

APA:

STRUENSEE, E. (2022). Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (36), 17-46.

ACTUAR Y OMITIR, DELITOS DE COMISIÓN Y DE OMISIÓN*

EBERHARD STRUENSEE (†)**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Actuar y omitir. 2.1. Puntos de partida normativos. 2.2. Puntos de partida naturalistas. 3. La *omissio libera in causa*. 4. El elemento omisivo de la imprudencia. Bibliografía.

RESUMEN:

En el presente artículo el maestro Eberhard Struensee analiza la diferencia entre acción y omisión desde un enfoque sistemático en el cual el aspecto material y terminológico confluyen. De esta manera, el esquema de estudio propuesto parte de la idea de los diferentes niveles y presupuestos del delito. Además, desarrolla las implicancias de la “*omissio libera in causa*” y el elemento omisivo de la imprudencia.

PALABRAS CLAVE: Acción, omisión, Derecho Penal, normativo, naturalista, *omissio libera in causa*, imprudencia.

TITLE: Acting and omitting, offences of commission and omission.

ABSTRACT:

In this article, Professor Eberhard Struensee analyzes the difference between action and omission from a systematic approach, where material and terminological aspects converge. The proposed study framework is based on the idea of different levels and prerequisites of a crime. Additionally, it explores the implications of the “*omissio libera in causa*” and the omission element in negligence.

KEYWORDS: Action, omission, normative naturalist, Criminal Law, *omissio libera in causa*, negligence.

* Originalmente publicado en RPCP, Número 3, 1994, pp. 229-258.

** Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Münster (Alemania).

1. INTRODUCCIÓN

Quien todavía se exprese sobre este tema, tan tratado y de tantas facetas, sin la necesidad propia de la clase magistral o del comentario legislativo, se sentirá expreso a la presión de la justificación o de la disculpa previa. Por el momento, puedo invocar en mi descargo las importantes voces de los homenajeados, quienes en todas las controversias relevantes para la práctica siempre exponen una posición ponderada, cautelosa y que tiene en miras la justicia del caso particular.

“Los problemas de delimitación que surgen aquí no están aún completamente aclarados”, se dice en Wessel¹. Y también Stree² introduce todavía hoy al comentario sobre el problema de la delimitación, con la cuidadosa observación de su maestro Horst Schröder: “La cuestión de si al autor se le imputa un *hacer* o un *omitir* puede ser dudosa en el caso particular”³.

Las dudas se extienden a los dos pares de conceptos mencionados en el título de esta colaboración y a las relaciones existentes entre ellos. La suposición natural de que actuar sería actuar y que se correspondería exclusivamente a un tipo de comisión, mientras que omitir sería omitir y únicamente podría cumplir un tipo de omisión, se revela como ingenua, tras un repaso al estado de la discusión científica.

Según el “sentido social” o conforme a un “juicio de valor” el actuar ha de poder representarse también como mero omitir⁴, y “lo que tácticamente visto es un omitir, puede expresarse, según su contenido de sentido social,... como un actuar favorecedor”⁵. O bien: “... para el observador preocupado por la comprensión de sentido, el omitir recibe el *significado* de un comportamiento activo”⁶. Además, se habla incluso de “acciones de omisión”⁷.

1 WESSEL, J. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 21a. ed., 1991, § 16, 1, 2, p. 224.

2 En SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, 24a. ed., 1991, previo al § 13, núm. 158.

3 En SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, 9a. ed., 1959, obs. previa, V, 3, p. 27.

4 Cfr. ENGISCH, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 167 y ss.; GEILEN, *JZ*, 1968, p. 151; KÜPER, *JuS*, 1971, p. 476; ROXIN, *NSzZ*, 1987, p. 349; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 2a. ed., 1975, 16/105, 107; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 160; WESSELS, *AT*, § 16, 1, 2, p. 225.

5 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5a. ed., 1990, p. 486; análogamente ya p. 466: “Aquello que ontológicamente sea una omisión no siempre lo será también en el sentido social”.

6 HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 279.

7 MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, 7a. ed., 1989, t. 2, § 45, núms. 30 y ss.

Finalmente, un tipo de comisión puede ser realizado también omitiendo⁸; uno de omisión, también actuando⁹.

