pero la inactividad hay que concebirla en sentido jurídico como auténtico hacer cuando esta omisión impropia requiere la misma medida de energía volitiva hostil al Derecho que la actividad» [146].

---

[140] BINDING, *Normen*, II, p. 556.

[141] BINDING, *Normen*, II, p. 588.

[142] Cfr. LANDSBERG, *Commissivdelikte durch Unterlassung*, pp. 86 ss.; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, pp. 54 ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, p. 115.

[143] FINGER, *Strafrecht*, 1932 (en STAMMLER), p. 454.

[144] Con razón apunta H. MAYER (*Strafrecht*, pp. 115 ss.) que BINDING, precisamente con sus consideraciones relativas a la omisión impropia, suscita un «concepto idealista de acción».

[145] Más en profundidad, *supra*, p. 255.

[146] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 113 (cursiva en el original).

ta, como bien dice H. MAYER, «la mera infracción de deber» [152]; no obstante, H. MAYER concede que «secundariamente, mediante la aplicación del tipo, se expresa un deber jurídico de obrar» [153]. (En el fondo, H. MAYER se limita a estrechar el ámbito de los mandatos de garante con respecto a las concepciones que remiten directamente al deber jurídico de obrar.)

Pero esta valoración de las omisiones en función de si han de considerarse como «hacer» ¡*presupone ya que hacer y omitir son separables y están separados*! Es más, sólo el «hacer» puede subsumirse directamente en el tipo del delito comisivo. El omitir sólo encaja en el tipo comisivo si presenta un *presupuesto adicional*, el de pertenecer al grupo de las omisiones que, para una consideración valorativa, son equiparables al «hacer». Así pues, ¡*también H. MAYER tiene que recurrir a un requisito adicional, hecho especialmente a la medida de la omisión, para —en apariencia— alcanzar la tipicidad del omitir en el sentido del delito comisivo*!

En seguida queda claro que de este modo la teoría de H. MAYER queda expuesta a objeciones que ya tuvieron que aducirse contra la teoría de NAGLER [154]. El tipo, que en el caso del omitir tiene que presentar un elemento *adicional* especial, no puede ser el mismo que aquel en que se subsume la acción (el «hacer» en el sentido de H. MAYER); lo cual ya se ha expuesto en detalle y no hace falta repetirlo aquí.

Por tanto, tampoco el intento de solución de H. MAYER alcanza el objetivo de sus esfuerzos dogmáticos, el de presentar la omisión impropia como típica, antijurídica y culpable en el sentido del delito *comisivo* [155].

---

resolutiva. ¡Pero precisamente a la superación de esta pusilanimidad, a que se adopte y efectúe la resolución de obrar se dirigen los mandatos!

[152] H. MAYER, *Strafrecht*, pp. 151 y 116 ss.

[153] H. MAYER, *Strafrecht*, pp. 114 ss.

[154] Cfr. *supra*, pp. 263 ss.

[155] Al mismo tiempo se pone de manifiesto que tampoco H. MAYER, con su teoría, se sustrae a las objeciones relativas a la taxatividad del tipo de la omisión impropia, objeciones que él ha sido el primero en resaltar (*Strafrecht*, pp. 119 ss.; *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, p. 277). Y es que tampoco H. MAYER subsume en el fondo la omisión impropia en el delito comisivo, sino en un tipo *sui generis*, en un tipo de omisión. Los elementos especiales de este tipo —los criterios con cuya concurrencia H. MAYER pronuncia el juicio de valor de que la omisión impropia es «auténtico hacer»— no se deducen directamente de la ley. Ciertamente H. MAYER se empeña en desarrollar estos criterios mediatamente, con ayuda del «lenguaje natural», a partir de la ley. Claro que lo mismo afirma de sí misma la «teoría de la infracción de deber» por él criticada. *Si* en ésta se infringe el principio *nulla poena sine lege*, entonces lo hacen *las dos* concepciones, y H. MAYER no puede sino afirmar que su teoría es —tal vez— *menos* objetable, al trazar más estrictamente el ámbito de los delitos de omisión impropia, al menos el de los «dolosos».

C. ESENCIA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

I. Consecuencias derivadas de la crítica a las soluciones estudiadas

a) *Consecuencias negativas*

La presente investigación se encuentra con el resultado de que han fracasado todos los esfuerzos dogmáticos en torno al delito de omisión impropia. *No hay posibilidad alguna de construir la omisión impropia como típica, antijurídica y reprochable en el sentido del delito comisivo.* Precisamente tampoco es acertado el carácter común dogmático de todos los intentos de solución [356]: la omisión impropia *no* encaja en el *tipo* del delito *comisivo*. Por distintos que eran los esfuerzos dogmáticos por integrar el delito de omisión impropio en el delito comisivo, todos contenían contradicciones y fricciones. Sólo GLASER, Adolf MERKEL, BINDING y Hellmuth MAYER fueron lo suficientemente consecuentes como para concebir desde el principio la omisión impropia como supuesto auténtico de comisión, evitando así ya el concepto de «comisión por omisión» y la *contradictio in adjecto* a él inherente. Sin embargo, los tres primeros no consiguen pasar entre la Escila del problema causal y la Caribdis del *dolus* y de la *culpa subsequens;* Hellmuth MAYER, desde luego, se ve obligado a reconvertir la autenticidad de la comisión en la doble impropiedad o inautenticidad, al eliminar del ámbito de las omisiones, mediante un juicio de valor, aquellas que serían comisiones impropiamente propias. Las demás teorías se dan por satisfechas con la inautenticidad tanto del carácter comisivo como del omisivo.

No obstante, estos esfuerzos dogmáticos *estaban condenados* a ser infructuosos, pues desde el principio adolecían de defectos en el método. El objetivo y la tarea residían en alcanzar la *equiparación* de las omisiones impropias y las correspondientes acciones que encajaban en el delito comisivo, esto es: *posibilitar el castigo de la omisión de impedir el resultado por parte del «garante», y ello por el marco penal del correspondiente delito comisivo.* Este *objetivo de política jurídica* se procuraba conseguir con medios *dogmáticos*, intentando sencillamente integrar las omisiones impropias en los delitos comisivos. Sin embargo, ninguna construcción *dogmática* puede llegar a realizar esta tarea *en principio* puramente *axiológica*. El análisis dogmático sólo puede intervenir estando ya fijado su objetivo; con carácter previo ha de responderse —al menos en principio— a la cuestión de la equiparación, en el plano de política jurídica, en función del género y el alcance del merecimiento de pena de las omisiones impropias.

---

[356] Acerca de la concordancia de casi todas las teorías en el punto de que la omisión impropia realiza el tipo del delito *comisivo*, *vid. supra*, p. 252.

realiza el correspondiente tipo de prohibición comprensivo de la ejecución de este resultado.

No obstante, el fruto de la consideración crítica no se limita a esta verificación negativa.

b) *Consecuencias positivas*

La infracción de mandatos especiales de impedir el resultado no encaja en un tipo de prohibición, sino que realiza un *tipo de mandato específico*. Ello se ha puesto de manifiesto especialmente al considerar las teorías de NAGLER [160] y BELING [161]. Ambas teorías establecen en realidad —llevadas a sus últimas consecuencias— tipos propios de mandato, *tipos de infracción de un mandato especial de impedir el resultado*, en paralelo con los tipos de prohibición. Este paralelismo, existente indudablemente entre los tipos de mandato de garante y los de prohibición, no es de naturaleza dogmática, ni de lógica de las normas, sino exclusivamente de naturaleza axiológica. La misma medida de merecimiento de pena, y, por tanto, la coincidencia cuantitativa en cuanto a contenido de injusto y de culpabilidad, fundamentan esta vinculación axiológica, basada materialmente en la responsabilidad por la lesión del mismo bien jurídico [162].

El «delito de omisión impropia» posee, pues, un tipo *propio*, sobre el que se fundan a su vez injusto y reprochabilidad, al igual que ocurre en el delito de omisión propia. Dogmáticamente, esto es, con respecto a su estructura y elementos estructurales, la omisión impropia delictiva no es un caso particular del delito comisivo, ni está constituida según el modelo de éste. *El delito de omisión impropio se integra en la dogmática de los delitos de omisión*, no en la de los delitos de comisión. De manera que cabe decir, al estilo conceptista: *la omisión impropia (unecht) es un supuesto auténtico (echt) del delito omisivo*.

De este modo se *libera* al delito de omisión impropia de su posición situada a caballo entre la dogmática de la comisión y la de la omisión, así como *del estigma de la doble inautenticidad* (impropiedad). Los intentos de hacer aparecer la omisión impropia como supuesto comisivo auténtico no aciertan, al no tener en cuenta la estructura ontológica de la omisión. El delito de omisión impropio *tampoco es un delito de comisión* impropio, ya que no presenta notas comunes con éste ni dogmáticamente ni de lógica de las normas, y en concreto no supone un caso particular del tipo comisivo. Pero la denominada «omisión impropia» *tampoco es un supuesto inauténtico* o impropio de los delitos *de omisión*, ya que se basa en un

[160] *Vid. supra*, pp. 263 ss., 266 y 175 ss.
[161] *Vid. supra*, pp. 270 ss.
[162] *Cfr. supra*, p. 268.

El siglo XIX se caracterizó por el proceder inverso: las construcciones dogmáticas tenían que resolver ya la cuestión de la equiparación. La punibilidad de la omisión impropia, sin embargo, no constituye un problema de la causalidad, ni de la acción, ni del tipo, ni de la antijuricidad del delito *comisivo*, sino primordialmente *una cuestión de la propia naturaleza delictiva*. En lugar de preguntar cuándo una omisión impropia es antijurídica, reprochable y merecedora de punición, cuándo merece la misma (o semejante) pena que la acción dirigida a la realización del resultado, se abordaba el problema dogmáticamente, integrándolo en uno de los escalones estructurales del delito comisivo.

Naturalmente, también en las teorías rechazadas el primer paso consistía en afirmar el merecimiento de pena de una parte de las evitaciones de resultado omitidas; el resultado —punibilidad— estaba dado por sentado desde el principio, antes de emprender el esfuerzo de la construcción dogmática [57]. Pero confluyeron consideraciones provenientes de la génesis histórica de la ley, de la jurisprudencia de conceptos y reparos desde el principio de legalidad que hicieron aparecer como única solución viable la de la integración dogmática en el delito comisivo.

Sin embargo, dicha vía está cerrada, como esta investigación ha puesto de manifiesto. Y ello no quedaría desvirtuado porque la propia ley preceptuara una construcción dogmática en tal sentido. Así, el § 14 del Anteproyecto [58] y las otras tres redacciones alternativas debatidas en la Gran Comisión de Derecho Penal [59] están claramente influidas por la «solución del tipo» de NAGLER, ya que prescriben la «*equiparación* típica» de la evitación de resultado omitida cuando exista «deber jurídico» de impedir el resultado, discrepando simplemente en la fijación de estos mandatos de impedir el resultado. Las formulaciones, por fortuna, son cautelosas en tanto que declaran meramente la equiparación «típica». Pero si una ley estableciera de modo más nítido que la omisión (contraria al deber de garante) de impedir el resultado realiza el tipo del delito comisivo, nada cambiaría en la realidad que el análisis crítico ha puesto al descubierto: la infracción del mandato de impedir el resultado por parte del garante nunca

---

[57] No debiéndose olvidar que la clase de la construcción a su vez tenía repercusiones en la delimitación de lo que se abarcaba como «omisión impropia»; pues lo que no se podía construir se dejaba impune, al igual que —viceversa— la construcción daba lugar a extender el ámbito de la omisión impropia.

[58] Proyecto de Código Penal según los acuerdos del Pleno de la Comisión de Derecho Penal en primera lectura, coordinado por el Ministerio Federal de Justicia:

«§ 14. *Comisión por omisión.*

(1) El que omitiere impedir un resultado sólo será equiparado típicamente al autor o partícipe que realizara el hecho activamente si estuviere obligado por la ley a impedir el resultado y, dadas las circunstancias, tuviere que responder de que el resultado no se produjera.

(2) El deber de impedir el resultado existirá también para aquel que con su comportamiento o bien diere lugar a la probabilidad próxima de producción del resultado o bien hubiere asumido la garantía de que no se produciría el resultado».

[59] *Vid.* el informe de DREHER, *ZStW*, 68, pp. 87 ss.

mandato (de evitar el resultado) auténtico, autonómo, y realiza un tipo de mandato auténtico.

II. El concepto del delito de omisión «impropia» y su delimitación

Ahora ya cabe responder a la cuestión de si (y cómo) es posible delimitar el ámbito de los delitos de omisión «impropia» con respecto a los de omisión «propia». Aunque el delito de omisión impropia, tanto ontológica como dogmáticamente, se ha revelado como un supuesto propio de omisión, por razones evidentes resulta adecuado mantener el concepto de omisión «impropia», siempre que quede claro lo que con él se quiere decir.

a) En principio, hay que preguntar si hay criterios *dogmáticos* en virtud de los cuales poder distinguir los delitos de omisión impropia de los de omisión propia.

Cierto criterio que suele utilizarse, en todo caso fracasa, como ha demostrado esta investigación en otro lugar [163]: *los mandatos de impedir el resultado no sólo subyacen a delitos de omisión impropia, sino, asimismo, a algunos delitos de omisión propia.* (Es evidente que de ahí no se deduce que la infracción del mandato legal de impedir el resultado, extraíble del § 330 c StGB, tenga que castigarse por el marco penal del delito comisivo que conmina con pena la realización del respectivo resultado. De concurrir únicamente los requisitos del § 330 c StGB, *no* cabe la calificación como delito de omisión *im*propia conminado con la pena correspondiente al delito comisivo; ello lo expresa con toda claridad la ley, al establecer simultáneamente en el § 330 c StGB, junto con el mandato de actuar, la pena *específica* para su infracción.)

Queda por comprobar si la *posición de garante* del destinatario del mandato —esto es, el criterio común a todos los delitos de omisión «impropios»— puede desempeñar la función de delimitación dogmática. La singularidad dogmática de los mandatos de garante reside en la posición especial del sujeto del mandato, de la que fluye la relación de garantía entre bien jurídico y obligado; los mandatos de garante son normas especiales; los delitos de omisión impropia, delitos especiales. Pero exigencias especiales dirigidas al sujeto del mandato se encuentran también en el ámbito de los delitos de omisión propia. No cabe negar que el «deber de vigilancia» del § 41 WehrStG fundamenta una posición especial de ese género. Quizá más de uno se siente tentado, precisamente por ello, a atribuir este tipo al ámbito de los delitos de omisión impropia. No obstante, se encuentran muchos más elementos de la autoría en los delitos de omisión propia que fundamentan posiciones análogas a la de garantía: quien

[163] *Vid. supra*, pp. 217 ss. y 241, nota 370.

está legitimado para disponer de la finca podría ser considerado «garante» con respecto a la siega o a la erradicación de malas hierbas, el propietario de la vivienda con respecto a los extintores, etc. En especial, también en el § 330 c StGB se encuentra una «posición de garante» microcósmica si se interpreta este precepto en el sentido de que el ámbito de los obligados se limita a quienes se encuentran en las proximidades del accidente [64].

Nadie estará dispuesto a atribuir todos estos delitos al ámbito de las infracciones de mandatos de garante, y con razón. En efecto, esta restricción del círculo de autores señala como delitos especiales a los de omisión propia, pero falta precisamente lo que constituye el especial deber de garante, a saber, la relación de especial proximidad al bien jurídico lesionado [65]. El carácter de delito especial como tal aún no permite la conclusión de que se trate de infracciones de mandatos de garante. La calificación de delito de omisión impropia requiere, además del carácter de delito especial, una relación singularmente estrecha del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado, una posición de obligado que, por contenido de injusto y de culpabilidad, justifica la equiparación de omitir impedir el resultado con ejecutarlo. Cuándo se da tal posición de garante que sustenta la equiparación en cuanto a merecimiento de pena constituye una cuestión *valorativa*, un problema axiológico y no dogmático. El incremento cuantitativo del contenido de injusto basado en la cualidad especial de garante no fundamenta una heterogeneidad dogmática para delitos de omisión propios e impropios. ¡No existe diferencia estructural general —como la que media, p. ej., entre los delitos especiales y los comunes, comisibles por cualquiera— entre los delitos omisivos impropios y propios! Sólo a diferencias cualitativas cabría vincular la delimitación *dogmática* entre delitos de omisión propios e impropios; el incremento cuantitativo del contenido de injusto, basado en la cualidad *especial de garante*, no resulta idóneo para ello.

Con lo cual se pone de relieve, asimismo, que la «esencia» especial del delito de omisión impropia no reside en su estructura dogmática, sino en sus referencias axiológicas. Por tanto, también ha de recurrirse a ellas para precisar la delimitación entre ambos grupos de delitos de omisión.

b) Para esta delimitación axiológica se abren dos posibilidades:

Por una parte, pueden calificarse como delitos de omisión «impropios» *todos* los supuestos en los que una omisión se equipara a una acción en cuanto a merecimiento de pena. Entonces habría que incluir en el ámbito de los delitos de omisión impropia, p. ej., también los §§ 123, 121/347, 223 b y 354/355 StGB [66], en los que se regulan legalmente supuestos de omisión.

---

[64] Cfr. *supra*, p. 243, en torno a nota 384.

[65] Cfr., p. ej., WELZEL, *Strafrecht*, p. 178; MAURACH, *Lehrbuch*, 1, 2.ª ed., 1958, pp. 470 ss.

[66] El § 123 StGB prevé una modalidad de liberación de presos consistente en facilitar la fuga;

suele decirse, se castiga sólo la realización de un resultado, sino, asimismo, precisamente la omisión genuina o propia que ha posibilitado la producción del resultado, es absurdo denominar a estos delitos de omisión "impropios", escindiendo así, mediante una terminología incorrecta, el grupo unitario de los delitos de omisión». Pero DROST llega, desde este punto de partida, a postular un tipo general de «evitación de daño omitida» para aquellos que, «contraviniendo un deber jurídico, omiten evitar un daño o un peligro cuya realización es punible» [166]. Esta solución no sólo es cuestionable desde el punto de vista de política jurídica, sino que dogmáticamente lleva a vías erróneas, cuando destaca DROST [170]: «La existencia del deber jurídico pertenece a la tipicidad» [171]. Se convierte así DROST en precursor de la «solución del tipo» de NAGLER.

ENGISCH reveló —como ya se ha indicado [172]— el error subyacente a la concepción de que el delito de omisión impropia vulnera una prohibición de realizar el resultado [173], rebatiendo así contundentemente el fundamento de lógica de las normas de la doctrina contraria dominante. Asimismo, ENGISCH señala acertadamente el problema que entraña «la singularidad del delito de omisión impropia», «el de *responsabilizar* sobre la base de un resultado positivo, y según sus pautas» [174].

Pero ENGISCH no extrae de aquí consecuencias para la estructura del delito, pues cuando, a su juicio, se plantea la alternativa de si la infracción del deber de garante es requisito del «tipo rector» o del «tipo de injusto» [175], evidentemente se está aludiendo a la integración del deber de impedir el resultado en la estructura del delito *comisivo*.