A este respecto, se sostiene la opinión de que existen “numerosos casos en los cuales no es posible la separación entre actuar y omitir”¹⁰; en contradicción con esto, se le reprocha a la práctica, en estos casos, “cometer el error (teóricamente grave) de no ocuparse siquiera de la delimitación entre actuar y omitir”¹¹. No se advierte cuál sería el sentido de intentar una delimitación condenada de antemano al fracaso. Por lo demás, queda abierta la cuestión de cuáles son las consecuencias dogmáticas que implica la imposibilidad de distinguir entre actuar y omitir.

Por otro lado, se afirma que acción y omisión podrían “ser intercambiadas en un sistema”¹²; la distinción sería “o bien evidente y no problemática, o muy difícil, pero entonces imposible o innecesaria”; de ella no podría “depender nada”¹³. Un intercambio presupone disponer de dos objetos (diferentes). Si se da tanto una acción como una omisión, se tratará, por cierto, de cuestiones de concurso¹⁴; por tanto, no entra en consideración un intercambio. Si la distinción es difícil o imposible, entonces, no se sabe si uno está tratando con una acción o con una omisión. Hasta

8 BAUMANN / WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9a. ed., 1985, § 18, II, 1, p. 236; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo a los §§ 13 y ss., núm. 147; WESSELS, *AT*, § 1, II, 5. En contra, básicamente, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 239 y ss.

9 Los llamados delitos de omisión por comisión, cfr. sólo ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, pp. 152 y ss.; BERTEL, *JZ*, 1965, p. 55; MEYER-BAHLBURG, *Ga*, 1968, pp. 49 y ss.; ROXIN, *Engisch-Festschrift*, 1969, pp. 380 y ss.; *idem*, *NSz*, 1987, p. 349; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núms. 46 y ss.

10 ARZT, *JA*, 1980, p. 553.

11 ARZT, *loc. cit.* Inmediatamente previene ARZT nuevamente, sin embargo, de una “exagerada acentuación de la diferencia entre hacer y omitir” (*loc. cit.*, p. 554), después de haber establecido que, p. e., para la muerte de un niño por inanición no sólo sería causal la omisión de la madre, “sino la de toda (!) persona” (*loc. cit.*, p. 553); por ello, a diferencia del hacer activo, el omitir exigiría “seleccionar al garante” (*loc. cit.*, p. 554).

12 VOLK, *Tröndle-Festschrift*, 1989, pp. 225 y 235. También JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª. ed., 1991, 28/14, se remite a determinados “ámbitos de responsabilidad por peligros”, en los cuales el hecho de que el garante produzca un daño activamente o no lo evite es “casual, considerado externamente”. Aquí serían “comisión y omisión prácticamente convertibles”; análogamente SEELMANN, *AK-StGB*, 1990, § 13, núm. 23 (“borrar los límites”). Esto es una tesis superflua, y que da lugar a malentendidos, sobre la equivalencia (en el sentido del § 13, *StGB*) de varias formas de conducta concebibles, pero no de varias dadas (y, ya por ello, no “intercambiables”).

13 VOLK, *loc. cit.*, p. 223.

14 VOLK, *loc. cit.*, p. 222.

tanto no se resuelva esta dificultad, no se dispone de ningún objeto de intercambio, mucho menos de dos.

No es posible esclarecer, por tanto, qué significan las tesis respecto de la imposibilidad de la diferenciación y de la “intercambiabilidad entre actuar y omitir”. En todo caso, no aportan ningún elemento convincente para comprobar que resultaría ocioso ocuparse de las cuestiones señaladas al comienzo.

Estas cuestiones, que en el aspecto material y terminológico generalmente se confunden como los colores en la paleta de pintor, requieren un ordenamiento sistemático. El esquema de ordenamiento está dado por los diferentes niveles y presupuestos del delito y de su punibilidad.

En el nivel inferior se trata de la distinción conceptual entre acción y omisión, una distinción para la que se utilizan criterios captables empíricamente, y, en parte, también normativos.