Ha sido WELZEL quien más ha marcado las distancias con el intento de la doctrina dominante de integrar la omisión impropia en el delito comisivo. Al principio WELZEL seguía la concepción de NAGLER [176], pero pronto la abandonó en favor de una solución similar a la de BELING [177]. Con arreglo a ella, el problema de la equiparación jurídica de la no evitación del resultado y de la realización del resultado constituía «un problema de la *contrariedad a deber jurídico* de la omisión» [178]. Pero así ya superó WELZEL la concepción de BELING, considerando que a la diversidad de las exigencias a la antijuricidad también le corresponden diferencias en el tipo [179]: «Naturalmente, la diferencia *material* entre acción y omisión

[166] DROST, *GS*, 109, pp. 62 ss.
[170] *GS*, 109, p. 6.
[171] Cfr., asimismo, *supra*, p. 259, nota 72.
[172] *Vid. supra*, p. 265.
[173] ENGISCH, *MoKrimPsych.*, 1933, p. 240; análogamente HOFFNER, *ZStW*, 36, p. 111, nota 9.
[174] ENGISCH, *MoKrimPsych.*, 1933, p. 240 (cursiva mía).
[175] ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, p. 162; cfr. *supra*, pp. 259 ss., notas 72 y 81.
[176] WELZEL, *Strafrecht*, 2.ª ed., p. 93.
[177] WELZEL, *Strafrecht*, 3.ª ed., pp. 149 ss., especialmente pp. 152 ss.
[178] WELZEL, *Strafrecht*, 3.ª ed., p. 253 (cursiva en el original).
[179] *Cfr. supra*, pp. 270 ss.

Por otra parte, cabe denominar delitos de omisión impropia (sólo) a aquellos en los que no está resuelto el *problema de la equiparación* por parte del legislador, requiriéndose la solución por parte de doctrina y jurisprudencia. Me parece preferible esta segunda vía, que no se vincula sólo a la equiparación como tal, sino, además, a la problemática de la equiparación que reside en la ausencia de tipificación legal. Es más, las teorías que se han desarrollado sobre posiciones y deberes de garante sólo pueden valer para este sector.

Al mismo tiempo, de esta manera el adjetivo individualizador «impropio» adquiere un nuevo significado, con arreglo al cual su antiguo contenido, el de manifestar la integración en el delito comisivo, se ha revelado erróneo: *estas infracciones de mandatos de garante son «impropias» en tanto que no están tipificadas en la propia ley y su concepción y delimitación, por ello, sigue siendo difícil desde el punto de vista de la política jurídica, y problemática desde el del principio de legalidad.*

III. Solución que se propone como continuación del desarrollo de otras concepciones

La concepción que aquí se postula acerca de la relación dogmática del delito de omisión impropia con el delito comisivo en el fondo no es nueva, como en principio pudiera parecer. Huelga demostrar que en los delitos de omisión impropia se trata de un problema de equiparación, ya que constituye *communis opinio*. Pero también desde la perspectiva dogmática hay ya puntos de partida que apuntan más o menos claramente en la dirección que aquí se desarrolla:

Ya LANDSBERG llegó a una amplia nivelación de las diferencias dogmáticas entre la omisión propia y la impropia [167]. Pero precisamente él destacó la diferencia entre el omitir «la pura actividad» y la «realización del resultado» por omisión («delito de omisión con consecuencias») y convirtió en supuestos cualificados de omisión propia (esto es, en omisión «impropia») —algo tan indefendible dogmáticamente como desde el punto de vista de política jurídica— a toda infracción de deber de actuar que, de haberse cumplido, habría impedido la producción del resultado.

DROST se aproxima bastante al resultado de esta investigación cuando señala [168]: «Como de ningún modo sólo los delitos de omisión impropia se encaminan a evitar resultados delictivos, y en ellos de ningún modo, como

---

los §§ 121 y 347, el permitir la fuga de presos; el § 223 b, el permitir, descuidando el deber de velar por menores u otras personas desvalidas, que se produzcan daños en su salud; los §§ 354 y 355, el permitir el empleado de Correos la violación de comunicaciones postales o telegráficas por parte de terceros [N. de los TT.]

[167] LANDSBERG, *Commissivdelikte*, especialmente pp. 172 ss. y 182 ss.

[168] DROST, *GS*, 109, p. 7.

(entre realización del resultado y su no evitación) no se ve mermada en la cualidad de éstas como circunstancias objetivas del hecho» [180].

En la versión última de su teoría, WELZEL sitúa la posición de garante (¡no el deber de garante!), como «elemento objetivo de la autoría», en el propio tipo [181]. Da así al mismo tiempo el paso que para la estructura práctica del delito decide sobre la separación con respecto a la doctrina dominante: en la estructura welzeliana del delito de omisión impropia ya no hay lugar para una casilla especial que contenga la existencia o la infracción del deber de evitar el resultado [182]. Se pone aquí de manifiesto que esta estructura en realidad es de aplicación a un delito de omisión (impropia) *autónomo* en cuanto a tipo, injusto y culpabilidad, pero no a las singularidades de un supuesto particular de los delitos de omisión. Lo cual queda de relieve en otros puntos de la teoría de WELZEL: así, WELZEL parte de la postura (la única sostenible desde la perspectiva de lógica de las normas) de que tanto las omisiones propias como las impropias *únicamente* vulneran *mandatos* [183]. En este sentido habla de la «transformación de los tipos de comisión en tipos de omisión impropia», en la que reside la problemática de política jurídica y del principio de legalidad [184]. Asimismo, con razón denomina a los delitos de omisión impropia «delitos especiales propios» [185]. Que BOLDT [186] se oponga a esta concepción resulta consecuente con la postura de la doctrina dominante, pues si la omisión impropia fuera un mero caso particular del delito comisivo *común*, no podría ser a su vez un delito especial (propio).

Sin embargo, tampoco WELZEL extrae las conclusiones últimas de la separación dogmática del delito de omisión impropia con respecto al de comisión. Así, señala que el garante omitente se convierte en «autor en el sentido del respectivo delito de comisión» [187] y se comporta «antijurídicamente en el sentido de la conminación penal del delito de comisión» [188]. Pero sobre todo WELZEL trata dogmáticamente de modo distinto a los delitos de omisión propios e impropios en varios puntos. P. ej., para la omi-

---

[180] WELZEL, *Strafrecht*, 3.ª ed., p. 152 (cursiva en el original).

[181] WELZEL, *Strafrecht*, 5.ª ed., p. 171; 6.ª ed., p. 181.

[182] En este criterio divergen ya las distintas soluciones, pues —necesariamente— es lo peculiar de todas las concepciones que consideran a la omisión impropia como supuesto particular del delito comisivo y se basan en un «deber de impedir el resultado», el que este «deber jurídico» (o su infracción) ha de aparecer en algún lugar de la estructura del delito.

[183] WELZEL, *Strafrecht*, 6.ª ed., pp. 33, 174 y 176; *vid.*, asimismo, *supra*, en nota 103.

[184] WELZEL, *Strafrecht*, p. 178.

[185] WELZEL, *Strafrecht*, p. 178.

[186] *ZStW*, 68, pp. 350 ss., en notas 67 y 69.

[187] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 181 y 178.

[188] WELZEL, *Strafrecht*, p. 184.

Hay más observaciones que se derivan de la premisa de la doctrina dominante: así, cuando WELZEL atribuye al «problema central de los delitos de omisión impropia» su «ubicación *dentro* del tipo, no en la acción típica, sino en los elementos de la autoría» (*Strafrecht*, p. 180); este enunciado dirigido contra NAGLER se refiere al tipo *comisivo*.

sión *impropia* sigue requiriendo el «*dolo* de omitir», conformándose, con razón, en la omisión *propia* con el «poder fáctico *potencial* final» [189].

D. MERECIMIENTO DE PENA DE LA OMISIÓN DE EVITAR UN RESULTADO

A fin de proseguir su línea de analizar la *dogmática* de los delitos de omisión impropia, la investigación debería y podría presuponer que hay supuestos de omisión de evitar el resultado que han de «equipararse, en cuanto a la gravedad de su injusto, a la producción positiva del resultado» [190] y que merecen, por su contenido de injusto y de culpabilidad, someterse a la misma conminación penal que la ejecución del resultado por comisión. El análisis debería partir de que hay un *núcleo* de infracciones de deber de garante para las que es indiscutida la equiparación con los delitos comisivos correlativos [191]. No obstante, hay que plantear la cuestión de si del resultado de la investigación dogmática se derivan *repercusiones* sobre el problema de la equiparación. Desde luego, ello ha influido a menudo en la historia doctrinal en el tipo de construcción dogmática, así como la determinación del ámbito de los delitos de omisión impropia.

I. Taxatividad típica

Tal eficacia, al parecer, podría tenerla el resultado de la investigación especialmente en el *problema constitucional* del carácter determinado de los tipos, de su taxatividad. Y es que nuestra concepción hace a los delitos de omisión impropia delitos *sui generis*, situándolos *junto* a los tipos comisivos, y vinculados con ellos únicamente por la referencia al mismo bien jurídico y por la misma conminación penal. Entonces, si los tipos de omisión impropia se separan de los tipos de los delitos comisivos, cabría esgrimir la objeción de que una concepción así infringe en mayor medida aún el principio *nulla poena sine lege*. Errónea conclusión. La investigación hasta ahora no ha hecho sino destacar lo que es inherente a todos los demás intentos de solución: que el delito de omisión impropia *no* realiza el tipo del delito comisivo, sino que, en cuanto a tipo, injusto y culpabilidad, discurre por vías propias, no tipificadas legalmente [192]. Lo que WELZEL objeta en particular a la teoría de Hellmuth MAYER [193] rige para cual-

---

[189] *Strafrecht*, pp. 183 y 464, 176 ss. y 466.

[190] Así WELZEL, *Strafrecht*, 3.ª ed., p. 152.

[191] Cfr. *supra*, p. 251.

[192] Con la sola excepción de las teorías de Adolf MERKEL y BINDING, pues estas teorías eliminan, con el carácter de omisión, asimismo, la problemática derivada del principio de legalidad. Pero no cabe ya retornar a estas construcciones.

[193] WELZEL, *Strafrecht*, 4.ª ed., p. 161.

II. Sobre la determinación de los mandatos de garante

a) *El resultado dogmático de la investigación y el problema axiológico de la equiparación*

El resultado de esta investigación podría desplegar efectos también en el problema de política jurídica de con arreglo a qué principio han de admitirse los mandatos de evitar el resultado y con qué requisitos ha de estimarse que su infracción presenta igual merecimiento de pena que el delito comisivo. Ahora bien, a la pregunta exacta de qué cambia en dicho problema como consecuencia del resultado dogmático de la investigación, la respuesta sólo puede ser que *nada*. Y el que quepa dar esta respuesta demuestra que la investigación se ha mantenido fiel a su método.

No obstante, esta respuesta es incompleta. Significa sólo que la determinación del ámbito de las evitaciones de resultado omitidas que son exacta (o aproximadamente) igual de merecedoras de pena que el correspondiente delito comisivo *no necesariamente* se ve influida por el resultado de la investigación. Esta respuesta negativa deja abierto el que el resultado de la investigación, con todo, posibilite nuevas perspectivas también para la cuestión de política jurídica. *Y es que al liberar al delito de omisión impropia de las ataduras del delito de comisión, también caen estas ataduras en la medida en que hasta ahora se ha creído poder orientar a ellas la problemática de política jurídica.* Esta cuestión se analizará brevemente a continuación.

b) *Mandatos de evitar resultados y mandatos de garante*

1. Objeto de los mandatos de evitar resultados, relevantes para los delitos de omisión impropia, es por lo general el impedir la lesión de *bienes jurídicos*. La posición de garante consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar «vigilante» para proteger determinado bien jurídico

---

reparos desde el principio de legalidad, sí puede —lo que no debería pasarse por alto— atenuarlos: y es que al enumerar los grupos de casos en que caben delitos de omisión impropia, al mismo tiempo declara terminantemente que para todos los demás casos no puede tener lugar la equiparación del omitir al cometer. Lo cual no deja de constituir un progreso desde la perspectiva de la taxatividad, si bien sólo relativo, cuantitativo. Naturalmente, lo que importa es que no se alcance este progreso a costa de la desventaja de tener ahora que apreciar en los supuestos descritos (de manera sólo genérica) *siempre* delito de omisión impropia. Es decir, la regulación legal puede, aunque hasta ahora no lo haya hecho, desarrollar la Parte Especial de los delitos de omisión impropia en todo detalle, pero no prescribir obligatoriamente que en *toda* infracción de los mandatos de obrar enumerados (y con respecto a cualquier delito comisivo) se dé un delito de omisión impropia. *Vid.* al respecto las consideraciones subsiguientes.

quier teoría: ninguna construcción dogmática, sea del género que sea, es capaz de «colmar la sensible laguna de la formación *legal* de los tipos» [194].

En contra, no cabe remitirse a un supuesto lenguaje común y corriente, de acuerdo con el cual el omitir la evitación posible de un resultado estaría comprendida en el verbo que expresa la producción de ese resultado; también mataría el que no impide la producción de la muerte. De existir realmente tal uso lingüístico unitario y poder llegar éste a ser directriz de la interpretación legal, evidentemente toda no evitación del resultado se encuadraría en el delito comisivo; no habría delitos de omisión impropia, dado que *toda* restricción por falta de posición de garante desautorizaría el uso lingüístico antes elevado a directriz, declarándolo jurídico-penalmente irrelevante al no seguirlo en todos los casos. El intento de eludir así los reparos contra la falta de taxatividad típica se asemeja al proceder de quien intenta salir de una ciénaga tirando de sus propios cabellos.

Pero es que, además, no existe ese uso lingüístico unitario: si el cirujano X se va de vacaciones a Baleares en avión, en lugar de tomar el vuelo a Jartum y operar allí a Y, de cuyo mal ha sabido por la radio, nadie dirá que X ha matado a Y. Bien es verdad que hay casos en los que, según el lenguaje común, la omisión aparece como acción; así, en el ejemplo citado hasta la saciedad de la madre que mata a su hijo pequeño al no alimentarlo. Pero lo unitario de tal uso lingüístico se limita a pocos supuestos; ¿cómo, en serio, situar en él la posición de garante, limitándola a estos supuestos?

El tipo de mandato de garante no es ni siquiera —en sentido estricto— un «tipo abierto». En el tipo abierto —p. ej., en el § 240 StGB— está legalmente regulada al menos una parte de los requisitos típicos, faltando meramente la pieza definitiva. El tipo del delito de omisión impropia, en cambio, está abierto todo en derredor, está enteramente no descrito. Hasta aquellos elementos que han de obtenerse mediante conversión a partir del correspondiente delito de comisión —en lugar de la producción de la muerte, p. ej., el no evitar la muerte— *pre*suponen ya la decisión valorativa de que hay que formar un tipo de mandato de garante en paralelo con este tipo comisivo.

El problema de la falta de taxatividad del tipo de omisión impropia no cabe superarlo con ninguna construcción doctrinal, sea del género que sea. La problemática, desde la perspectiva del principio de legalidad, sólo se resuelve allí donde resulta posible plasmar en la propia ley —o al menos en un Derecho consuetudinario más *detallado*, que ésta dé por bueno— la Parte Especial de los delitos de omisión impropia. Cabe dudar que el estado del debate en torno a los mandatos de garante permita por ahora la realización de una exigencia tan amplia [195].

---

[194] WELZEL, *Strafrecht*, p. 178 (cursiva en el original). Cfr., asimismo, *supra*, p. 278, nota 155.

[195] Así, tampoco la regulación prevista en el Proyecto de 1956 (1958), si no puede superar los

contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la «defensa en todos los flancos» del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada *fuente de peligros*, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el «poner coto a la concreta fuente de peligros»; sólo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligros. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar. De esta manera se plantea la misión de protección casi siempre en los supuestos de injerencia y para los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de una persona, así como en las posiciones de garante derivadas de relaciones de confianza especiales [196].

Pero el carácter directo de la relación entre el mandato de evitar el resultado y el bien jurídico puede relajarse aún más. No sólo la propia evitación de la lesión del bien jurídico puede planteársele como tarea al sujeto del mandato, sino también la evitación de la puesta en peligro concreto del bien jurídico. Incluso es concebible que la *puesta en peligro* abstracto constituya el resultado que ha de evitarse: si la materialización de un estado o proceso está prohibido y conminado con pena debido a su peligrosidad abstracta para un bien jurídico, pueden surgir también mandatos de impedir estos «resultados» peligrosos en abstracto.

2. Ya de estas consideraciones se deduce que no son los mandatos de evitar cualquier resultado los que interesan para los delitos de omisión impropia, sino meramente los mandatos de impedir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero no basta cualquier mandato de evitar una lesión de bien jurídico para dar lugar a un delito de omisión impropia. Aun cuando tales mandatos se dirijan sólo a un ámbito limitado de personas, ello no significa aún que se trate de mandatos de garante; como ya vimos antes [197], la naturaleza de delito especial de un tipo de mandato no es criterio determinante de que concurra un delito de omisión impropia. Más bien, el obligado ha de tener una posición *de garante* para poder realizar el tipo (no descrito) del delito de omisión impropia. Ciertamente, es constitutivo del delito de omisión impropia que se haya infringido un mandato de evitar lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico; pero *no toda* infracción de un mandato en tal sentido realiza el tipo del delito de omisión impropia, sino sólo la infracción por parte de un *garante*. Sólo si con-

[196] Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 182 ss.

[197] *Vid. supra*, pp. 282 ss.

curre la relación de garante puede responderse positivamente la cuestión de la equiparación.

De donde se deduce la secuencia de las consideraciones axiológicas que conducen a la fijación del tipo del delito de omisión impropia:

a) *Punto de partida es la existencia de un tipo de acción, que veda la realización de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.*

b) *Ha de existir un mandato que tenga por contenido evitar esta lesión o puesta en peligro de bien jurídico.*

c) *La infracción de este mandato tiene que asemejarse al menos aproximadamente al delito comisivo descrito en a) en cuanto a contenido de injusto y magnitud del reproche de culpabilidad (y, por tanto, en merecimiento de pena). Aquí es precisamente donde está la sede del auténtico problema de la equiparación; en la formulación usual: aquí ha de plantearse la existencia o no de* relación de garantía.

La teoría del deber jurídico se conforma en principio con responder afirmativamente a las dos primeras cuestiones para calificar de delito de omisión impropia. Es mérito de NAGLER el haber destacado con nitidez la posición de garante como sede de la problemática de la equiparación, colocando así la guinda en lo que venía siendo un desarrollo progresivo. No obstante, hay construcciones dogmáticas que oscurecen hasta hoy la secuencia precisa de las consideraciones teleológicas. *Nominalmente*, la cuestión parece versar únicamente sobre si existe *en absoluto* un mandato de evitar la lesión de bien jurídico; de otro modo, no cabe aclarar, p. ej., la contraposición dominante entre «mandatos de evitar el resultado» y «puros mandatos de actividad». Ciertamente, *de hecho* se quiere decir «mandatos *de garante*», pero lo que se predica de tales posiciones de garante se sigue disfrazando con la constatación de si existe o no un «deber de evitar el resultado». Al hacerlo, se estrecha la perspectiva sobre la necesidad de distinguir con nitidez entre la cuestión de la fundamentación del deber *(supra b)* y el problema de la equiparación *(supra c)*.

Sirvan para ilustrarlo algunos ejemplos. Del mandato (plasmado expresamente en la ley o deducible de ella) de impedir una lesión de bien jurídico no se desprende aún que haya que conminar la infracción del mandato legal con el marco penal del correspondiente delito de acción. Lo cual es hoy indiscutido para los mandatos que se desprenden de los §§ 138 y 330 c StGB, ya que en tales preceptos el propio legislador ha acuñado un marco penal específico [98]. Pero rige también para deberes cuya infracción

[98] Quien, en el sentido de la concepción original de la «teoría del deber jurídico», limite el problema de la equiparación a la cuestión del deber jurídico, necesariamente incurre aquí en dificultades irresolubles, como ya SCHAFFSTEIN pusiera de manifiesto (*Gleispach-Festschrift*, pp. 81 ss.). Es que tampoco —al menos para el § 330 c StGB— la distinción entre «mandatos de mera actividad» y «mandatos de evitar el resultado» representa una referencia para eludir apreciar un delito de omisión impropia en tales casos, se ha expuesto ya en múltiples ocasiones (*vid. supra*, pp. 218 ss.). Únicamente cabe resolver el problema si se es consciente de que para constituir el delito de omisión

resultado puede fundamentar sin más una posición de garante; hacen falta criterios *adicionales* para justificar la igualdad (aproximada) del merecimiento de pena entre el omitir y el obrar.

Con respecto a la separación entre ambos ámbitos de problemas, la fundamentación del deber, por una parte, y la fundamentación subsiguiente de la equiparación al delito comisivo, por otra, el § 14.1 del Proyecto de Bonn de 1959 contiene un planteamiento notable al requerir, *además de* la obligación legal de impedir el resultado, que el omitente, «en función de las circunstancias, tenga que responder de que el resultado no vaya a producirse». Este segundo requisito, que tomado aisladamente es equívoco, ha de comprender, con arreglo a la Exposición de Motivos (p. 21), «una especial función de garante» en virtud de la «posición (del garante) en la comunidad»; con arreglo al tenor literal, no basta que «la evitación del resultado se encuentre en el ámbito de deberes del omitente». Así, el Proyecto culmina la distinción entre fundamentación *del deber* y fundamentación de la posición *de garante*. Desgraciadamente, el texto no permite con seguridad la conclusión de que esta duplicación de los requisitos de la equiparación sea aplicable también a los deberes legales establecidos *ex novo* en el párrafo II.

c) *La configuración de los tipos de mandato de garante pertenece a la problemática de la Parte Especial*

1. La problemática de la equiparación de determinadas omisiones (impropias) con determinados delitos de comisión no se encuadra en ningún escalón de la estructura del delito (comisivo), no resolviéndose ni según las reglas sobre tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, ni según otras figuras dogmáticas. Lo que se plantea es, más bien, la cuestión de la existencia de cada delito de omisión individual, la cuestión de qué infracciones de mandato, con qué requisitos, alcanzan el merecimiento de pena del delito comisivo de determinado género. *Esta problemática no corresponde a la Parte General del Derecho Penal, sino al lugar donde se indaga sobre la existencia e interpretación de preceptos penales concretos: a la Parte Especial*. Por esta razón, las consideraciones de este epígrafe sobre el problema de la equiparación no contienen teorías de la Parte General, sino prolegómenos a la Parte Especial de los delitos de omisión impropia.

2. Así pues, siendo cometido de la Parte Especial resolver la cuestión de la equiparación, queda descartado de entrada elaborar máximas de validez general, pero al mismo tiempo precisas, sobre la constitución de delitos de omisión impropia. La formación de todo tipo de mandato de garante se ajusta a sus propias leyes teleológicas. Los requisitos con los cuales alguien puede ser considerado garante de impedir la muerte de otro

no está expresamente conminada con pena: suponiendo que se impusiera a todos los funcionarios de Correos expresamente el mandato de, estando de servicio, impedir todos los peligros para la vida o la integridad de los ciudadanos, ciertamente así se establecería un «mandato legal de impedir un resultado», pero de ningún modo se deduciría ya únicamente de la regulación por ley que hubiera que castigar al funcionario omitente por el marco penal del § 212 StGB (homicidio). El problema de la equiparación —la cuestión de la especial posición de garante del funcionario de Correos para con el bien jurídico lesionado— habría que enjuiciarla aparte (y se respondería negativamente). Análoga es la situación en la asunción de obligaciones voluntaria (contractual). Así, de acuerdo con la concepción del BGH [19], todo trabajador está obligado, sobre la base del contrato de trabajo, a «comunicar cualquier perjuicio patrimonial que vaya a producirse para el empresario». Lo cual es seguramente correcto, al menos una vez incorporado el trabajador a la empresa. Pero de la existencia de ese mandato no se deduce aún que su contravención sea merecedora de pena en el sentido del delito comisivo. Esta cuestión genuina de la equiparación ni siquiera se la plantea el BGH [20].

Análogamente ocurre con las demás fundamentaciones de mandatos de garante, pero en particular con la del hacer precedente. Con respecto a ella, ya el recordar la historia doctrinal mueve al mayor escepticismo: en la idea de la injerencia, dando un rodeo por el «deber jurídico», ha cristalizado como Derecho consuetudinario una construcción dogmática fallida, una consideración causal sobre cuyo fracaso reina hoy unanimidad. Por eso ya es objetable que quepa basar un mandato de impedir un resultado únicamente en la acción precedente. El Proyecto de Bonn persigue, en su § 14.II, eludir estas objeciones, elevando a ley el Derecho consuetudinario [21]: A aquel que «con su comportamiento (...) ha determinado la alta probabilidad de producción del resultado», se le impone «el deber de impedirlo». Lo cual únicamente es asumible si está absolutamente claro que de la *sola* concurrencia de este mandato de impedir el resultado no cabe extraer conclusión alguna sobre la equiparación con el delito comisivo. Y es que ni siquiera el determinar la probabilidad de la producción del

---

impropia no basta verificar el deber de evitar el resultado (y su infracción), sino que tiene que responderse afirmativamente a la pregunta, decisiva para la equiparación, de si concurre una especial relación de garantía.

[19] *BGH*, 5, p. 190.

[20] Aquí se pone de manifiesto al mismo tiempo en qué sentido está fundamentada la exigencia de desligar los delitos de omisión impropia con respecto a los deberes de obrar de Derecho civil (*cfr.* Schaffstein, *Gleispach-Festschrift*, pp. 79 ss., 84; H.-J. Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, pp. 265 ss.; H. Mayer, *Strafrecht*, pp. 116 ss.; *JW*, 1931, p. 1581; Drost, *GS*, 109, pp. 1 ss.). Bien es verdad que los mandatos de obrar derivados del Derecho civil (en tanto que tienen por contenido una actividad personalísima) rigen para todo el ordenamiento jurídico y, por ende, también para el Derecho penal; pero aún no dan la respuesta a la problemática de la equiparación jurídico-penal, a la cuestión del (aproximadamente) igual *merecimiento de pena* del cumplimiento del deber omitido y del respectivo delito de comisión.

[21] Cfr. el texto reproducido *supra*, en nota 158; al respecto la Exposición de Motivos.

no legitiman sin más para afirmar, asimismo, la posición de garante de impedir simples lesiones. No debe, pues, sorprender que los preceptos rectores que desarrolla la doctrina dominante en la Parte General acerca del elemento típico no descrito *de todos* los delitos de comisión por omisión, esto es, acerca de la posición de garante, no pasen de ser meras orientaciones más o menos abstractas e imprecisas; también con arreglo a la doctrina dominante, la posición de garante sólo adquiere contenido palpable con la referencia al caso concreto. Por eso rige, con carácter general, para la «posición de garante» lo que WELZEL indica acerca de la «relación especial de confianza»: «Qué relaciones de confianza vienen en consideración y a qué actividad obligan, siempre ha de decidirse de modo distinto según el concreto ámbito social y, ante todo, en atención a los distintos tipos» [202]. El tratamiento del problema de la equiparación no es ni de naturaleza dogmática ni puede resolverse en absoluto en la Parte General. En esta medida hay que adherirse a lo que señala H. MAYER: «Aquí la jurisprudencia de conceptos llega al final de sus posibilidades y la solución sólo puede encontrarse casuísticamente» [203].

3. El hecho de que la problemática de la posición de garante corresponde a la Parte Especial se pone de manifiesto en que no todo delito comisivo puede cometerse «por omisión» [204]. Expresándolo con más precisión: no con respecto a todo tipo de comisión es posible desarrollar tipos de mandato de garante concordes en cuanto a contenido de injusto y a merecimiento de pena. Sólo si una lesión o puesta en peligro de bien jurídico realiza el tipo objetivo del delito comisivo y no han de añadirse elementos típicos especiales, propios exclusivamente de la acción, cabe establecer un paralelismo exacto («invirtiendo el signo») entre la realización dolosa del resultado y el no impedirlo por parte del garante con capacidad para ello. Esta posibilidad decae en los delitos de acción de propia mano, y en general siempre que el sentido especial de la acción carece de corre-

[202] WELZEL, *Strafrecht*, p. 183.

[203] H. MAYER, *Strafrecht*, p. 124, nota 46. Cfr. SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, pp. 44 ss.: «Del gran número de omisiones contrarias a deber» han de «destacarse aquellos supuestos en que la responsabilidad penal por el resultado debe fundamentarse con un elemento ulterior», con un «criterio específicamente jurídico-penal que ha de crearse a partir de la concreta peculiaridad de cada uno de los delitos por los que ha de hacerse responsable al omitente». En detalle en esta dirección ahora también GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 75 ss.: «Los especiales elementos de la norma del delito de omisión impropia» son «distintos en cada uno de los tipos» (p. 75). «Por eso no es posible «sacar factor común de ellos» y regularlos en la Parte General» (p. 77). Las consecuencias de este proceder generalizador serían grotescas: «Al igual que se castiga por «homicidio por omisión» a quien deja morir a su tía enferma, con quien convive, se castigaría por «daños por omisión» a quien omite dar de comer al canario de la tía» (p. 76). Y viceversa: «Una «relación de confianza estrecha», por ejemplo, de índole comercial, puede ser apropiada para convertir a un daño patrimonial en una omisión típica; pero ese vínculo no es apropiado para convertir en homicida al que no salva a un semejante de morir ahogado» (p. 76).

[204] Acerca de la naturaleza controvertida de estas restricciones, cfr. NAGLER, *GS*, 111, p. 56, por una parte, y MAURACH, *Lehrbuch*, I, 2.ª ed., p. 469, por otra; *vid.*, asimismo, GALLAS, *JZ*, 52, p. 372; WELZEL, *JZ*, 58, p. 496, nota 10.

lato en el aspecto de la omisión (más adelante se abordará la «complicidad por omisión» en tales supuestos).

4. Que toda generalización de la problemática de la equiparación está fuera de lugar se pone de manifiesto, asimismo, en la traslación de causas de cualificación del delito comisivo al correspondiente delito de omisión impropia. Así como es razonable, p. ej., trasladar la cualificación por el resultado del § 224 StGB al delito de omisión impropia de no impedir las lesiones, resultaría inadecuado buscar paralelismo a las causas de cualificación del § 223 a StGB [205] en el ámbito de la omisión. Siempre que en el delito comisivo la cualificación se vincule al aumento de la intensidad delictiva puesta de manifiesto en la forma del ataque, sin, no obstante, agravar el resultado, no es posible trasladar esta cualificación al correspondiente delito de omisión impropia.

Cierto que precisamente el *principio de inversión* que desarrollábamos permite determinar el paralelismo inverso en la omisión para una serie de elementos cualificantes o agravantes, p. ej., en el § 211 StGB (asesinato): el no impedir una muerte que tiene lugar cruelmente o con peligro común. (En cambio, la alevosía no cabe trasladarla a la omisión.) Los «móviles» de la acción de matar pueden interpretarse como motivos que han obstado a la decisión de salvar la vida [206]. También son invertibles los propósitos cualificantes: en lugar del homicidio para posibilitar un delito, con arreglo al principio de inversión, se situaría el omitir una acción de salvación que habría supuesto imposibilitar el delito de otro, etc.

No obstante, se pregunta si esta inversión de las modalidades de acción cualificantes para el omitir es adecuada para determinar en todo caso el correspondiente incremento de injusto de la infracción del deber de garante o si —de no querer conformarse con el marco penal del tipo

---

[205] § 223 a StGB: «*Lesiones peligrosas*. Si las lesiones se hubieren cometido utilizando un arma, en particular un cuchillo u otro instrumento peligroso, o mediante ataque alevoso o mediante malratos que pongan en peligro la vida, serán castigadas...».

§ 224 StGB: «*Lesiones graves*. Si las lesiones dieren lugar a que el lesionado perdiere por un tiempo o definitivamente un miembro esencial, la vista o un ojo, el oído, el habla, o quedare impotente, o sufriere enfermedad crónica, invalidez o patología psíquica, serán castigadas... » [N. de los TT.]

[206] Con objeto de prevenir malentendidos, hay que señalar que no se trata aquí de móviles de una resolución *de omitir*; esta decisión de omitir no existe (o no ha de atenderse a ella si, no obstante —y ésta es una cuestión terminológica—, se quisiera seguir empleando el concepto «decisión» en el ámbito de la omisión; *cfr. supra*, pp. 89 ss.).

Más bien se trata aquí de factores de la motivación que han impedido realizar la decisión de realizar la *acción* prescrita. Estos contramotivos no se encuentran sólo en la omisión consciente, sino, asimismo, en la inconsciente; el contramotivo puede intervenir ya cuando el omitente, si bien se ha dado cuenta de la situación típica, no en cambio de su capacidad para realizar la acción prescrita. En tales casos el omitente se ve a menudo inhibido de pensar en la capacidad de acción —p. ej., sobre su capacidad de salvar la vida— precisamente por el contramotivo. No se pasa entonces de la omisión inconsciente justamente porque desde el principio preponderaron los factores de la motivación contrarios a la salvación. Acerca de la distinción entre omisión consciente e inconsciente, *cfr. supra*, pp. 93, 95 ss. y 126 ss.

objeciones, como ya señaló WELZEL [207]. Ambos motivos pueden haber contribuido en este caso a rechazar el «asesinato por omisión».

III. Acerca de la participación por omisión

a) *Fricciones dogmáticas de la «complicidad por omisión»*

Con la crítica fundamental de las construcciones dogmáticas que incluyen a la omisión impropia en los delitos comisivos también se priva de base dogmática a la llamada «complicidad por omisión». No es cuestión de repetir aquí los argumentos en contra de la doctrina dominante, intensificados con respecto a la participación por omisión, sino que ha de aludirse a las fricciones que desde la teoría de la participación se derivan para la «participación por omisión en la comisión», también justamente para la propia doctrina dominante. De la multitud de cuestiones dudosas conviene seleccionar sólo alguna, limitando el análisis a las consecuencias que se derivan de la «solución del tipo».

1. Como casi ninguna otra parte de las teorías sobre el delito de omisión impropia, la «complicidad por omisión» se revela como reliquia de trasnochadas consideraciones causales. Y esto no en el sentido de que —como hemos puesto de manifiesto— la persona no pueda ser causal por omisión; más bien, se alude a una fundamentación especial de la causalidad de la omisión impropia, hoy rechazada en general: *únicamente* el garante (el obligado a impedir el resultado) puede ser, por su omisión, causal de la producción del resultado. Con *esta* premisa, era consecuente aceptar la «complicidad por omisión». Sólo el garante podía realizar una aportación causal al resultado del hecho principal; sólo él podía favorecer el hecho principal con su omisión, siendo así cómplice. Si decae la premisa de que el deber jurídico de obrar es constitutivo de la causalidad de la omisión, también decae entonces la posibilidad de restringir al garante la «complicidad por omisión». La complicidad, de acuerdo con las reglas generales, no requiere sino favorecer el hecho principal; salvo la causalidad del concreto resultado del hecho, no hace falta que concurran en el cómplice ninguno de los demás elementos del tipo: así pues, contradice los principios de la teoría de la participación requerir para el cómplice algo más en los supuestos de omisión, esto es, el «elemento típico especial, no descrito» de la posición de garante. Viceversa, es evidente que resulta imposible castigar por complicidad a *todo* omitente que no impide el hecho principal.

Para la solución del tipo de NAGLER no se ofrece ninguna salida dogmáticamente fundada a este dilema. En particular, no constituye solución dogmática la indicación de que sólo cuando concurre relación de garante

[207] *JZ*, 58, p. 493.

básico (*cfr.*, asimismo, § 212.II StGB: supuestos cualificados de homicidio)— hay que buscar en cada caso causas de cualificación propias de la omisión. Estas dudas se ponen de manifiesto en la sentencia BGHSt, 7, pp. 287 ss.:

A, tras haber consumido alcohol, atropelló con imprudencia a Z, que yacía embriagado en mitad de la calle, el cual pereció luego como consecuencia de las lesiones y ni siquiera con una rápida intervención médica hubiera podido salvarse. A, que al principio se detuvo, sin embargo, se marchó en seguida a fin de eludir su responsabilidad. El BGH afirma «los elementos de la tentativa de homicidio doloso», pero rechaza «valorar la omisión de socorro como tentativa de asesinato».

Dado que Z «no pudo haber testificado para imputar personalmente a A», éste «no empleó la muerte cuya posibilidad previó como *medio* para encubrir el accidente, sino que sólo la aceptó como *consecuencia* de la fuga». (Si A, tras la fuga del lugar del accidente, hubiera abatido a un policía que le persiguiera, tampoco testigo del accidente, el BGH no habría tenido reparo alguno en considerar esta muerte como medio «para encubrir un delito»; por tanto, no puede tenerse en cuenta que Z no fue testigo del delito.) Naturalmente, *omitir* socorrer *no es un medio* para encubrir el accidente, porque todo empleo de un medio requiere un curso *causal* dirigido finalmente. Pero el BGH *no* resalta el carácter de omisión porque ello contradiría la equiparación habitual de omisión y acción.

Con todo, el BGH añade otra fundamentación: «El concepto de encubrimiento tiene contenido distinto que el del no descubrimiento... Quien incumple el deber de impedir el resultado mortal de su propio delito sólo para que no se descubra su autoría, lo que quiere no es ocultar o encubrir el delito, sino simplemente dejar que los acontecimientos sigan su curso» (p. 290). Aquí el BGH destaca nada menos que la diferencia entre acción y omisión. El planteamiento de fondo de la sentencia se pone de manifiesto con más claridad en la conclusión: «Su omisión —contraria a deber— de prestar socorro, entregándose al hacerlo a sí mismo a la justicia, no alcanza el contenido de injusto de la especial reprochabilidad propio de todas las formas de comisión del asesinato».