En el nivel superior se halla la contraposición conceptual entre tipo penal de comisión y tipo penal de omisión. Se refiere a la cuestión de si ya la descripción abstracta de la ley penal divide la conducta típica en acciones y omisiones¹⁵. Este planteo se corresponde con la distinción entre prohibición y mandato. Evidentemente, estas diferenciaciones están interrelacionadas con el primer grupo de cuestiones.

En el medio se halla otro sector, en el que aparecen las cuestiones del cumplimiento del tipo legal respectivo. En este punto, primero se debe aclarar si un delito de comisión puede ser realizado no sólo por acción, sino también por omisión -ya sea sola o en relación con un actuar-. Por otro lado, se debe comprobar si un delito de omisión también es realizable mediante un actuar activo -solo o junto a un omitir-. Esto se corresponde con la discusión acerca de si una prohibición puede ser lesionada mediante omisión¹⁶, y un mandato mediante acción.

Además, en una situación de hecho “compleja”, puede plantearse que estén dados los presupuestos de un delito de comisión tanto como los de uno de omisión.

15 Al respecto, básica y extensivamente, SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974.

16 Según la opinión dominante, el llamado delito impropio de omisión viola la misma norma prohibitiva que el hacer activo; ARZT, *JA*, 1980, p. 556; BAUMANN / WEBER, § 18, II, p. 236; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núms. 135, 144; WESSELS, *AT* § 16, I, 1, p. 223. En contra, ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 239 y ss., 256 y ss.; SCHÖNE, *Erfolgsabwendungen*, pp. 247 y ss.

Entonces, se llega a un concurso de hechos punibles¹⁷ que debe ser resuelto mediante reglas que aún no han sido definitivamente aclaradas¹⁸.

Finalmente, a este grupo de problemas se vinculan otras cuestiones de cuya investigación más precisa resulta que no se refieren a las líneas de delimitación, sino a otros elementos de los conceptos aquí pertinentes.

La diferenciación fundamental entre actuar y omitir deberá volver a ser considerada (II), a pesar de que resulta “verdaderamente sencilla en el campo empírico”¹⁹. Esta sencillez de la distinción debe ser estructurada más sólidamente y mantenida consecuentemente como base para la solución de los problemas de las consecuencias. Esto posibilita eliminar dos fantasmas que aparecen una y otra vez en la dogmática de la omisión: la llamada *omissio libera in causa* (III) y el elemento omisivo de la imprudencia (IV).

2. ACTUAR Y OMITIR

La distinción entre acción y omisión es una cuestión relativa al concepto de acción y de omisión. La delimitación entre ambas formas de conducta debe orientarse según criterios que contengan como elemento al concepto de acción y de omisión, o que puedan y deban ser tomados como elemento en este concepto. De este modo, queda planteado un postulado evidente, y al mismo tiempo, se delinea el marco que estos criterios deben satisfacer²⁰. Esta vinculación necesaria de la distinción con los correspondientes conceptos de conducta está hoy totalmente fuera de moda.

2.1. Puntos de partida normativos

La teoría del “punto predominante” es considerada opinión mayoritaria respecto de la delimitación entre acción y omisión o bien entre delito de comisión y de omisión²¹. En lo que sigue se demostrará que sus propias intenciones y expresio-

17 SEELMANN, *AK* § 13, núm. 28; SIEBER, *JZ*, 1983, p. 436; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 16/109; ROXIN, *ZStW*, t. 74 (1962), p. 417. nota 24; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 7; WELP, *Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 117.

18 Al respecto, cfr. ENDRIK WILHELM, *Die Konkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten*, tesis doctoral en Münster, 1992.

19 ROXIN, *Engisch-Festschrift*, p. 380.

20 SAMSON, *Welzel-Festschrift*, 1974, pp. 579, 584 y ss., menciona como primer requisito, que el criterio de distinción “no presuponga ya en forma oculta la distinción buscada”.