Desde la concepción dominante, que —al margen de los «elementos adicionales» del deber de garante— equipara completamente la omisión impropia, *dentro* del tipo del delito comisivo, a la acción, hay que considerar errónea esta sentencia tanto en su fundamentación como en su resultado. Ahora bien, hay que ser cautelosos al analizar esta sentencia, pues, por una parte, de entre las cualificaciones del asesinato, el elemento «para ocultar o encubrir un delito» es dudoso en cuanto a su efecto de incrementar injusto y culpabilidad también en los supuestos de comisión; y, por otra parte, precisamente en la circulación rodada, la injerencia, como fundamento de equiparación de la omisión a la comisión, se ve expuesta a

cabe equiparar la omisión a la acción y, por tanto, asimismo, a la complicidad activa, ya que esta idea, con ser cierta, no es consecuencia de la teoría de la participación, sino que sobrepasa ya el marco de la construcción *dogmática*, conduciendo a la cuestión *axiológica* de si (y cuándo) la infracción de un deber de garante (esto es, una omisión típica, antijurídica y culpable, en el sentido de un tipo de omisión) ha de castigarse, dado su merecimiento de pena, como la complicidad (activa) en el delito comisivo.

2. Asimismo, ha de extrañar la posición de monopolio que, dentro de la denominada «participación por omisión», concede la doctrina dominante a la «complicidad por omisión». ¿Por qué no se acepta también la «inducción por omisión»? El que no ocurra no cabe explicarlo señalando que nunca o sólo rara vez se producen tales casos. Muy a menudo el garante está obligado a (y en condiciones de) impedir la decisión del «autor principal», o de hacerle desistir. Así, en los supuestos que la jurisprudencia trata como «complicidad por omisión» en el falso testimonio, consecuentemente sólo habría que plantearse la «inducción por omisión», si es que acaso cabe fundamentar la posición de garante [268], y ello porque el falso testimonio de un testigo no puede impedirlo una parte, un abogado u otro tercero cerrándole la boca con la mano, sino únicamente impidiendo ya la decisión de declarar falsamente o, incidiendo oportunamente sobre el testigo, haciéndole desistir.

Quizá quepa esperar aquí la objeción de que los supuestos en los que, para ser consecuente, habría que calificar de «inducción por omisión» no se distinguen de la llamada «complicidad por omisión» por la magnitud del injusto y de la culpabilidad; y yo sería el último en discutirlo. Sin embargo, esta reflexión no desvirtuaría el argumento contra la doctrina dominante, pues, por una parte, en esta consideración se ponen de manifiesto las fricciones entre la construcción dogmáticamente consecuente y la valoración materialmente adecuada del omitir; y, por otra parte, la igualdad en cuanto a contenido de injusto —también desde puntos de vista valorativos— de «complicidad por omisión» e «inducción por omisión» sólo alcanzaría significado si cupiera demostrar que la «autoría por omisión» presenta un mayor desvalor que la «participación por omisión»; pero no es así, como se tratará de demostrar.

3. Para la complicidad se establece el principio de que basta la acción que «facilita» la ejecución del hecho principal. La jurisprudencia ha aplicado este principio también a la «complicidad por omisión»: basta que el obligado a obrar, mediante su actuar, hubiera podido «dificultar» el «hecho principal» [269]. La aplicación consecuente de este principio de la complicidad necesariamente conduce a resultados grotescos en la omisión:

---

[268] Al respecto sumamente restrictivo MAURACH, *Lehrbuch*, II, p. 575; lo rechaza BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 126 ss., especialmente p. 134.

[269] *RGSt.*, 71, p. 178; 73, p. 54; coincidente BGH, en *NJW*, 1953, p. 1838, y SCHRÖDER, *StGB*, § 49, nota III.1. Cfr., asimismo, MEZGER, *LK*, I, 8.ª ed., § 49, nota 6.b).

el vigilante de una fábrica que, ante la superioridad de fuerzas de los ladrones, huye, ¡omite dejarse atar, dificultando así la acción de los ladrones! Si ya está atado, tiene que intentar —aunque no tenga perspectivas de éxito— hacer desistir a los autores haciéndoles ver las consecuencias del delito, etc.

Tales resultados, inevitables de aplicar consecuentemente los principios de la complicidad en la comisión, no son asumibles. Al garante se le prescribe impedir la lesión del bien jurídico que ha de protegerse. Si no está en condiciones de hacerlo, decae su deber de actuar; ni para el garante existe el mandato de demostrar la buena voluntad mediante acciones fallidas. En realidad, en los supuestos resueltos por el RG y por el BGH, se trataba de un problema totalmente distinto: no cabía verificar, ni siquiera con probabilidad rayana en la seguridad, si la intervención del garante habría evitado la consumación del «hecho principal». Y, por otra parte, el propio garante consideró posible en el momento en que permaneció inactivo que su intervención podía impedir la lesión del bien jurídico. Pero entonces lo que omitió es *intentar* impedir el resultado; lo que cabe reprochar al garante no es no haber dificultado el hecho principal, sino no haber intentado impedirlo [219].

4. Con razón ha señalado GRÜNWALD [220] que la impunidad de la complicidad intentada necesariamente conduce a resultados absurdos en la denominada «complicidad por omisión»: según la doctrina dominante, tendría que quedar impune el padre que no se apresura a socorrer a su hijo, si ha supuesto erróneamente que le van a asesinar. (En cambio, habría que castigar al padre si supone erróneamente que su hijo ha caído al agua: según la doctrina dominante, «tentativa de omisión en autoría».)

5. No puede pasarse por alto que también en cuanto a la delimitación con respecto a la autoría resultan dificultades y fricciones habituales para la «complicidad por omisión», pero extrañas para la teoría de la participación en general.

Para empezar, ¿con respecto a *qué* autoría habría aquí que delimitar, frente a la autoría por omisión o por comisión? En el sentido de la teoría de la participación del delito *comisivo*, la respuesta sólo podría ser que con respecto a la autoría por comisión. No obstante, con arreglo a la doctrina dominante, si la omisión impropia sólo representa un caso particular

[219] Así pues, son de aplicación los principios sobre el omitir —en concepto de autor— la tentativa de impedir el resultado: *vid.* al respecto *supra*, pp. 231 ss. Ciertamente también cabe aplicar en el ámbito de la omisión el principio de que para apreciar complicidad basta que se facilite el hecho principal, pero siempre respetando el principio de inversión; entonces resulta el siguiente enunciado: quien omite auxiliar en la evitación del resultado a una persona dispuesta a salvar, también responde por la omisión si ésta consigue evitarlo y la aportación omitida a la salvación sólo habría facilitado el obrar del salvador. Pero esta inversión, a su vez, se refiere a otro problema, al del omitir la complicidad en la evitación del resultado; al respecto *supra*, pp. 199 ss.

[220] *Unechtes Unterlassungsdelikt*, pp. 109 ss.

tica. Si uno se percata de la inviabilidad del principio de que la omisión impropia se encuadre en el tipo del delito comisivo, se cierra también el paso a la posibilidad de construir dogmáticamente supuestos de omisión impropia como participación en el delito comisivo. La omisión impropia ha de enjuiciarse con arreglo a sus propios tipos de mandato de garante (no escritos, naturalmente), no según los tipos de prohibición. La llamada «complicidad por omisión» realiza el tipo del delito de omisión impropia. Pero entonces, la cuestión de si este delito de omisión impropia puede concebirse además como complicidad en la comisión es ya político-criminalmente ociosa; desde el punto de vista dogmático, ha de responderse que no con nitidez: la persona no puede ser causal por omisión, no pudiendo tampoco, por tanto, «favorecer» por omisión un delito comisivo. (De querer decidir en otro sentido, habría que considerar como «participación por omisión» todo no impedir la lesión del bien jurídico, incluso la omisión de quien no es garante.) *Al igual que no hay participación por comisión en el delito omisivo* [214], *tampoco hay participación por omisión en el delito comisivo.*

No obstante, con esto no queda dicha la última palabra sobre la «complicidad por omisión». Si no le corresponde función dogmática alguna, sin embargo, podría tener trascendencia para la cuestión de la equiparación del omitir con la comisión. Desde este aspecto político-criminal hay que preguntar si entre las infracciones de mandatos de garante las hay que han de equiparase, no a la autoría por comisión, sino a la complicidad por comisión. Ya no se cuestiona, pues, aquí si hay omisiones impropias que *constituyen* complicidad con el delito comisivo, sino sólo si algunas omisiones impropias han de valorarse *como* la complicidad activa, y si se trata de los supuestos calificados hasta ahora por la doctrina dominante como de «complicidad por omisión». (No se trata aquí aún, pues, de la cuestión de si el delito de omisión impropia equivale en general, en cuanto a merecimiento de pena, siempre o con frecuencia, sólo a la complicidad activa con la comisión.)

La cuestión del significado especial de aquellas obligaciones de garante que usualmente se denominan de «complicidad por omisión» se plantea para la equiparación a su vez en dos direcciones:

a) ¿Es correcto, por contenido de injusto y de culpabilidad, distinguir entre las omisiones en las que el garante ha omitido impedir un ataque doloso y antijurídico al bien jurídico y aquellas otras consistentes en no impedir un suceso natural o una lesión de bien jurídico imprudente?

b) ¿Resulta útil la figura de la «complicidad por omisión» para aquellos delitos comisivos con respecto a los cuales no puede formarse (o sólo en escasos supuestos) un tipo de mandato de garante exactamente correlativo?

---

[214] *Cfr. supra*, pp. 294 ss.

de la comisión, la autoría que habría de delimitarse con respecto a la «complicidad por omisión» podría ser también la «autoría por omisión». Pero justo esto no es, obviamente, acertado, pues la «coautoría» en la forma de que uno de los autores «opere» por comisión y otro por omisión es inconcebible también desde la posición de la doctrina dominante; la coautoría presupone la cooperación consciente y, por tanto, al menos la «actividad psíquica» de aquel al que podría aludirse como «autor por omisión». *Tampoco* es concebible la «complicidad por omisión» en forma de cooperación *consciente* entre autor y «cómplice»; pues en otro caso se daría complicidad psíquica. Las dificultades de delimitación existen, por tanto, dentro de la propia omisión, ¡entre la supuesta «complicidad por omisión» y la omisión en «autoría *simultánea*»! Y en realidad se basan precisamente en que el garante, con su omisión de impedir el resultado, realiza un tipo especial *de omisión*, no el tipo de comisión.

Agudamente señala GALLAS [232]: «La dificultad que surge reside en que, en contraste con el influjo *fáctico* del sujeto agente sobre el curso de los sucesos, sólo cabe hablar de dominio del hecho del omitente en el sentido de la *posibilidad* de intervenir, impidiendo, en dicho curso; y que tal dominio del hecho "potencial" pertenece al *concepto* de comisión por omisión, esto es, no puede servir al mismo tiempo para distinguir entre sí a la autoría y la complicidad por omisión». La consecuencia resulta evidente (si bien no la extrae el propio GALLAS): todo garante que puede repeler el ataque contra el bien jurídico reúne *todos* los requisitos del «autor omisivo». Faltan tanto razones materiales como criterios para rebajar esta infracción del mandato de garante a «complicidad por omisión» [233].

b) *La complicidad por omisión y el problema de la equiparación*

1. Todas las fricciones indicadas, imposibles de superar desde la solución del tipo de NAGLER, obedecen a que se trata de resolver un problema político-criminal —la cuestión de la equiparación de supuestos de omisión con el delito comisivo— sirviéndose de una construcción dogmá-

[232] *JZ*, 52, p. 372 (cursiva en el original).

[233] La doctrina dominante asume que aquel que, incumpliendo su deber, no impide la ejecución del hecho por parte del autor comisivo, básicamente no es más que cómplice; cfr. NAGLER, *GS*, 113, p. 73; *LK*, 1, 6.ª ed., p. 70; FRANK, *StGB*, § 49, nota I.2; GALLAS, *JZ*, 52, p. 372; KIELWEIN, *GA*, 55, p. 325. Este resultado lo fundamenta GALLAS en que «aquí concurre el dominio del hecho sólo potencial del omitente con el dominio del hecho efectivo de quien obra activamente». Pero esto puede abordarse también si, con la doctrina dominante, se contempla este «concurrir» en el marco del delito comisivo: la verificación de que el garante está en condiciones de inhibir la acción agresiva ¡contiene aquí precisamente la de que puede dejar fuera de combate al autor comisivo y, por tanto, decidir en su favor el «concurso»! Desde esta perspectiva del «concurrir» sólo cabe plantear la pregunta de si, debido a la preponderancia del poder fáctico del garante, inversamente, ¡sólo habría que considerar al autor comisivo como cómplice!

2. La primera cuestión se responde con más facilidad en los delitos de resultado; pero esta respuesta es inequívocamente negativa: para enjuiciar la acción de salvación que omite el socorrista resulta indiferente si al niño lo han arrojado al agua dolosa o imprudentemente, o si ha caído por haberse descuidado él mismo. El que se haya declarado un incendio en una casa debido a un rayo o a obra humana no supone diferencia para el contenido de injusto de la omisión, por parte del garante, de extinguir el fuego. *Resulta absurdo castigar como «complicidad» el que no se impida a un autor que lesione el bien jurídico dolosamente, y por «autoría» cuando la lesión del bien jurídico es obra del destino o de descuido humano.* Por comprensible que sea la tendencia a aceptar la «complicidad por omisión» —ya que permite el castigo por omisión, más leve que el de la comisión—, resulta infundado castigar con más rigor la «autoría por omisión».

KIELWEIN [255], que aduce varios ejemplos acertados más, pretende que esta idea sea aplicable sólo en el supuesto en que el autor principal ya ha hecho todo lo requerido para la realización del tipo. Si se hubiera debido intervenir ya directamente en la actuación del autor comisivo, siempre habría que calificar de «complicidad por omisión». Pero tampoco existe base para esta distinción, teniendo en cuenta el contenido de injusto y culpabilidad de la omisión (ni desde la perspectiva dogmática). No es que la intervención directa en la acción del autor imponga al garante exigencias superiores que una intervención posterior; sobre ello no cabe formular principios generales. Por ejemplo, para el socorrista es más fácil advertir a voces al joven para que no empuje al agua a una persona que no sabe nadar que luego salvarla cuando se está ahogando. La mera aparición del garante suele bastar para impedir el ataque al bien jurídico. La prestación que ha de realizar el garante se rige totalmente por las circunstancias concretas, sin referencia a si hay que impedir un ataque humano ya antes de que termine la tentativa, o después, o a si concurre en absoluto actuar humano.

A la concepción de que la decisión —en la línea de la teoría subjetiva de la participación— dependería de la dirección de voluntad del omitente y del autor comisivo [256] se ha opuesto SCHRÖDER con razón: «El padre que deja morir de hambre a su hijo es tan autor por omisión como el padre que no impide que la madre mate al hijo» [257].

---

[255] *GA*, 1955, p. 227.

[256] En esta dirección *RGSt.*, 66, p. 74; BGH, en *LM*, núm. 10, ante § 47.

[257] SCHRÖDER, *StGB*, introd. VI.6 a § 1. SCHRÖDER, cuya concepción, en definitiva, se aproxima bastante a la que aquí se mantiene, hace dos excepciones con los supuestos estudiados en el texto, en las cuales únicamente aprecia «complicidad por omisión». «Si el hacer precedente consiste en una acción que únicamente favorece la comisión de delitos, que, por tanto, constituiría —de cometerse dolosamente— complicidad, de ahí sólo surge el deber de impedir del delito, no de evitar el resultado. Así pues, quien guarda veneno sin precauciones es cómplice si descubre que otro se ha llevado el veneno para cometer un asesinato». A mi juicio, esta excepción sólo está justificada en tanto en cuanto no se dote con carácter general al delito de omisión impropia de la posibilidad de atenuación

3. En los delitos puros de resultado, pues, la distinción entre «autoría por omisión» y «complicidad por omisión» es errónea también (y precisamente) desde el punto de vista valorativo. Por el contrario, la figura de la «complicidad por omisión» podría ser imprescindible y adecuada para la cuestión de la equiparación en los grupos de delitos en que, en otro caso, no sería posible (o no siempre) castigar por «autoría por omisión». Pongamos como ejemplo, en primer lugar, los delitos contra la propiedad, y comprobemos los resultados a los que llega aquí la doctrina dominante:

Al vigilante que omite impedir un hurto se le castiga por complicidad en el hurto simple si omite de día, pero por hurto agravado si es de noche cuando no interviene, por hurto simple si el ladrón entra por la puerta, pero por hurto agravado si el ladrón ha accedido con escalamiento, etc. Y no cabe objetar que otro tanto ocurre en la complicidad activa; ciertamente, *ésta* se refiere a la propia acción típica, a la que favorece y a la que son inherentes las agravantes. La omisión del garante, por el contrario, se refiere *exclusivamente* al bien jurídico que se trata de salvaguardar, y cuya protección se omite. Resulta absurda la idea de castigar, en consecuencia, por «complicidad con el atraco» a la víctima del robo que no defiende la propiedad ajena que ya llevaba el atracador, aun habiéndole sido fácilmente posible. Pero es más: al cajero que no impide el hurto de la caja se le haría responder por «*complicidad* en el *hurto*»; y si no apaga la cerilla ardiendo que cae en la caja, prendiendo fuego a los billetes, sería «*autor* por omisión» de los *daños*. Si la empleada de hogar no impide que el operario hurte el broche de brillantes de la dueña de la casa, cometería «complicidad en el hurto». Y si no detiene al joven que va a machacar el broche con un martillo, sería «autora» (o «cómplice») de daños. Si no cierra la ventana para impedir que la urraca ladrona se lleve el broche a su nido quedaría impune.

Nadie podrá decir que tales resultados son satisfactorios. En efecto, con independencia de si se castiga o no, de si se castiga por autoría o por complicidad, e incluso con independencia de con referencia a qué delito comisivo haya de tomarse el marco penal, el contenido de injusto del omitir es en todos los casos mencionados el mismo: no se impide el ataque a la propiedad cuya protección estaba encomendada; no se cumple el mandato de garantía de evitar el deterioro, destrucción o sustracción de la propiedad ajena encomendada. *De lo que siempre (y de lo único que) tiene que responder el garante es de la sustracción o daño de la propiedad que no ha impedido*. No ha de responder de la forma en que tiene lugar el ata-

---

que corresponde a la complicidad. Además, SCHRÖDER aprecia, asimismo, complicidad por omisión cuando «el omitente no está obligado para con el bien jurídico protegido, sino que en el marco de su esfera de influencia es responsable de que no se cometan acciones punibles». En mi criterio también en estos casos existe siempre el deber de garante para con el bien jurídico protegido, con independencia de por qué motivo surja la posición de garante; así, p. ej., el garante no tiene que impedir una tentativa inidónea también en estos casos.

Queda así al descubierto la raíz de las dificultades que presentan los delitos de omisión impropia en el ámbito de los delitos contra la propiedad: *falta* —ya en el terreno de la comisión— *el tipo básico de lesión de la propiedad ajena, y, por tanto, falta, asimismo, el tipo de omisión, no descrito y que ha de desarrollarse* (añadiendo la posición de garante), *análogo a este tipo básico*. De no colmar esta laguna extendiendo el § 303 StGB (daños) a la sustracción temporal, para la omisión impropia en el ámbito de los delitos contra la propiedad únicamente quedan dos posibilidades: o se limita la punibilidad del garante a los supuestos de administración desleal *(Untreue)* en el sentido del § 266 StGB; o se sigue trabajando —a duras penas— con el sucedáneo inadecuado de la complicidad por omisión en el hurto, pero al menos necesariamente dejando de lado los supuestos de hurto agravado [259].

Sí está relativamente justificada la idea de la participación por omisión en los delitos de pura actividad. Aquí no sólo se requiere siempre una comprobación especialmente cuidadosa de si existe la posición de garante de algún tercero, sino que el contenido del eventual mandato de garante se distingue esencialmente de otros supuestos. Los mandatos de garante hasta ahora analizados tenían por objeto la evitación de un determinado resultado (o de un peligro determinado), siendo indiferente si este resultado amenazaba con producirse por obra humana o por suceso natural. En cambio, en los deberes de garante en el ámbito de los delitos de mera actividad, el contenido del deber de garante reside justamente, y sólo, en impedir el propio acto. Por eso está descartado elaborar un tipo de mandato de garante —como en el resto de los supuestos— en analogía con el tipo comisivo. El tipo de mandato de garante no descrito muestra más bien paralelismo, invirtiendo el signo, precisamente con la participación en el delito de pura actividad, bien se haya omitido el «disuadir» de la acción ilícita, bien se haya omitido el impedirla físicamente.

Tampoco se da aquí dogmáticamente una «participación por omisión» en el delito de mera actividad; pero político-criminalmente existe paralelismo entre la participación activa en el delito de propia mano y la infracción del mandato de garantía de impedir precisamente ese acto. Y en esta medida cabe seguir *calificando* a estos supuestos como «participación por omisión».

---

[259] El Proyecto de Bonn cierra la laguna que existe en el Derecho vigente con el tipo de la sustracción [o «hurto» temporal, *Sachentziehung*] (§ 257). Una de las dos redacciones propuestas del precepto, sin embargo, requiere, además del dolo de sustracción prolongada, la intención de «infligir con ella a alguien un perjuicio considerable». Esta redacción del precepto no sólo menoscabaría la aplicación analógica a infracciones del deber de garante, sino que no parece adecuada para los supuestos de comisión: si para los daños (§ 255 del Proyecto de Bonn) basta el dolo, ¿por qué para la sustracción prolongada tiene entonces que ser necesaria esa especial intención? También aquí, pues, volvería a aparecer una laguna de punibilidad, si bien menos amplia.

que a la propiedad, ni del acto de sustracción como tal, ni en su caso de la especial intensidad de la voluntad delictiva puesta de manifiesto por el atacante al superar obstáculos, ni, finalmente, del ánimo de apropiación del atacante; el cometido del garante consiste en preservar al propietario de la pérdida o de los daños de la cosa. Frente a este contenido de injusto y de culpabilidad común que presentan todas las infracciones de deber a las que nos hemos referido, no se sostienen los resultados fortuitos que oscilan entre la impunidad y la complicidad con el atraco. Los resultados se tornan aún más insatisfactorios si se aplican consecuentemente los principios de la accesoriedad, se incorporan los supuestos de error y se tiene en cuenta que la complicidad intentada no es punible [215].

En todo caso, se pone de manifiesto que en la omisión impropia, en el ámbito de las lesiones a la propiedad, no se trata de «complicidad en la comisión» ni dogmáticamente, ni por el contenido de injusto y culpabilidad, pues el merecimiento de pena existe también cuando la propiedad objeto de garantía está amenazada, no por un ataque humano (doloso), sino por sucesos naturales, por animales o por descuido humano. Soluciones definitivamente satisfactorias sólo cabe esperarlas aquí acuñando una Parte Especial de los delitos de omisión impropia. Pero incluso *de lege lata* es posible mejorar al menos algo de los resultados fortuitos:

Bien pronto se evidenció que carecen de paralelismo en la vertiente de la omisión impropia las cualificaciones del delito comisivo basadas en la especial intensidad de la voluntad delictiva puesta de manifiesto por el atacante al superar obstáculos. Así se resuelven también los supuestos de la denominada «complicidad por omisión» relativa a las agravaciones del hurto; estas cualificaciones no han de tenerse en cuenta para el delito de omisión impropia.

La impunidad de la conducta de no impedir la sustracción temporal tiene su correlato ya en los delitos comisivos: también aquí es impune la mera sustracción. Si se consiente en colmar esta laguna mediante interpretación del tipo de daños, decae, asimismo, la laguna de punibilidad correlativa en las infracciones de deber de garante. Para la omisión impropia, por esta vía se llegaría aún más allá; sería ahora posible concebir todos los supuestos en que el garante infringe por omisión su deber de protección con respecto a la propiedad ajena como no impedir la sustracción o los daños, y siempre en concepto de omisión «a título de autoría». Entonces ya no sería necesario tratar al garante como cómplice del hurto, puesto que en realidad no tiene que responder por la apropiación, sino sólo por la sustracción temporal, y ésta, naturalmente, en «autoría por omisión».

[215] El vigilante de una fábrica que supone erróneamente que los gamberros que sueltan las amarras de la barca fondeada en el muelle obraron con ánimo de apropiación, queda impune; como también queda impune si cree que los ladrones que han puesto sus miras en la barca sólo querían cometer una sustracción temporal; asimismo, el vigilante que asiste inactivo a cómo se rompen por el roce las amarras de la barca.

IV. ¿Es la omisión impropia menos merecedora de punición que el correspondiente delito comisivo?

a) Todas las dificultades analizadas en los epígrafes anteriores suponen, en definitiva, un argumento adicional en favor de apoyar vivamente una exigencia de política jurídica ya debatida a menudo y recientemente planteada en el Plenario de Comisión de Derecho Penal: *de lege ferenda* habría que prever la *atenuación facultativa de la pena para la omisión impropia* [220]. Y ello porque, dadas las mismas circunstancias, omitir impedir el resultado es menos grave que realizarlo dolosamente. La actividad requiere energía de decisión y de ejecución; la pasividad se basa en su ausencia. Y la «posición de garante» no puede nivelar esta diferencia valorativa general; el que el guía de montaña recién contratado deje en la estacada a los alpinistas y el que los mate no presenta la misma gravedad en cuanto a contenido de injusto y de culpabilidad [221]. Con razón señala NOWAKOWSKI que el garante omitente «suele atribuir en principio el resultado a causas que operan positivamente y se siente corresponsable sólo marginalmente, de manera atenuada» [222]. La diferencia fundamental entre actuar y omitir se ve confirmada, asimismo, en la inclinación de la jurisprudencia y de la doctrina dominante a calificar los delitos de omisión impropia, allí donde son posibles, sólo como «complicidad por omisión». Siendo ello correcto en cuanto al resultado, es decir, en la posibilidad de atenuación de la pena —en función del grado de merecimiento de pena—, lo mismo —esto es, la atenuación facultativa de la pena— ha de aplicarse, asimismo, a la denominada «autoría por omisión», pues no existe la menor diferencia en cuanto a contenido de injusto y de culpabilidad entre

---

[220] En favor de la atenuación —al menos facultativa— se han pronunciado: DAHM, *ZStW*, 57, p. 180; DORNA, *Aufbau*, p. 38; DROST, *GS*, 109, pp. 58 ss.; GRÜNWALD, *Unechtes Unterlassungsdelikt*, p. 107; HÖPFNER, *ZStW*, 36, p. 131; KERN, *ZStW*, 64, pp. 279 ss.; KISSIN, *Rechtspflicht zum Handeln*, p. 94; MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 148 ss.; NAGLER, *GS*, 111, pp. 120 ss.; ROEDER, *DStR*, 1941, p. 153; SAUER, *Grundlagen*, pp. 457 ss. y 120 ss.; TRAEGER, *Unterlassungsdelikte*, p. 113. En el Plenario de la Comisión de Derecho Penal votaron a favor de la posibilidad de atenuación: BOCKELMANN, JESCHECK, LANGE, MEZGER, RÖSCH y SIEVERTS; en el debate se manifestaron en este sentido, asimismo, WELZEL y GALLAS. Propugnó la atenuación obligatoria V. STACKELBERG (*vid.* la reseña de DREHER, *ZStW*, 65, pp. 88 ss.). La mayoría de la Comisión rechazó esta propuesta. Sin embargo, no convencen los motivos en contra que DREHER reseña: a «distinguir con nitidez entre delitos de omisión y de acción» (SCHWARZHAUPT) se ve forzada la jurisprudencia ya para clarificar cuándo es necesaria posición de garante. Para la imprudencia, por último, la atenuación facultativa carece de objeto, teniendo en cuenta su marco penal sin límite inferior. La objeción de más peso es la de E. SCHMIDT, que se analizará en el texto.

Sobre la evolución de la idea de que el omitir es menos merecedor de punición que el hacer análogo, *vid.* HONIG, *Unterlassungsdelikte*, pp. 25 ss. (el propio HONIG se opone a la atenuación).

[221] Obviamente, esta diferencia valorativa puede considerarse ya en el marco penal; así, cuando éste se refiere desde el principio a acciones y a omisiones, p. ej., en los §§ 123, 121/347, 223 b y 354/355 StGB. (En la terminología de esta obra, en estos casos se trata de delitos de omisión *propia*.)

[222] NOWAKOWSKI, *Österr. JZ*, 1953, p. 602.

la llamada «complicidad» y la llamada «autoría» por omisión. Importa repetirlo: que el padre no intervenga cuando su hijo está a punto de caer al agua, o bien que permanezca cruzado de brazos cuando un tercero va a arrojarlo al agua, *ceteris paribus*, carece de trascendencia para la medida del merecimiento de pena de la omisión.

b) En contra de la necesidad de atenuación de la pena, E. SCHMIDT ha esgrimido una objeción sustancial: si fuera posible mediante la redacción legal obligar al juez de primera instancia a comprobar «si se da en el ordenamiento jurídico, y cómo, un deber concretísimo de responder de la no evitación del resultado», entonces en todo caso habría que «hablar realmente de equiparación de no impedir el resultado y de realizarlo positivamente» [223]. Este sería, desde luego, el supuesto ideal, si bien hay que dudar de que sea posible para el legislador concretar la posición de garante hasta tal punto. (De serle posible, se habría conseguido la taxatividad que se viene echando en falta, y los delitos de omisión «impropia» se convertirían en delitos de omisión «propia», esto es, descrita típicamente.) Pero incluso al margen de esto, la objeción de E. SCHMIDT nos lleva a la raíz de la problemática de la atenuación de la pena.

La «realización positiva del resultado», a la que ha de equipararse la omisión impropia en cuanto a merecimiento de pena, puede presentarse de muchos modos, y tener merecimientos de pena distintos: también el cómplice activo perpetra una «realización positiva del resultado». En el ámbito de los delitos comisivos no impera el concepto unitario de autor, sino la distinción entre autoría y participación, desde la perspectiva del marco penal: la distinción entre autoría e inducción, de un lado, y complicidad, de otro. En cambio, los delitos de omisión —tanto propios como impropios— no presentan distinción entre autoría y participación; en particular, la denominada «complicidad por omisión» no es dogmáticamente una forma de participación ni es axiológicamente equiparable a la complicidad activa, al no existir diferencia en cuanto a merecimiento de pena entre ella y los demás supuestos de omisión impropia. *En los delitos omisivos ha de partirse del concepto indiferenciado del omitente, algo análogo al concepto unitario de autor* [224]. Pero no se trata, en la equiparación de no impe-

[223] Actas de las sesiones del Pleno de la Comisión de Derecho Penal, t. 2, Parte General, p. 281.

[224] Lo que no significa que no sean posibles, y en su caso adecuadas, también en el delito de omisión, distinciones correlativas a las existentes entre formas de autoría y de participación, si bien obviamente con signo inverso; lo cual se analizó ya antes (pp. 186 ss.). Así, cabe distinguir entre el omitir la propia acción de salvamento, el omitir la complicidad con la acción de salvamento de otro, y el omitir la inducción a la acción de salvamento. Pero esta posibilidad de distinguir no la aprovecha la ley (en los delitos de omisión propia), ni la jurisprudencia ni la doctrina (en los delitos de omisión impropia). Desarrollar esta distinción, por lo demás, no haría sino corroborar la postura que se adopta en el texto: el omitir la mera complicidad en la acción de salvamento de otro es la forma de omisión con el contenido de desvalor por lo general más elevado (*supra*, p. 200) y, por ende, comparable en merecimiento de pena a la *autoría* comisiva; comparados con el omitir la complicidad, el omitir la inducción y el omitir la propia acción de salvamento presentan a menudo menos

tipos de mandato, agrupando todos los tipos de mandato referidos a la omisión de velar por el mismo bien jurídico. También hablamos *del* tipo del § 243, núm. 2, StGB [227] (e incluso *del* tipo de «hurto grave»), aun cuando estrictamente se trate de tres tipos distintos: el del hurto con fractura, hurto con escalamiento, etc. De acuerdo con esta simplificación, al lado del tipo de homicidio hay que situar el tipo de omisión de impedir la muerte.

b) Por lo demás, hemos de referirnos a las consideraciones sobre la estructura típica del delito de omisión propia [228]; *los principios que ahí desarrollábamos para el delito de omisión propia constituyen sencillamente la dogmática de la omisión*, pues no existen diferencias de cuño dogmático entre el delito de omisión propia y el de omisión impropia [229].

Lo cual es de aplicación no sólo para la estructura del delito de omisión impropia cuasi-doloso, sino, asimismo, para las demás cuestiones dogmáticas; así, para la omisión de la tentativa [230], para la participación y para la imprudencia [231].

Las especificidades de los tipos de mandato de garante se asientan en lo que le garantiza su legitimidad y sentido al concepto de omisión: en la ausencia de descripción típica y en la necesidad, de ahí derivada, de tomar el marco penal de los tipos comisivos comparables. De estas particularidades político-criminales se ha tratado con detalle en los epígrafes anteriores. En lo sucesivo se abordarán algunas pocas cuestiones concretas más, que ciertamente se debatieron en el delito de omisión propia, pero que, teniendo en cuenta el distinto estado del debate, quizá requieran algunas observaciones.

II. La posición de garante como elemento típico y elemento de la autoría

Con razón subrayó WELZEL que la fijación de la posición de garante constituía un problema de «delimitación del autor por omisión», de determinación de los «elementos objetivos de la autoría» del delito de omisión impropia [232]. Discutido es en qué lugar de la estructura del delito han de

---

[227] § 216 StGB: «*Hurto grave*. I. Se castigará con prisión de hasta diez años cuando: (...) 2. Se hurtare en un edificio o recinto cerrado mediante fractura externa, escalamiento o fractura de recipientes cerrados» [N. de los TT.]

[228] *Vid. supra*, pp. 109 ss.; resumen en pp. 148 ss.

[229] *Vid. supra*, pp. 215 ss.

[230] En profundidad *supra*, pp. 215 ss. Un «tipo de tentativa con signo inverso» (*vid.* pp. 230 ss.) en el ámbito de la omisión impropia es el tipo de mandato de garante que ha de formarse en paralelo al § 257 StGB.

[231] Acerca de la problemática de la *prescripción* (en particular en el delito de omisión impropia imprudente) *vid.* ahora H. J. BRUNS, *NJW*, 58, pp. 1257 ss. (p. 1261).

[232] WELZEL, *Strafrecht*, pp. 178 ss.; análogamente V. WEBER, *Grundriß*, p. 58.

dir y ejecutar, de partir, en la vertiente omisiva, del omitente a secas, y en la vertiente comisiva, en cambio, tener únicamente en cuenta la pena por autoría. Más bien, el marco penal ha de extenderse igualmente en ambas vertientes. *Si en la vertiente omisiva* todas *las infracciones de deber de garante apuntan a la equiparación, hay que recurrir para ello al marco penal del delito comisivo que abarque* todos *los supuestos de comisión, incluyendo la complicidad activa*. Lo cual significa, en definitiva, la *atenuación facultativa de la pena* para la omisión impropia hasta el límite inferior de la complicidad activa. Ello debería quedar claro expresamente *de lege ferenda*, debiéndose, mientras tanto, extraer esta conclusión *de lege lata*.

c) La posición contraria, que rechaza la posibilidad de atenuación de la pena en los delitos de omisión impropia, se encuentra ante un dilema irresoluble: el tratamiento singular de la denominada «complicidad por omisión» es desacertada tanto dogmática como político-criminalmente; hace depender la posibilidad de atenuación de la pena de criterios insustanciales para el grado de merecimiento de pena. La equiparación fundamental de todas las omisiones de garante, con independencia de la concurrencia fortuita de un hecho principal doloso, constituye una exigencia irrenunciable. ¿Conducirá ello en el futuro a imponer a *todas* las omisiones impropias la pena completa de la *autoría* comisiva? [215]

E. ESTRUCTURA DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

I. ¿Presenta especificidades dogmáticas la omisión impropia?

a) Como hemos visto, la omisión impropia realiza un tipo de mandato, autónomo con respecto al tipo del delito comisivo, cuya conminación penal se aplica a la omisión impropia. Los elementos con los que el mandato describe la acción debida y su sujeto constituyen el tipo, naturalmente con el matiz —válido para todos los tipos de mandato— de que, invirtiendo el signo, la acción se sustituye por el *no* desplegar el rendimiento prescrito quien es capaz de ello [216]. Así pues, a todo mandato especial de evitar el resultado le corresponde un tipo específico de omisión, de manera que, p. ej., junto al tipo de prohibición del § 212 StGB (homicidio) habría que situar toda una serie de tipos de mandatos de garante. No obstante, podemos simplificar sin problema la pluralidad de estos

merecimiento de pena, de manera que, por su menor grado de merecimiento de pena, estas formas de omisión podrían parangonarse con la *complicidad* activa.

[215] La necesidad de una atenuación facultativa de la pena se pone de manifiesto, asimismo, en los supuestos de estado de necesidad exculpante. Precisamente la posición de garante fundamenta a menudo una posición de deber de tal modo incrementada que hay que negar al obligado la posibilidad de invocar el estado de necesidad; *vid.* al respecto *supra*, pp. 166 ss. Pero ¿tiene el encargado de vigilar el nivel de grisú que, por miedo fundado por su vida, omite la advertencia y, por tanto, la salvación de un minero, ser enjuiciado de entrada por el mismo marco penal que el homicida activo?

[216] *Vid. supra*, pp. 33 ss. y 113 ss.

integrarse tales elementos de la autoría, y ello tanto en el delito comisivo como en el omisivo [233].

Sin embargo, esta cuestión de principio no requiere aclaración general alguna en el marco del delito de omisión impropia, ya que en él no despliega efectos prácticos. Y es que los elementos fundamentadores de la posición de garante ¡son los que afectan simultáneamente al sujeto del mandato y al objeto de la acción prescrita, a la persona del omitente y a la «situación típica»! Bien es cierto que la posición de garante se basa precisamente en la relación que, debido a la especial relación vital, se establece entre el propio garante y el bien jurídico garantizado [234]. Si el mandato de garante atañe a la paternidad, el objeto cuya protección se omite se caracteriza por tratarse del hijo del omitente. Si el deber de garante se basa en la acción previa, en función de ésta y del peligro de ella resultante no sólo queda determinado el propio garante, sino, asimismo, el objeto de su deber de obrar, el bien jurídico amenazado por dicho peligro. (Tampoco esto constituye una singularidad de los delitos de omisión impropia, sino que se encuentra igualmente en varios delitos de omisión propia, p. ej., en el § 330 c StGB en la relación que, debido a la presencia en el lugar del accidente, se establece entre el herido y el obligado a actuar.) Así pues, la posición de garante no constituye un elemento de la autoría «puro», sino uno «susceptible de varios sentidos» que *al mismo tiempo* concreta tanto a la «situación típica» como al obligado a actuar.