21 *BGHSt*, t. 6, pp. 46, 59; OLG STUTTGART, *FamRZ*, 1959, p. 74; OLG KARLSRUHE, *NJW*,

nes -aun cuando no siempre se manifiesten abiertamente- no satisfacen, teniendo en cuenta las exigencias metódicas esquematizadas previamente, y que no realiza ningún aporte para el esclarecimiento conceptual de las cuestiones relativas a la delimitación.

Según la teoría del punto predominante, resulta “decisivo apoyarse, según una consideración normativa, y teniendo en cuenta el sentido social de la acción, en el *punto predominante de la conducta penalmente relevante*”²², “el cual constituye el punto vinculante decisivo para el análisis penal”²³. Esta teoría, por tanto, ni siquiera pretende definir formas de conducta, sino que ya presupone el conocimiento de que está dada una “conducta compleja”²⁴, en la que se hallan actuar y omitir²⁵.

Según esto, la teoría del punto predominante parece tener por objeto únicamente una cuestión de concurso²⁶, más precisamente: elaborar una fórmula propia del concurso de leyes para el caso especial de la concurrencia de un delito de comisión y de omisión. Pero como expresión relativa al concurso resulta superflua; pues el principio básico del concurso de leyes ya establece la preminencia de aquel tipo delictivo que abarca exhaustivamente el contenido de ilícito del hecho²⁷.

La teoría del punto predominante, sin embargo, tiene un contenido más amplio -al menos en cuanto recurre al “sentido social de la acción” para averiguar del punto predominante²⁸. De este modo, parece que, entonces, sí se trata de la determinación de los conceptos de conducta. ¡Pero esta apariencia engaña!

1980, pp. 1859 y ss.; OLG DÜSSELDORF, JMBINW, 1983, pp. 199, 200 y ss., y DAR, 1986, p. 149; BLEI, *Strafrecht I*, AT, 18ª. ed., 1983, p. 310; RANFT, JZ, 1987, p. 916; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 158; WESSELS, AT, § 16, 1, 2, p. 224.

22 Así, representativo, WESSELS, AT, § 16, I, 2, p. 224; STOFFERS, *Die Formel “Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit” bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, 1992, pp. 22-26.

23 WESSELS, AT, § 16, 1, 2, p. 223.

24 También se habla de conductas de “significado equívoco” o “ambivalente” (cfr. WESSELS, AT, § 16, 1, 2). Eso da lugar a malentendidos, porque no se trata de que la situación de hecho real sea equívoca, sino en todo caso de su imprecisa comprensión o descomprensión.

25 ENGISCH, *Gallas-Festschrift*, p. 176; JAKOBS, AT, 28/4; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, AT, t. 2, § 45, núm. 6; ROXIN, *ZStW*, 74 (1962), pp. 417 y ss.; RUDOLPHI, SK, previo al § 13, núm. 6; SAMSON, *Welzel-Festschrift*, p. 585; SEELMANN, AK, § 13, núm. 28.

26 SIEBER, JZ, 1983, p. 433; STOFFERS, *Formel*, pp. 29 y ss.

27 SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo a los §§ 52 y ss., núm. 102; WESSELS, AT, § 17, V, p. 252; *BGHSt.*, t. 31, p. 380.

28 EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985, pp. 152 y ss.; GEILEN, *Strafrecht, AT*, 3a. ed., 1977, p. 233; KREY, *Strafrecht, BT*, t. 1, 8a. ed., 1991, p. 6; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núms. 158 y ss.; WESSELS, AT, § 16, 1, 2, p. 224.

Si se quiere determinar si una conducta tiene el sentido social de una acción o de una omisión, entonces, ya deben haberse desarrollado criterios diferenciadores para la estructura del sentido social. Esto no ocurre ni siquiera en ciernes²⁹, y desarrollarlos tampoco es posible en el nivel de abstracción de una distinción *general* entre acción y omisión. Además, esta teoría no considera que sea su función elaborar la diferencia de las formas de conducta como conceptos formales; pues en lugar de ello, da preferencia al método de una consideración intuitiva de la esencia.