De donde se deduce que los requisitos materiales de la posición de garante —y no el propio deber resultante de ella— pertenecen a la situación típica y que el conocimiento de esta situación, que como condición previa de la capacidad de acción constituye una exigencia típica del delito de omisión impropia, ha de abarcar, asimismo, el conocimiento de los elementos fundamentadores de la posición de garante. Así pues, en esta medida en los delitos de omisión impropia existe al fin coincidencia entre la doctrina dominante, que somete la posición de garante a la exigencia de dolo; la tesis de WELZEL, que al elemento objetivo de la autoría (posición de garante) añade el conocimiento de la posición de garante, como elemento subjetivo de la autoría adicional; y la concepción aquí desarrollada.

Únicamente para la delimitación entre la omisión de la tentativa de evitar el resultado y el delito putativo resulta relevante la singularidad de la posición de garante consistente en describir a la vez el sujeto del mandato y el objeto de la acción prescrita. Las reglas que he desarrollado en otro lugar [235] para los supuestos correlativos de los delitos comisivos son de aplicación aquí, invirtiendo su signo: si la niñera cree que el

[233] *Vid.* al respecto *supra*, p. 35, nota 50, con bibliografía; cfr., asimismo, KUNERT, *Normative Merkmale*, pp. 71 ss.

[234] Acerca de tales elementos de la norma, que al mismo tiempo caracterizan a la acción normada y al sujeto de la norma, *vid.* en profundidad KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 137 ss.

[235] *Normentheorie*, pp. 155 ss.

perro que está nadando es el niño confiado a su cuidado, que no sabe nadar, ha de responder por omisión de intentar salvar su vida —§§ 212 (homicidio) y 44 StGB (punición de la tentativa)—, pues garante sí es, aun cuando confunda el objeto. Si, en cambio, la madre soltera convence a un conocido de que el niño es hijo de él, éste cometería un delito putativo si omite evitar que el niño perezca de frío, ya que garante no es. WELZEL calificaría en ambos casos de delito putativo [216]. La doctrina dominante, por el contrario, tendría que afirmar en ambos casos tentativa inidónea.

III. El deber de garante en la estructura del delito

a) La tesis de que el mandato de garante (abstracto) o el deber de garante (concreto) constituye un elemento implícito del tipo de delito comisivo priva ya de base a la crítica a la solución del tipo defendida por NAGLER [217]. El delito de omisión impropia tiene su tipo propio y autónomo, que no es un tipo de prohibición, sino un tipo de mandato de garante. Ya se expuso exhaustivamente, en los delitos de omisión propia [218], que en el tipo de mandato el deber de obrar no puede ser elemento del tipo, al igual que en el tipo de prohibición el deber de omitir no es elemento del tipo; exactamente lo mismo es de aplicación al tipo de mandato de los delitos de omisión impropia. Ciertamente, los requisitos (elementos) a los que el ordenamiento jurídico vincula el deber de garante son elementos del tipo, ya que forman parte de la descripción de la situación típica, tal como vimos en el epígrafe anterior. Pero de ningún modo se deduce de ahí que el propio deber de garante sea elemento del tipo, al igual que en el delito comisivo el deber de omitir tampoco puede considerarse elemento del tipo.

b) A esta postura se ha aproximado materialmente ahora también MAURACH, quien distingue entre las circunstancias fundamentadoras del deber (elementos del tipo también según su concepción) y el propio deber de obrar, al cual, como elemento del delito (elemento de la antijuricidad), pretende integrar separadamente de aquel elemento [219].

«Todos los delitos omisivos son *tipos abiertos*. La concurrencia de lo especificado en las descripciones de delitos (las circunstancias desencadenantes del deber de actuar) no basta para fundamentar el efecto indiciario del tipo. Más bien, al autor omisivo debe verificársele positivamente, *además* de la realización del tipo, la contrariedad a deber y con ello la antiju-

[216] Cfr. *Strafrecht*, p. 170.
[217] *Vid. supra*, pp. 260 ss.
[218] *Supra*, pp. 237 ss.
[219] MAURACH, *Lehrbuch*, I, 2.ª ed. (1958), pp. 446 ss.; cfr. al respecto ya *supra*, p. 264, nota 90. En esta medida puede considerarse en parte superada la crítica a la anterior concepción de MAURACH (*supra*, pp. 146 ss.).

mandato de garante; si no en el tipo, en otro lugar. Cierto que esta verificación ha de realizarse y que plantea difíciles cuestiones jurídicas. Pero sólo aparentemente es cuestión de estructura del delito; en realidad es una consecuencia de la falta de regulación legal: *antes* de toda subsunción en un tipo comisivo, uno contempla la ley y elige un tipo al que se ajuste el hecho. En las omisiones impropias, este método sólo aporta la conminación penal, no, en cambio, el tipo, pues éste no se encuentra precisamente en la ley. *En su lugar*, hay que desarrollar para empezar el tipo de mandato de garante (abstracto), para luego poder subsumir en él. Lo que significa, en la praxis: hay que contestar a la cuestión de si, p. ej., *un* padre está obligado a salvaguardar a su hijo extramatrimonial de peligros para su vida. Esta cuestión ha de plantearse *en abstracto*, ya que se trata aquí sólo de indagar el tipo de mandato, esto es, una tarea que en los tipos de prohibición se resuelve acudiendo a la ley. La cuestión de si, asimismo, el omitente concreto estaba obligado a evitar el resultado en concreto, se responde entonces sin más con la subsunción subsiguiente. Y es que si el omitente ha omitido típica y antijurídicamente, entonces estaba también obligado a obrar. En esto no existe diferencia alguna con el delito comisivo, en el que tampoco se plantea la cuestión específica del deber de omitir, sino que con la verificación de la antijuricidad resulta de por sí que había existido un deber. El que quien analiza los supuestos de hecho con la indagación del tipo de mandato tenga que realizar en primer lugar la tarea no realizada —ni realizable— por el legislador, este hecho de tener que *elaborar* el Derecho ha inducido al equívoco doctrinal de que la determinación del deber de garante es una cuestión de estructura del delito.

Así pues, el resultado no puede ser distinto que en el delito de omisión propia: *tampoco en el delito de omisión impropia el deber de garante es elemento del tipo ni de la antijuricidad, no apareciendo en lugar alguno de la estructura del delito* [343].

IV. Dolo y cuasi-dolosidad en la omisión impropia

Nadie pone en duda que en la omisión propia sea «concebible» el dolo; singularmente, esta opinión la comparten, referida a la omisión impropia, KRUG, FINGER y WELZEL, que rechazan el «dolo» en el delito de omisión propia. Sin embargo, lo que allí resultaba correcto no puede ser aquí incorrecto, ya que, en tanto que omisión, la «impropia» es tan auténtica o propia como la omisión «propia». La idea de que resulta inconcebible una voluntad de realización dirigida a omitir es aplicable también para la omisión impropia. Así pues, hay que referirse a las reflexiones tanto ontológicas como dogmáticas con respecto a esta cuestión [344].

[343] *Vid. supra*, p. 148.
[344] *Vid. supra*, pp. 84 ss. y 126 ss.

ricidad de su no actuar.» «Únicamente a partir de la sintonía positiva de la realización del tipo y de la infracción de la norma independiente de ella se origina el contenido de injusto del delito omisivo. Por tal motivo, la exposición que sigue no puede realizar la separación entre el sector del tipo y el sector de la antijuricidad con la misma nitidez que era posible y adecuada en los delitos comisivos.» [240]. «En concreto, el delito de omisión impropia requiere los siguientes elementos: *a)* la producción del resultado causado por la no intervención del autor de la omisión (elemento del tipo); *b)* la concurrencia de las circunstancias fundamentadoras del deber de evitar el resultado (elemento del tipo); *c)* el propio deber de evitar el resultado derivado de ahí (elemento del delito); *d)* la omisión del hacer prescrito (elemento del tipo)» [241].

No cabiendo aquí analizar con más detalle el problema de los llamados «tipos abiertos», sin embargo, ha de contradecirse la tesis de que los delitos de omisión impropia en su conjunto se integren en este grupo, pues con respecto a la descripción cerrada y determinada del tipo, al menos los delitos de omisión impropia no se distinguen de los delitos comisivos. Puede que *entre* los delitos de omisión propia los haya que puedan calificarse como «tipos abiertos», al igual que los hay entre los delitos comisivos. También es dudoso que quepa calificar a los delitos de omisión *im*propia como tipos abiertos [242]. Pero esto puede pasarse aquí por alto; lo decisivo es la cuestión de la función que, como «elemento del tipo», haya de incumbir al «propio deber de evitar el resultado» desligado de sus requisitos:

Si en el delito de omisión impropia se realizan todos los elementos del tipo (y, por tanto —también según la concepción de MAURACH—, concurren igualmente las «circunstancias fundamentadoras del deber de evitar el resultado») y si, además, no median causas de justificación, ya no puede caber duda de que la omisión es típica y antijurídica; resulta innecesaria para esta verificación el recurrir a otro «elemento del delito», al «propio deber de evitar el resultado»: si se da una omisión impropia típica y antijurídica, entonces consta que existe un deber de garante y que ha sido infringido. Y es que cuando se dan sus requisitos (que también son elementos del tipo según la concepción de MAURACH) también se da el propio deber. Por ello, contemplar el deber de garante como elemento del delito (o elemento de la antijuricidad) es, en suma, inocuo, pero *superfluo*; que el error sobre el deber de garante es error sobre el deber jurídico se deriva de la propia naturaleza de las cosas, al igual que ocurre en el error sobre el deber de omitir en el delito comisivo.

c) Con estas consideraciones se hace ya frente en el fondo a una objeción que cabe esperar: en algún sitio hay que comprobar si existe o no

[240] MAURACH, *Lehrbuch*, I, 2.ª ed., p. 467.
[241] MAURACH, *Lehrbuch*, I, 2.ª ed., p. 472.
[242] *Vid. supra*, p. 289.

También la situación político-criminal fuerza en el delito de omisión impropia —al igual que en el de omisión propia— a romper con la doctrina tradicional del dolo de omitir. Esta necesidad la ha puesto de relieve E. SCHMIDT en su última toma de postura [245]: «Si todo error sobre la cuestión de qué hay que hacer para cumplir el deber de garante beneficia al autor en el sentido de que no puede apreciarse comportamiento doloso y que la punibilidad sólo es posible cuando, por casualidad, también esté conminada con pena la realización imprudente del tipo, ello puede desembocar en un privilegio, eventualmente muy poco soportable, de aquel que previsoramente ni siquiera reflexiona, o sea, que es completamente indiferente o desconsiderado.» Esta posición se refiere, primordialmente, a aquellos supuestos críticos en los que el garante se ha dado cuenta de la lesión de bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentadoras de su posición de garante, pero no cae en la cuenta de la concreta acción de salvación, en la posibilidad de intervenir. Coincidiendo ampliamente con el resultado de nuestra investigación, E. SCHMIDT considera que admitir error sobre el tipo excluyente del dolo en estos casos ha de conducir a privilegiar absurdamente la desconsideración. Esta cuestión del error, «tal vez la más difícil en toda la problemática de los delitos de omisión», trata de resolverla E. SCHMIDT limitando el dolo a la producción del resultado y a la existencia del deber de garante —sólo a este respecto cabrá plantear un error sobre el tipo—, pero trata como error de prohibición al error sobre el «contenido del deber de garante, esto es, sobre la cuestión de lo que ha de hacer el garante para actuar irreprochablemente en la dirección de evitar el resultado». De este modo se evitan de hecho los más crasos desaciertos de la doctrina tradicional relativa al dolo de omitir, y en concreto se resuelven satisfactoriamente los supuestos en que no se reflexiona sobre las posibilidades de salvación existentes. Pero al mismo tiempo se pone de manifiesto que no cabe abordar el aspecto subjetivo del delito omisivo con las categorías «dolo» y «error de prohibición» [246]. En efecto, quedan supuestos en los que el resultado es demasiado indulgente o demasiado riguroso: si el dolo ha de referirse a la «existencia del deber de garante», queda impune (o si acaso puede verse castigado por imprudencia) el garante que no actualiza en la consciencia su obligación, aun habiéndose dado cuenta de que existía riesgo de lesión de bien jurídico y de las circunstancias fundamentadoras de su deber de garante [247]. Vicever-

[245] Actas de las sesiones del Pleno de la Comisión de Derecho Penal, t. 2, Parte General, pp. 270 ss.

[246] No es éste el lugar de abordar la cuestión previa de si, en el sentido de E. SCHMIDT, cabe distinguir entre la existencia del deber de garante y su contenido; ya hemos visto que el propio deber de garante no puede aparecer en la estructura del delito de omisión impropia. La concepción de SCHMIDT se basa en la «solución del tipo» antes rechazada, que convierte al deber de garante en elemento del tipo; *cfr. supra*, pp. 260 ss.

[247] Acertadamente ahora MAURACH (*Lehrbuch*, 1, 2.ª ed., pp. 469 y 482): «Constituiría un privilegio insoportable a favor del asocial que el autor por omisión que, a pesar de percibir con claridad la situación, no obstante no se siente aludido por el deber de obrar, pudiera beneficiarse del § 59,1

sa, si el garante se ha esforzado en serio por hallar una posibilidad de salvación, pero, por error evitable, no ha advertido la vía de salvación adecuada, para la concepción de E. SCHMIDT habría que calificar aquí de error de prohibición evitable y castigar por «omisión dolosa» [248]. Es más, si el garante se imagina una posibilidad de intervenir no existente en realidad, según E. SCHMIDT habría que calificar de error de prohibición inverso, esto es, de delito putativo. Por el contrario, de la presente investigación resulta que se trata de la omisión de una tentativa inidónea —punible según los principios de la tentativa— de evitar el resultado [249].

Tampoco en el delito de omisión impropia cabe hablar de «decisión de omitir», de «voluntad de omitir» o de omisión consciente; más bien, en el aspecto subjetivo se requiere el conocimiento de la situación típica, es decir, la representación de la lesión del bien jurídico que amenaza producirse y de las circunstancias fundamentadoras de la posición de garante; por lo demás, basta la cognoscibilidad de la vía de salvación para admitir un delito omisivo cuasi-doloso en aquel que no interviene en absoluto. Si el garante no se ha dado cuenta de la posibilidad de salvación que le era cognoscible, pero al menos ha buscado medios de salvación o emprendido una vía de salvación inadecuada, sólo cabe plantearse la imprudencia. *No se trata de si el omitente ha tomado una decisión de omitir* —ello sólo cabría planteárselo en un sentido totalmente distinto al del delito comisivo [250]—, *sino de si el garante capaz de acción ha adoptado (y puesto en práctica), o no, una decisión de actuar para evitar el resultado*. De no haberlo hecho, se da una omisión impropia cuasi-dolosa [251].

Verifiquemos una vez más el resultado al hilo de un ejemplo concreto [252]:

A y B, trabajadores de una tahona, están riñendo (a causa de una denuncia penal contra A). Inesperadamente, A asesta un golpe a B, como consecuencia (no pretendida por A) del cual B cae en una cuba llena de masa de la máquina de amasar, que está en marcha; allí, lo aplasta una pala contra la masa, sumergiéndolo en ella, donde perece asfixiado. A podría detener la máquina aún en un momento en que la posición de la cuba, y de la pala, permitiría sacar a B; asimismo, A podría darse cuenta de que existe esa vía para salvar a B. Pero como está conforme con el curso de los acontecimientos, ni siquiera se le pasa por la cabeza una acción de salvación, ni mucho menos piensa en un deber de evitar el resultado.

StGB [regulación del error sobre el tipo]». Coinciden en particular WELZEL, *Strafrecht*, pp. 184 ss.; BUSCH, *Mezger-Festschrift*, pp. 178 ss.; BÖRKER, *JR*, 56, p. 87; GALLAS, *ZStW*, 67, p. 43; LANG-HINRICHSEN, *JZ*, 53, p. 365; BGH, en *LM*, núm. 10, introd. a § 47.

[248] *Cfr. supra*, pp. 163 ss.

[249] *Vid. supra*, pp. 231 ss.

[250] *Cfr. supra*, en torno a nota 217.

[251] Acerca del concepto «cuasi-doloso» *vid. supra*, pp. 131, en torno a nota 76, y 135.

[252] El caso se ha tomado —un poco modificado y precisado— de OGHS, t. I, pp. 357 ss. Cfr. al respecto el caso del dueño del bar *supra*, p. 132.

CAPÍTULO QUINTO

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

A

El Derecho resuelve su tarea de regular y configurar la convivencia humana dirigiendo requerimientos a los miembros de la comunidad jurídica [1]. *Lo* único *que* pueden exigir los mandatos y las prohibiciones se deriva del análisis antropológico de la capacidad específicamente humana de llevar a cabo acciones: las prohibiciones vedan y los mandatos promueven acciones *finales* [2]. Del mandato (abstracto) se desprende un deber (concreto) para aquel que es capaz de llevar a cabo la acción prescrita [3]. Infringe su deber quien, a pesar de esta capacidad, no obra.

Así pues, «capaz de acción» es aquel que está en condiciones de dirigir un acto final; la capacidad de acción es «finalidad potencial» (poder fáctico final potencial). «Omitir» significa, pues, algo más que la negación de una determinada acción (final) [4]; sólo la ausencia de una realización para la que el que permaneció inactivo es *capaz* puede concebirse como «omisión» [5].

De este modo, la capacidad de acción, esto es, un criterio *positivo*, se convierte en decisiva para el contenido del concepto de omisión. Ésta se orienta a la estructura de la acción: la capacidad de acción requiere no sólo la «posibilidad física» de obrar [6], sino también la capacidad de dirección final del acto [7]. Por eso requiere, como «base cognoscitiva», que el fin, el objeto de los efectos de la acción, sea conocido: tal es el «conoci-

---

[1] Pp. 40 ss.
[2] Pp. 25 ss. y 39 ss.
[3] Pp. 29 ss.
[4] Pp. 45 ss.
[5] Pp. 47 ss., 55 y 68.
[6] Pp. 55 y 118 ss.
[7] Pp. 56 ss. y 120 ss.

Aquí, la cuestión de si ha de recurrirse al marco penal del asesinato (!) o del homicidio imprudente depende de los requisitos que se establezcan para el aspecto subjetivo del delito de omisión impropia. La doctrina dominante tendría, para ser consecuente, que negar el «dolo de omitir», pues A no se ha representado la *posibilidad* de salvación de B, no habiendo pensado ni siquiera en la *acción* de salvación (omitida). Resulta obvio el privilegio para la iniquidad. Por el contrario, la doctrina dominante castigaría como asesinato por omisión, si A hubiera pensado en la posibilidad de salvación, pero no se hubiera decidido entonces a actuar. Si de establecer diferencia de contenido valorativo entre ambos supuestos se trata, ello tendría que ser en detrimento de aquel que ni siquiera se plantea la realización de su deber.