Esto se ve claramente cuando se observa la función del criterio de sentido, en su principal ámbito de aplicación. La doctrina actual se esfuerza, ante todo, en lograr la impunidad para ciertos casos de interrupción activa del tratamiento intensivo médico-técnico³⁰, que según la concepción tradicional cumple todos los presupuestos de un delito de comisión³¹. Para alcanzar la impunidad a pesar de esto, recurriendo directamente al sentido social de la conducta, se explica que la desconexión de un aparato de reanimación no es una *acción* de homicidio, sino que tiene el sentido de la omisión de una continuación (no mandada) del tratamiento³². De este modo se comprueba que no se trata de la distinción entre actuar y omitir en el plano del concepto de conducta. Pues no se discute que la “actividad fenotípica”³³ sea una acción. Antes bien, se le quita directamente a esa acción únicamente un sentido específico -y ciertamente, delictivo-.

Al suceder esto con ayuda de parámetros valorativos que valen en el ámbito de los delitos de omisión, surge la falsa apariencia de que la problemática tiene sus

29 La indeterminación también es la objeción corriente contra la teoría del punto predominante, véase ROXIN, *ZStW*, t. 74 (1962), p. 418; JAKOBS, *AT*, 28/4; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 6; SEELMANN, *AK*, § 13, núm. 27; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 106.

30 ENGISCH, *Gallas-Festschrift*, p. 178; GELLEN, *Jz*, 1968, p. 151; KÜPER, *JuS*, 1971, p. 476; ROXIN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 395; *idem*, *NStZ*, 1987, p. 349; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 160; WESSELS, *AT*, § 16, I, 2, p. 225.

31 Los criterios de la llamada eutanasia indirecta, considerada como lícita, no existen; cfr. KÜPER, *JuS*, 1971, p. 476; SEELMANN, *AK*, § 13, núm. 33; ROXIN, *Engisch-FS*, p. 396. Pues, en el caso de la desconexión de aparatos que mantienen a una persona con vida, se trata de un acto que, en primer lugar, tiene como objetivo terminar una vida que continúa siendo mantenida solamente a través de aparatos, es decir, de la llamada eutanasia directa, la cual, en segundo lugar, no constituye una medida terapéutica (con un acortamiento inevitable de la vida), sino que finaliza con una terapia, y, en tercer lugar no proporciona al paciente, en caso de una pérdida irreversible de la consciencia, ninguna atenuación del sufrimiento. Una justificación es categóricamente rechazada; WESSELS, *Strafrecht, Bt*, t. 1, 15a. ed., 1991, § 1, III, 2, p. 7. Tampoco la reciente nueva determinación del resultado en los delitos de homicidio, de DENCKER (*NStZ*, 1992, pp. 311 y ss.) encontró demasiada aceptación. También la propuesta del § 214 del PA-Eutanasia- se basa en la premisa de la punibilidad. Cfr. SCHREIBER, *NStZ*, 1986, p. 344.

32 Referencias en nota 30.

33 GEILEN, *JZ*, 1968, p. 151.

raíces en la clasificación de los tipos de conducta o de delitos. Esta apariencia surge, de todos modos, sólo por la introducción del criterio de sentido. Pues la teoría del punto predominante, en los casos en cuestión, no alcanzaría la clasificación deseada: sería evidentemente contrario a sentido ver el punto predominante de la reprochabilidad o de la relevancia penal, en el caso de la desconexión del aparato de reanimación, en la omisión de la continuación del tratamiento, para luego declarar esta omisión como penalmente irrelevante o como no reprochable.

Aún queda por investigar por qué es que el criterio del sentido social de la acción se relaciona -hasta el momento, sin que ello haya sido explicado- con la teoría del punto predominante. La razón más profunda reside, probablemente, en asegurar el recurso directo, es decir, desligado de subsunción, a la naturaleza delictiva o no delictiva de la acción, que no puede ser negada como fenotipo.

Esto puede demostrarse con mayor precisión si se viste el contenido de la teoría del punto predominante en forma de precepto jurídico: el “tipo” constituye la parte más importante de una forma de conducta determinada, la “consecuencia jurídica” se puede ver en que la conducta así elegida “constituye el punto vinculante decisivo para el análisis jurídico-penal”³⁴. En un primer plano, el criterio de sentido se adapta sin dificultad a este tipo porque, al igual que la conformación del punto predominante requiere una pre-valoración de la conducta dada. Por ello, no se advierte inmediatamente que, como ya se mostró, en esta valoración no está en juego el punto predominante de la reprochabilidad, sino, por el contrario, de la no reprochabilidad.