Desde el punto de vista que aquí se defiende, la solución de este supuesto no presenta dificultad alguna: A es plenamente capaz de realizar la acción de salvación, ya que conoce el resultado que amenaza producirse y las circunstancias que le convierten en garante, así como puede advertir la concreta vía de salvación; como, además, no pone en práctica ninguna actuación tendente a evitar el resultado, ha de calificarse como omisión impropia cuasi-dolosa [253].

[253] Acerca de la cuestión de la cualificaciones del asesinato, *vid. supra*, en torno a nota 206.

miento de la situación típica» [8]. Asimismo, se necesita al menos la cognoscibilidad de la vía por la que se puede alcanzar el fin trazado; la capacidad de darse cuenta de los medios del hecho, de elegirlos y emplearlos [9].

Por el contrario, no son propias de la omisión ni la causalidad ni la finalidad humana. Bien es verdad que una no modificación de la realidad, un determinado no hacer, puede ser eslabón de una cadena causal [10]. Pero la persona no es causal de su no obrar, puesto que cabe suprimir mentalmente al omitente sin que decaiga su no obrar [11]. Se resuelve así una polémica que durante demasiado tiempo ha venido ocupando a la doctrina. Si, por tanto, a la omisión le falta la causalidad humana, es asimismo inconcebible el omitir final. La estructura final se basa en la causalidad, consistiendo en la supradeterminación del proceso causal [12]. No hay voluntad de realización, ni finalidad, ni dolo, dirigidos a omitir [13]. Lo que suele entenderse por omisión «querida» en realidad es una omisión consciente, una omisión con consciencia de poder obrar [14]. Sin embargo, existe igualmente la omisión inconsciente —esto es, la omisión conociendo el fin de la acción, pero sin conocimiento de la capacidad de acción con que se cuenta— [15] (y es igualmente merecedora de punición).

Sólo con la capacidad de acción recibe el concepto de omisión perfiles nítidos y una referencia a una cualidad específicamente humana: la capacidad de dirección final. La omisión es un fenómeno *pre*jurídico, que no nace del ordenamiento jurídico ni de otras «expectativas» [16]. Análogamente al «concepto final de acción», este concepto de omisión pone de manifiesto sus frutos ya en la solución de la cuestión vivamente debatida de si, y cuándo, cabe configurar un concepto genérico que abarque el obrar y el omitir: la capacidad de acción no sólo es criterio de la omisión, sino que se encuentra en toda acción; quien obra, por eso mismo revela su capacidad de obrar [17]. Con la capacidad de acción como elemento *común*, en el «*comportamiento*» cabe llegar al concepto genérico que abarca los dos modos en que la persona puede reaccionar ante su entorno: aprovechando su capacidad de acción (obrar) o no (omitir) [18].

---

[8] Pp. 60 ss. y 121 ss.
[9] Pp. 61 ss. y 127 ss.
[10] Pp. 77 ss. y 212 ss.
[11] Pp. 79 ss.
[12] P. 85.
[13] Pp. 87 ss., 102, 126 ss., 163 ss. y 313 ss.
[14] Pp. 94 ss.
[15] Pp. 96 ss.
[16] Pp. 68 ss.
[17] Pp. 98 ss.
[18] Pp. 99 ss.

B

Sobre esta base dogmática ha de desarrollarse la doctrina de los delitos de omisión. *Esta doctrina de la omisión rige indistintamente tanto para los delitos de omisión propia como para los de omisión impropia* [19]. Y ello porque la omisión impropia no sólo es, por su estructura óntica, un caso de omisión genuina, sino porque por su naturaleza dogmática no es un caso particular del delito comisivo. No cabe mantener ninguna de las construcciones doctrinales que intentaron integrar el delito de omisión impropia entre los comisivos [20]. En especial, fracasa la solución del tipo, hoy dominante, de NAGLER, a tenor de la cual la posición de garante sería un elemento implícito, innominado, del tipo comisivo. En efecto, si la omisión impropia ha de mostrar un elemento adicional para ser típica, entonces el tipo en cuestión precisamente es uno distinto, y no el del delito comisivo: un tipo de mandato de garante, que se *encuentra, autónomamente*, junto al correspondiente delito comisivo [21]. En este «tipo de mandato» se encuadraría asimismo la llamada «complicidad», que por su estructura dogmática no es un supuesto de participación en el delito comisivo [22]. No es posible cometer «por omisión» un delito comisivo, como tampoco hay delito «omisivo por comisión» [23].

De este modo se exonera a la omisión impropia del estigma de ser inauténtica o impropia por partida doble. Sólo cabe calificar de «impropia» esta infracción del mandato de garante en la medida en que no está tipificada por la ley y su concepción y delimitación sigue siendo, así, político-criminalmente difícil y problemática desde la perspectiva del principio de legalidad [24]. Por el contrario, la distinción (tan apreciada) entre «mandatos de actividad», por una parte, y «deberes de evitar el resultado» por otra, no proporciona criterios para distinguir los dos grupos de delitos de omisión, puesto que hay casos de delitos de omisión propia basados en mandatos de evitar el resultado [25]. Sólo tras dejar de lado los intentos doctrinales de construcción en torno a los delitos de omisión impropia, surge con toda claridad la tarea que se le plantea a doctrina y jurisprudencia: en análisis concretos, ha de desarrollarse la Parte Especial de las omisiones de garante y han de colmarse las lagunas dejadas por la ley [26].

---

[19] Pp. 281 ss. y 308 ss.
[20] Pp. 251 ss.
[21] Pp. 260 ss. y 279 ss.
[22] Pp. 297 ss.
[23] Pp. 207 ss.
[24] P. 284.
[25] Pp. 217 ss. y 282.
[26] Pp. 289 ss. y 293 ss.

Para la imprudencia, no ha de demostrarse la *causación involuntaria* del resultado, sino la actividad del capaz de acción que no ha conseguido la *evitación pretendida* del resultado [34]. No es el «elemento omisivo» el que desempeña algún papel en la imprudencia por omisión, sino el «elemento *comisivo*» [35].

No es la «autoría mediata *por* omisión» lo que importa, sino la omisión de llevar a cabo *como* autor mediato la acción prescrita [36].

No hay «*complicidad en (auxilio a) la omisión*», sino *omisión del auxilio (la complicidad)* para que un tercero cumpla el mandato [37].

No es la «*inducción a omitir*» lo relevante, sino más bien la *omisión de inducir al cumplimiento del mandato* por parte de otro [38]. Lo que la doctrina dominante llama «inducción a la omisión» es en realidad una *disuasión de la acción prescrita*, supuesto de comisión punible como autoría comisiva [39].

Lo relevante no es la «*tentativa de omisión*» [40], sino la *omisión de la tentativa* de llevar a cabo la acción prescrita, pese a contar con la capacidad para ese intento [41].

No son los tipos que tipifican la *omisión intentada* los que hacen las veces de tipos de tentativa, sino los tipos que prevén la pena completa para la *omisión del intento* de cumplir el mandato, como p. ej. los §§ 330 c y 257 StGB («encubrimiento por omisión») [42].

También en la manera de intervenir las causas de justificación surte efectos la idea de la inversión [43].

Para la reprochabilidad influye la inversión —también según la doctrina tradicional— ya en que en el delito de omisión el deber de obrar es punto de referencia para el conocimiento y la cognoscibilidad del deber jurídico y para la capacidad de motivarse conforme a deber [44]. También aquí se reafirma la «teoría de la culpabilidad» [45]. La evitabilidad del error sobre el deber jurídico no puede basarse en la supuesta infracción de otro «deber» (de informarse, de verificar o análogo) [46]. Hay que rechazar la

[34] Pp. 130 ss., 138 y 184 ss.
[35] Pp. 193 ss.
[36] Pp. 198 ss. y 203.
[37] Pp. 198 ss. y 203 ss.
[38] Pp. 198 ss. y 204.
[39] Pp. 204 ss. y 207 ss.
[40] Pp. 221 ss.
[41] Pp. 231 ss. y 62 ss.
[42] Pp. 240 ss. y 309, nota 230.
[43] Pp. 150 ss.
[44] Pp. 153 ss.
[45] Pp. 155 ss.
[46] Pp. 160 ss.

C

La doctrina del delito de omisión —tanto propia como impropia— se basa en el concepto de omisión, al igual que el delito de comisión lo hace en el concepto de acción. El criterio determinante de la omisión, la capacidad de acción, asume por ello una posición central en la doctrina [27]; los elementos de la omisión, en particular los requisitos de la capacidad de acción, trazan a grandes rasgos el perfil del tipo de mandato [28]. A partir de aquí han de conducirse todos los problemas doctrinales a resultados cuya corrección material pueda demostrarse inductivamente. No es éste el lugar de profundizar en tales consideraciones. En vez de ello, hay que volver a resaltar lo que aparece como común denominador de todas las soluciones doctrinales [29]:

A acción y omisión les es común, como elemento positivo, la capacidad de acción. Sin embargo, en lo demás, la omisión se invierte con respecto a la acción: la ausencia de materialización de la acción es esencial para la omisión. En términos normativos: el mandato requiere una acción, la prohibición prohibe omitir una acción; tanto el deber de obrar como el de omitir presuponen la capacidad de acción. Esta relación de inversión lógica, arraigada en la estructura óntica, permite *la adecuada trasposición de la doctrina del delito comisivo al omisivo*. Referido a la homogeneidad de la función dogmática, este principio de inversión reza así [30]:

La misma función dogmática que en el delito comisivo, en el omisivo presupone que, con relación a la acción prescrita, se dé la estructura inversa que en la acción prohibida. De donde se deduce, por ejemplo:

No existe «*realización de la omisión*», sino *omisión de la realización* de la acción prescrita, a pesar de contar con la capacidad para ello [31].

No es relevante la «*decisión* («dolo») *de omitir*», sino más bien la *ausencia de la decisión de la acción prescrita*, a pesar de existir capacidad de decidirse a esta acción [32].

No es la ignorancia de elementos *objetivos* de la *omisión* lo que constituye el error sobre el tipo, sino que el sentido del § 59 I StGB requiere la *suposición* errónea de que se obra adecuadamente en dirección a *evitar el resultado* (obrar con «tendencia a evitar el resultado») [33].

---

[27] Pp. 101 ss. y 232.
[28] Pp. 113 ss.
[29] Pp. 102 ss.
[30] P. 103. El principio de inversión cabe formularlo también partiendo de la homogeneidad de los fenómenos; *vid.* p. 104.
[31] Pp. 313 ss.
[32] Pp. 126 ss., 138, 231 y 314 ss.
[33] Pp. 125 ss., 136 ss., 162 ss. y 184 ss.

incorporación de un escalón especial de la «responsabilidad por el hecho», situado entre la antijuricidad y la reprochabilidad [47]. La exigibilidad de la observancia del Derecho no es elemento constitutivo, ni condición previa del reproche de culpabilidad, sino problema de cuantificación de la culpabilidad [48]. Lo cual se pone de manifiesto precisamente en aquellos deberes de garante en los que está vedado invocar el llamado estado de necesidad exculpante [49].

D

1. Las consecuencias dogmáticas acabadas de esbozar condicionan también una estructura del delito omisivo divergente de la del delito comisivo. Ello se evidencia menos en el delito imprudente, cuya estructura también es especialmente discutida en el ámbito de la comisión [50]. En cambio, las divergencias se ponen especialmente de manifiesto en el delito de omisión cuasi-doloso, es decir, en aquel tipo de delito omisivo que, por aplicación del principio de inversión, se corresponde con el delito comisivo doloso [51]. Sin embargo, las diferencias estructurales se limitan a los elementos del tipo prescriptivo, que se articula en el mandato de evitar el resultado del modo siguiente [52]:

1. La situación típica (riesgo de producción del resultado; en el delito de omisión impropia, además: concurrencia de los requisitos de la posición de garante).
2. La ausencia de intento de evitar el resultado (ausencia de obrar con «tendencia a evitar el resultado»).
3. La capacidad de acción (capacidad de evitar el resultado):

a) el conocimiento de la situación típica;
b) la cognoscibilidad de la vía para materializar la evitación del resultado;
c) la posibilidad de realizar la decisión de obrar.

¡El deber de obrar no aparece en lugar alguno de la estructura del delito! [53]

2. Los resultados prácticos que se obtienen de esta estructura modificada están en total consonancia con el sentimiento jurídico, y ello es así en

[47] Pp. 170 ss.
[48] Pp. 167 ss.
[49] Pp. 166 ss.
[50] Pp. 181 ss.
[51] Acerca del concepto «cuasi-doloso», *vid. supra*, p. 131, en torno a nota 76, y pp. 136 y 142.
[52] P. 134; para la estructura típica del omitir la *tentativa* de cumplir el mandato, *vid. supra*, p. 248.
[53] Pp. 142 ss. y 311 ss.

particular en el aspecto en que se evidencia más nítidamente la divergencia con respecto a la doctrina tradicional: el rechazo del llamado «dolo de omitir» [54]. Este rechazo no sólo se deriva de consideraciones ontológicas y dogmáticas, sino forzosamente del propio sentimiento jurídico: aceptar el dolo de omitir conduce, entre otras cosas, a requerir la representación actual de la acción (omitida) y de la posibilidad de realizar la acción prescrita. Lo cual lleva por lógica a excluir el «dolo de omitir» en aquellos que por indiferencia, insensibilidad o porque están conformes con el curso de los acontecimientos, ni siquiera caen en la cuenta de su intervención o de la posibilidad de su intervención [55]. Tal resultado se puede evitar sin fricciones con la estructura del delito propugnada. Reflexionar sobre la posibilidad de intervenir constituye ya la primera pieza de la dirección final impuesta por el mandato al obligado [56].

E

De lege ferenda, sobre la base de los resultados de la investigación, han de plantearse tres exigencias (mínimas):

1. En la Parte General hay que evitar preceptos que prescriban forzosamente (o que tengan la necesaria consecuencia de) que se trasladen a los delitos de omisión las reglas desarrolladas para los delitos comisivos [57], ya que el delito de omisión no se deja tender en el lecho de Procusto de la dogmática de la comisión. El Derecho vigente satisface esta exigencia [58].

2. La regulación legal detallada de la parte hasta ahora tipificada de los delitos impropios de omisión sería cuando menos prematura; por ello, no cabe eliminar *de lege ferenda* las objeciones contra la falta de taxatividad. No obstante, ha de saludarse el intento de describir al menos de forma general las causas generadoras de los mandatos de evitación del resultado, pues al menos representa el progreso de aportar una *aclaración negativa*, de descartar lo que en ningún caso puede conducir a la equiparación con el delito comisivo [59]. Pero reglas en tal sentido *sólo* han de propugnarse *si* expresan nítidamente que, para la equivalencia con el delito comisivo, se requiere algo más que la infracción de uno de esos mandatos de evitación del resultado plasmados legalmente, ya que además han de concurrir criterios no codificables que justifican la equiparación en cuanto

[54] Pp. 84 ss., 102, 126 ss. y 313 ss.
[55] *Vid.*, en particular, los ejemplos en pp. 132, 163 ss. y 315.
[56] Pp. 131 ss.
[57] P. 140.
[58] Pp. 138 ss.
[59] P. 288 hasta (y en) nota 195.

BIBLIOGRAFÍA

Los libros se citan con el título abreviado, los artículos por la publicación en que aparecen. El Tratado de la Parte General (*Lehrbuch* I) de MAURACH, si no se indica otra cosa, se cita por la 1.ª edición; allí donde, en el curso de la impresión, pudo utilizarse la 2.ª ed. se indica expresamente.

ALDOSSER, *Inwiefern können durch Unterlassungen strafbarehandlungen begangenwerden?*, Munich, 1882.

ALLFELD, Philipp, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Leipzig, 1934.

BAR, Ludwig von, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. I, Berlín, 1906; t. II, Berlín, 1907; t. VII, Berlín, 1909.

BAUMGARTEN, Arthur, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Tubinga, 1913.

— *Notstand und Notwehr*, Tubinga, 1911.

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906.

— *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., Tubinga, 1930.

BETTIOL, *Il Problema penale*, 1948.

BIERLING, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, t. II, Tubinga, 1905.

BINDING, Karl, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, *Strafrecht*, Munich y Leipzig, 1915.

— *Grundriß des deutschen Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., Leipzig, 1907.

— *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, t. I, 2.ª ed., Leipzig, 1902; t. II, 2.ª parte, Leipzig, 1905.

— *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, *Normen und Strafgesetze*, 1.ª ed., Leipzig, 1872; 2.ª ed., Leipzig, 1890; t. II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*, 1.ª ed., Leipzig, 1877; 2.ª ed., 1.ª y 2.ª parte, Leipzig, 1914-1916; t. III, *Der Irrtum*, Leipzig, 1918; t. IV, *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919.

— *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919.

BOCKELMANN, Paul, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Gotinga, 1957.

BÖHM, Alexander, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei. den unechten Unterlassungsdelikten*, tesis doctoral, Franfurt, 1957.

BÖRKER, Rudolf, «Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechspflicht zum Handeln», en *Juristische Rundschau*, 1956, pp. 87 ss.

BOLDT, Gottfried, «Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre ven der Fahrlässigkeit, in kommenden Recht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 55, pp. 44 ss.

a punibilidad precisamente en el caso particular y con respecto a la concreta lesión de bien jurídico: la relación de garantía especial [50].

3. Debería preverse expresamente la atenuación facultativa de la pena para que el garante omitente hasta el límite inferior de la pena correspondiente al cómplice activo [51].

[50] Pp. 290 ss.
[51] Pp. 306 ss.

— «Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 68, pp. 335 ss.
BRUNS, Hans-*Jürgen*, *Die Befreiung*, des *Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlín, 1938, pp. 414 ss.
— *Der untaugliche Täter im Strafrecht. Juristische Studiengesellschaft*, col. n.° 17, Karlsruhe, 1955.
— «Wann beginnt die Verfolgungsverjährung beim unbewußt fahrlässigen Erfolgsdelikt?», en *Neue JuristischeWochenschrift*, 1958, pp. 1257 ss.
BURI, Maximilian von, «Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung», en *Der Gerichtssaal*, t. 21, pp. 189 ss.
— «Vorstellung und Wille», en *Der Gerichtssaal*, t. 43, pp. 241 ss.
— «I. Willensfreiheit. II. Unterlassung. III. Causalität und Theilnahme», en *Der Gerichtssaal*, t. 56, pp. 418 ss.
BUSCH, Richard, «Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum», en *Festschrift für Edmund Mezger*, Munich y Berlín, 1954, pp. 165 ss.
CAMBAS, Andronikos, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral, Zúrich, 1928.
CLEMENS, Otto, *Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Strafrechtliche Abhandlungen*, n.° 149, Breslau, 1912.
COSSÍO, Carlos, «Norm, Recht und Philosophie», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. I, Viena, 1948, pp. 227 ss. y 466 ss.
DAHM, Georg, «Bemerkungen zum Unterlassungsproblem», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 59, pp. 133 ss.
DALL'ORA, Alberto, *Condotta ommissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milán, 1950.
DOHNA, Alexander Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.ª ed., Bonn, 1947.
— «Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 27, pp. 329 ss.
DREHER, Eduard, «Die vierte Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission Bericht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 67, pp. 428 ss.
— «Die sechste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission Bericht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 68, pp. 71 ss.
— «Das neue Wehrstrafrecht», en *Juristenzeitung*, 1955, pp. 393 ss.
DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., Munich y Berlín, 1956.
DROST, Heinrich, «Der Aufbau der Unterlassungsdelikte», en *Der Gerichtssaal*, t. 109, pp. 1 ss.
ENGELMANN, *Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld*, 1926.
ENGISCH, Karl, «Der Arzt im Strafrecht (Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch von Eb. Schmidt)», en *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1939, pp. 414 ss.
— «Gerhart Husserl. Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht» (recensión), en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1933, pp. 237 ss.
— «Die finale Handlungsbegriff», en *Probleme der Strafrechtserneuerung (Kohlrausch-Festschrift)*, Berlín, 1944, pp. 141 ss.
— *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Phil.-histor. Klasse*, año 1953, 1.er artículo, Heidelberg.