La consecuencia jurídica “vinculación decisiva del análisis penal” parece decir lo mismo respecto de ambos tipos; pero si se observa con mayor precisión, se ve que contiene disposiciones de diversa clase.

En tanto se trata de la regulación a del concurso frente a conductas complejas, la “vinculación del análisis penal” resulta, primero, equivalente con “punibilidad”. La decisión implica entonces dos cosas: *mandato* del castigo penal de la conducta más grave, *prohibición* del castigo de la conducta más leve.

En el campo de aplicación del criterio de sentido ya la “vinculación del análisis penal” tiene otra significación, cual es, únicamente: subsunción bajo tipos penales. De ello se sigue que aquella forma de conducta que -presuntamente- tiene el sentido social decisivo es sometida a un examen de derecho penal, la fenotípica, por el contrario, se somete a una prohibición de vinculación, y, de este modo, de subsunción. Así, la vinculación del sentido social de la acción con la teoría del punto

34 WESSELS, *AT*, § 16, 1, 2, p. 223.

predominante logra que el actuar activo en ciertos casos -pero, ¿en cuáles? - quede de antemano fuera de una subsunción en el tipo comisivo.

Según esto, se comprueba que la teoría del punto predominante no formula expresiones acerca de los elementos conceptuales de acción y omisión, del delito comisivo y omisivo. Plantea únicamente una regla - superflua- de concurso para la conducta compleja, y, en combinación con el criterio del sentido social de la acción, exige la valoración inmediata de acciones como “no punibles”; una valoración libre de subsunción, asegurada mediante la prohibición flanqueante de subsunción.

A partir de este análisis resulta, además, que la teoría del sentido social de la acción, en contra de su vestimenta exterior, no pertenece a los ámbitos de temas diferenciados al comienzo. Pues para ella sólo rige la cuestión de si una acción cumple el tipo de un delito de comisión; por ello, no tiene ninguna relación con la delimitación de formas de conducta y de delitos.

2.2. Puntos de partida naturalistas

Según los puntos de partida naturalistas, la distinción entre actuar y omitir debe ser buscada en el mundo de los hechos, y no en el de los valores³⁵. En lo esencial, son dos los criterios que -solos o combinados- pueden ser utilizados como atributos de la acción para delimitarla: el movimiento corporal voluntario y la causalidad. El primer elemento mencionado merecería hoy sólo un interés histórico³⁶, y se cuenta entre las posiciones de delimitación que ya no son sostenidas³⁷. Por ello, será considerado en primer término el criterio de la causalidad.

a) Siguiendo a Armin Kaufmann³⁸, la causalidad ha sido cada vez más aceptada como el factor decisivo para la distinción³⁹. Este papel se le debe a la tesis de que la omisión, o el omitente, no pueden causar nada -por tanto, tampoco pueden causar el resultado típico-.

35 Cfr. MEZGER, *JZ*, 1958, p. 281; NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, p. 337; WESSELS, *AT*, § 16, 1; OLG DUSSELDORF, *JMBINW*, 1983, p. 199.

36 KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 72.

37 OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3a. ed., 1988, p. 167.

38 ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 61 y ss., 73, 314.

39 JESCHECK, *Strafrecht, AT*, 4a. ed., 1988, § 58, II, 2, p. 545; ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 61 y ss.; KÜPPER, *Grenzen*, pp. 73 y ss.; SAMSON, *Welzel-Festschrift*, pp. 589 y ss.; SIEBER, *JZ*, 1983, pp. 334 y ss.; STOFFERS, *Formel*, pp. 107 y ss.; ROXIN, *ZStW*, t, 74 (1962), p. 415; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 203.