— *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tubinga, 1931.
— *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlín, 1930.
— «Die normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht», en *Festschrift für Edmund Mezger*, Munich y Berlín, 1954, pp. 127 ss.
— *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1950.
— «Werner Maihofer. Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem» (recensión), en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, pp. 135 ss.
— *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956.

EXNER, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig y Viena, 1910.

FEUERBACH, Alselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 9.ª ed., Giessen, 1826.

FINGER, August, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, Berlín, 1904.
— «Strafrecht», en *Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung*, ed. por Rudolph STAMMLER, Berlín, 1931-1935.

FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Munich, 1911.

FRANK, Reinhard von, «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen*, Giessen, 1907, pp. 519 ss.
— *Das Strafrgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª ed., Tubinga, 1931.

FRANTA, Rudolf, *Die Unterlassungsdelikte nach alter und neuer Rechtsauffasung*, tesis doctoral, Munich, 1938.

GALLAS, Wilhelm, «Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht», en *Deutsche Landesreferate zum IV. Internationales Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954*, Düsseldorf, 1955, pp. 344 ss.
— «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechem», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 67, pp. 1 ss.
— «Urteilsanmerkung», en *Juristenzeitung*, 1952, pp. 371 ss.
— «Täterschaft und Teilnahme», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. 1, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954.

GEIB, Gustav, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. II, *System. Allgemeine Lehren*, Leipzig, 1862.

GEISLER, Heinrich, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral, Breslau, 1930.

GENTZSCH, Kurt Wilhelm, *Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung im Strafrecht*, tesis doctoral, Franfurt, p. 1928 ss.

GEORGAKIS, Jannis, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, n.º 114, Leipzig, 1938.

GERLAND, Heinrich B., *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.ª ed., Berlín y Leipzig, 1932.

GERMANN, Oskar Adolf, *Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, tesis doctoral, Zúrich, Aargau, 1914.
— *Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 1.ª entrega, Zúrich, 1953.

GESSLER, Th., *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, Tubinga, 1860.

GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*, t. 1, Viena, 1858.

GREBE, Hans Clemens, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den sog. Unterlassungsdelikten*, t. 70 del Archivo de la Universidad, t. 12 del Departamento *Münster*.

KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1917.
KÖSTLIN, C. Reinhold, *System des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Tubinga, 1855.
KOHLER, Josef, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1912.
KOHLRAUSCH, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1.ª parte, Berlín, 1903.
KOLLMANN, Horst, «Der Begriff des kommissiven Unterlassens», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 29, pp. 372 ss.
— *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem. Strafrechtliche Abhandlungen*, n.º 91, Breslau, 1908.
KORMANN, Karl, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910.
KRUG, August Otto, *Abhandlungen*, Leipzig, 1855. Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen, Secc. IV.
KUNERT, Karl-Heinz, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Berlín, 1958.
LANDSBERG, Ernst, *Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im Deutschen Strafrecht*, Friburgo, 1890.
LANGE, Richard, «Hans Welzel, Das Neue Bild des Strafrechtssystems» (recensión), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 65, pp. 58 ss.
— *Strafgesetzbuch* (fundado por Eduard KOHLRAUSCH), 41.ª ed., Berlín.
— «Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil» (recensión), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 68, pp. 604 ss.
LANG-HINRICHSEN, «Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes», en *Juristenzeitung*, 1953, pp. 362 ss.
LISZT, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., Berlín y Leipzig, 1884; 21.ª y 22.ª eds., Berlín y Leipzig, 1919.
LUDEN, Heinrich, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*, tt. I y II, Gotinga, 1836-1840.
MAIHOFER, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tubinga, 1953.
MAURACH, Reinhart, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbattel y Hannover, 1948.
— *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein lehrbuch*, Karlsruhe, 1954.
— *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1956.
MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart y Colonia, 1953.
— «Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1.er tomo, Bonn, 1954.
MAYER, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, Heidelberg, 1923.
MEISTER, Hans Georg, «Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt», en *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1953, pp. 649 ss.
MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.
MEZGER, Edmund, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 8.ª ed., 1913.
— *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.ª ed. no modificada, Berlín y Munich, 1950.
— *Strafrecht. Ein Studienbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Munich y Berlín, 1958.
— *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín y Munich, 1950.

GRÜNWALD, Gerald, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral, Gotinga, 1957.
HAAS, Otto, *Die unerlaubte Unterlassung*, tesis doctoral, Würzburg, 1933.
HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. I, Bonn, 1881.
HAFTER, Ernst, *Jahrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berna, 1946.
HARDWIG, Werner, «Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum», en *Goltdammer's Archiv*., 1956, pp. 369 ss.
HARTMANN, Nicolai, *Ethik*, 3.ª ed., Berlín, 1949.
— *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 2.ª ed., Glan, 1949.
HARTUNG, Fritz, «Begünstigung und Hehlerei, Abhängigkeit von der Vortat», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1949, pp. 324 ss.
HEGLER, A., «Die Merkmale des Verbrechens», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 36, pp. 19 ss.
HEIMBERGER, Heinrich, *Strafrecht*, Berlín y Viena, 1931.
HEINITZ, Ernst, «Streitfragen der Versuchslehre», en *Juristische Rundschau*, 1956, pp. 2481 ss.
HENKEL, Heinrich, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Festschrift für Edmund Mezger*, Munich y Berlín, 1954, pp. 249 ss.
HIPPEL, Robert von, *Deutsches Strafrecht*, t. II, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Berlín, 1930.
HIRSCH, Hans Joachim, *Kritik der Lehre von den negativen tatbestandsmerkmalen*, tesis doctoral, Bonn (en prensa).
HÖPFNER, W., «Zur Lehre vom Ungterlasungsdelikte», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 36, pp. 103 ss.
HONIG, Richard, *Die Entwicklung des Unterlassungsdelikts vom Römischen Recht bis zum Gemeinen Recht*, Leipzig, 1932.
— «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, Tubinga, 1930, pp. 174 ss.
HUSSERL, Gerhart, *Negativeds Sollen im Bürgerliches Recht*, Breslau, 1931.
JAGUSCH, Heinrich, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I (§§ 1-46, 52-58, 60-109 a, 146-152), 8.ª ed., Berlín, 1957.
JESCHECK, «Comentario jurisprudencial», en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1955, pp. 562 ss.
KADECKA, Ferdinand, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 59, pp. 1 ss.
KANTOROWICZ, Hermann, *Tat und Schuld*, Zurich y Leipzig, 1933.
KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Gotinga, 1954.
— «Tatbestandeinschränkung und Rechtfertigung», en *Juristenzeitung*, 1955, pp. 37 ss.
KAUFMANN, Felix, *Logik und Wissenschaft*, Tubinga, 1922.
KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatslehre*, Tubinga, 1911.
KERN, Eduard, «Grade der Rechtswidrigkeit», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 64, pp. 255 ss.
KIELWEIN, Gerhart, «Unterlassung und Teilnahme», en *Goltdammer's Archiv*, 1955, pp. 225 ss.
KISSIN, Siegfried, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei der Unterlassungsdelikten. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. Strafrechtliche Abhandlungen*, n.º 317, Breslau, 1933.

— «Die Straftat als Ganzu», en *Zeitschrift far die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 57, pp. 675 ss.

MITTASCH, Helmut, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik. Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, serie 4.ª, t. 4.º, n.º 3.º, Berlín, 1939.

NAGLER, Joahnnes, *Reichsstrafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I (§§ 1-152), 6.ª ed., Berlín, 1944; t. II (§§ 153-370), 6.ª y 7.ª eds., Berlín, 1951.

NAGLER, Joahnnes, «Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», en *Der Gerichtsaal*, t. 111, pp. 1 ss.

NAWIASKY, Hans, *Allgemeine Rechtgslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2.ª ed., Einsiedeln, 1948.

NIETHAMMER, Emil, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, Tubinga, 1950.

NIESE, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tubinga, 1951.

— «Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht», en *Juristenzeitung*, 1956, pp. 457 ss.

NOWAKOWSKI, Friedrich, *Das Österreichische Recht in seinen Grundügen*, Graz-Viena-Colonia, 1955.

OLSHAUSEN, Justus von, *Kommmentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, con la colaboración de LORENZ, GREISLEBEN, NIETHAMMER y otros, 12.ª ed., Berlín, 1942-1944.

OPPENHOF-DELIUS, *Das Strafgesetzbuch*, 14.ª ed., Berlín, 1901.

ORTMANN, Rudolf, «Über die Begehung des Verbrechen durch Unterlassung», en *Der Gerichtssaal*, t. 26, pp. 439 ss.

OVERBECK, Alfred barón von, «Unterlassung durch Begehung», en *Der Geritssaal*, t. 88, pp. 319 ss.

PAUL, Egbert, *Wichtige Einzelfragen aus der Verbrechenslehre unter besonderer Berücksichtigung des finalistischen Systems*, tesis doctoral, Maguncia, 1953 (multicopista).

RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlín, 1904.

REDSLOB, Robert, *Die kriminelle Unterlassung. Strafrechtliche Abhandlungen*, n.º 70, Breslau, 1906.

RICHTER, Johannes, *Die strafrechtliche Bedeutung der Rechtspflicht zum Handeln*, tesis doctoral, Gotinga, 1921.

RITTLER, Theodor, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Viena, 1954.

ROEDER, Hermann, «Zur Lehre vom "negativen Betrug"», en *Deutsches Strafrecht*, nueva serie, t. 7.º, pp. 7 ss.

ROHDE, Adolf, *Die Natur des echten Unterlassungsdelikts*, Leipzig, 1913.

ROHDE, Hans, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. II (§ 330 c), 6.ª y 7.ª eds., Berlín, 1951.

ROHLAND, Woldemar von, *Die Kausallehre des Strafrechts*, Leipzig, 1903.

SAUER, Wilhelm, «Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung», en *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, Tubinga, 1930, pp. 202 ss.

— *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.ª ed., Berlín, 1955.

— «Die beiden Tatbestandsbegriffe - Zur Lehre von den Strafbarkeitsvoraussetzungen», en *Festschrift für Edmund Mezger*, Munich y Berlín, 1954, pp. 117 ss.

— «Das Unterlassungsdelikt. Seine Stellung im Gefährdungs- und in Willensstrafrecht», en *Der Gerichtssaal*, t. 114, pp. 279 ss.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Die Behandlung der Schuldarten im ausländischen Strafrecht seit 1908*, tesis doctoral, Gotinga-Breslau, 1928.
— «Der Irrtum bei der dar Wahrnehmung berechtigter Interessen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951, pp. 691 ss.
— «Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre», en *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1951, pp. 196 ss.
— «Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts», en *Festschrift für Graf W. Gleispach*, Berlín y Leipzig, 1936, pp. 70 ss.
SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Fluchtverbot und Anzeigegebot bei Verkehrsunfällen», en *Juristenzeitung*, 1955, pp. 433 ss.
SCHMIDT, Eberhard, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939.
— «Arzt im Strafrecht», en Albert PONSOLD, *Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin*, Stuttgart, 1950.
— «Behandlungspflicht und Nothilfepflicht des Arztes», en *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtswissenschaft*, t. 51, pp. 690 ss.
— *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (iniciado por Franz v. LISZT), t. I, 26.ª ed., Berlín y Leipzig, 1932.
— *Das Strafrechtspraktikum*, 3.ª ed., Gotinga, 1949.
SCHMIDT, Richard, *Grundriß des Deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., Leipzig, 1931.
SCHRÖDER, Horst, «Die Irrtumsrechtsprechung des BGH», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 65, pp. 178 ss.
— *Strafgesetzbuch. Kommentar* (fundado por Adolf SCHÖNKE), 8.ª ed., Munich y Berlín, 1957.
SCHWALBACH, «Zur Lehre von echten Unterlasungsdelicten», en *Der Gerichtssaal*, t. 31, pp. 603 ss.
SCHWARZ, Otto, *Strafgesetzbuch, Kurz-Kommentar*, 21.ª ed., Munich y Berlín, 1958.
SCHWEIKERT, Heinrich, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, t. 9, Karlsruhe, 1957.
SCHWINGE, Erich, *Militärstrafgesetzbuch*, 6.ª ed., Berlín, 1944.
SEIBERT, Claus, «Gedanken zur Unfallflucht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, p. 1428
SOMLÓ, Felix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917.
SPANGENBERG, «Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit», en *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. IV, pp. 224 ss.
SPENDEL, Günter, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948.
STORSBERG, Günther, *Der gegenwärtige Umfang dar Nothilfepflicht im Strafgesetzbuch*, tesis doctoral inédita, Gotinga, 1952.
STRATENWERTH, Günter, «Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"», en *Recht und Staat*, n.º 294, Tubinga, 1957.
— *Verantwortung und Gehorsam*, Tubinga, 1958.
STÜBEL, Ch. K., *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresde, 1828.
STURM, August, *Die strafbaren Unterlassungen, insbesondere die fahrlässigen Unterlassungen der Ärzte, Heilkünstler, gewerbsmässigen Gesundheter und Kurpfuscher*, Berlín, 1905.
TAMMELO, Ilmar, *Untersuchungen zum Wesen der Rechtsonorm*, Heidelberg, 1947.

— *Verbotenes Verhalten*, Viena y Leipzig, 1923.
ZACHARIÄ, H. A., *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1.ª parte, Gotinga, 1836.
ZIMMERL, Leopold, *Aufbau des Strafrechtssystem*, Tubinga, 1930.
ZIMMERMANN, Theo, «Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte», en *Juristische Wochenschrift*, 1952, pp. 1321 ss.

TESAR, Otto, «Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 32, pp. 379 ss.
THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878.
TRAEGER, Ludwig, «Das Problem der Unterlassungsdelikte in Straf- und Zivilrecht», separata del *Festgabe für Enneccerus*, Marburgo, 1913.
VOCKE, Gottfried, «Problemreste der Unterlassungskausalität und ihre Lösung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 51, pp. 690 ss.
VOGT, Alfons, «Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 63, pp. 380 ss.
WACHENFELD, Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Munich, 1914.
WAECHTER, Carl Georg von, *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht. Einleitung und Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1857.
WALZ, G. A., *Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns*, Stuttgart, 1928.
WARDA, Heinz Günter, *Dei Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlín, 1955.
WEBER, Hellmuth von, «Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände» (recensión), en *Der Gerichtssaal*, 101, pp. 456 ss.
— *Die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*, n.º 73 de las *Kriegsvortäge der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, Bonn, 1943.
— *Grundriß des Strafrechts*, 2.ª ed., Bonn, 1948.
— *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.
— *Das Notstandproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, n.º 12, Leipzig, 1925.
— «Die Pflichtenkollision im Strafrecht», en *Festschrift für Wilhelm Kiesselbach*, Hamburgo, 1947, pp. 233 ss.
WEGNER, Arthur, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Gotinga, 1951.
WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssytems*, 3.ª ed., Gotinga, 1957.
— «Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, pp. 327 ss.
— *Um die finale Handlungslehre*, Tubinga, 1949.
— *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Berlín-Maguncia, 1935.
— *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Gotinga, 1951.
— «Naturrecht und Rechtspositivismus», en *Festschrift für Hans Niedermeyer*, Gotinga, 1953.
— «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legistatorisches Problem», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 67, pp. 196 ss.
— *Das deutsche Strafrecht*, 2.ª ed., Berlín, 1949; 3.ª ed., Berlín, 1954; 6.ª ed., Berlín, 1958.
— «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», en *Juristenzeitung Zeitung*, 1958, pp. 494 ss.
— *Juristische Grundprobleme (Der Begriff des Gesetzes)*, Berlín, 1920.
WERNER, Wolfhart, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I (§ 138), 8.ª ed., Berlín, 1957.
WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, 6.ª ed., Franfurt, 1887.
WOLFF, Karl, *Grundlehre des Sollens*, Innsbruck, 1924.

A los cuarenta y cinco años de su publicación en Alemania, aparece por fin en España la *Dogmática de los delitos de omisión* de Armin KAUFMANN, su obra de mayor repercusión, junto a la *Teoría de las normas*. De sus aportaciones básicas, algunas se han convertido en dominio público de la dogmática posterior (aun no citándose siempre su origen), mientras que otras siguen siendo objeto de discusión. Así, tras caracterizar la omisión impropia como la ausencia de acción no descrita en tipos penales específicos, relativizando la significación del resultado como elemento distintivo con la omisión impropia, KAUFMANN propone una clasificación —que ha perdurado— de los deberes de garante en virtud de su función de protección de determinados bienes o de control de determinadas fuentes de peligro. Como también se ha impuesto su tesis de que lo esencial de la omisión reside en la acción omitida que le es posible al sujeto cuya responsabilidad se cuestiona (capacidad de acción igual a «finalidad potencial»); esto es, que la estructura de la omisión sólo puede determinarse a partir de las propiedades de la acción que se ha omitido. De esta base deduce los paralelismos que se aprecian entre la acción realizada y la acción omitida, así como sus singularidades respectivas, lo que le lleva a acuñar su conocido «principio de inversión», por el cual se regiría la transposición de la doctrina del delito comisivo al omisivo. Sigue manteniéndose en la doctrina, en cambio, la distinción entre las cuestiones de la causalidad de la omisión y la posibilidad objetiva de acción, que KAUFMANN demuestra idénticas, así como el elemento de la «expectativa» de la acción (ausente), objeto de profunda crítica en esta obra. Como también se percibe resistencia a admitir su tesis de la ausencia de dolo en la omisión, al menos en lo que respecta al aspecto volitivo (hasta el punto de introducir la expresión «delito de omisión cuasidoloso»), idea difícil de integrar en el esquema explicativo tradicional del concepto de dolo.

En definitiva, un clásico de la teoría general de la conducta y del delito omisivo, concebido desde la perspectiva finalista, que ha incitado y marcado con su sello el debate posterior en este ámbito temático, y cuya publicación en español no podía demorarse por más tiempo.

ISBN: 84-9768-310-2