Quien sostiene, por el contrario, que el omitir puede ser causal en la misma forma que el actuar⁴⁰, ya por ello queda impedido de determinar la presencia o ausencia de una acción con ayuda de la causalidad. Esto rige también allí donde se formula al mismo tiempo para la omisión una fórmula modificada de causalidad⁴¹; pues entonces se necesita, nuevamente, un criterio que decida si se debe aplicar la fórmula que rige para el actuar activo o para el omitir: la distinción entre actuar y omitir presupone aquí, lógicamente, la cuestión de la causalidad.

La posición que traslada a la causalidad la función de la diferenciación de las formas de conducta parece resultar, en cambio, más productiva: la ausencia de causalidad, según, esto parece permitir, cuando menos, una conclusión respecto de la ausencia de una acción. Una conclusión a contrario respecto de la presencia de una omisión no resulta posible sin más ni más; pues el concepto de omisión no se agota en la negación de una determinada acción, sino que contiene también elementos positivos que se resumen en la exigencia de la posibilidad de acción o capacidad de acción. A la inversa, por cierto, tampoco la comprobación de una relación causal excluye una omisión. Más bien, ésta puede acompañar a un actuar positivo (“conducta compleja”).

Según esto, la causalidad, finalmente, no parece resultar adecuada para caracterizar la diferencia buscada. Pero esta conclusión no es necesaria. En caso de que la causalidad sea un elemento que le falta a la omisión, entonces, también resulta adecuada para identificar aquellos procesos que poseen el carácter de una acción, o a los cuales les falta ese carácter. Este elemento, de todos modos -como tampoco ningún otro elemento de la acción- no es más de lo que puede proporcionar.

El criterio de la causalidad, sin embargo, fracasa por otras razones. Para satisfacer la función de distinguir las acciones de aquello que no lo es, la causalidad, conforme al postulado mencionado, debería ser convertida en elemento del concepto de acción⁴². Pero como elemento del concepto de acción, por razones lógicas, no puede cumplir la función que se le atribuye.

La causalidad refiere una relación conforme a leyes, es decir, de vigencia general, entre dos sucesos que se siguen temporalmente uno a otro (causa y efecto; la

40 Cfr. ARZT, JA 1980, p. 556; BAUMANN / WEBER, AT, § 18, II, 2; MEZGER, *Strafrecht*, 3a. ed., 1949, p. 136; SPENDEL, JZ, 1973, pp. 137 y ss.

41 Como en nota 40.

42 Es digno de atención el hecho de que a ella le corresponda este honor desde el lado de los finalistas. En defensa de la teoría final de la acción declara recientemente KÜPPER (*Grenzen*, p. 73), respecto de los problemas aquí expuestos: “... que esté dado un efecto causal es a la vez constitutivo para la existencia de una acción”. En otro lugar se dice, por el contrario, que “la mera causación no es elemento esencial de las acciones humanas” (p. 47).

llamada causalidad general)⁴³. Esto significa que el contenido de la ley causal, que tiene pretensión de validez respecto de un número de relaciones causales concretas, debe ser determinado en forma conceptualmente abstracta. Tanto los factores que funcionan dentro de la ley causal en calidad de causa, como el efecto, deben estar concebidos de forma materialmente independiente de la relación que cae bajo esa ley; pues esta relación es formulada lógicamente sólo mediante la regla causal, y en el caso particular, también resulta sólo de la subsunción bajo tal regla. Brevemente: dado que la causalidad expresa una relación particular entre dos miembros, éstos mismos no pueden ser descriptos mediante esta relación. De ello resulta para la acción que aparece en una ley causal como factor causa, que la causalidad no puede ser elemento del concepto de acción, porque, a la inversa, la acción es elemento del concepto de causalidad. El carácter de la conducta como acción, consiguientemente, debe ser determinado mediante otros criterios.

Esta necesidad no puede ser eludida preguntándose, en lugar de por el carácter causal de la conducta, por el ser causal de la persona a juzgar. Este punto de partida, desarrollado por Armin Kaufmann⁴⁴, sólo permite determinar si la existencia de la persona es un factor causal, pero no permite conclusiones acerca de la presencia o ausencia de una acción. El pasajero que en un bus o en un avión está sentado del lado del pasillo, y que de este modo le cierra el paso a su vecino de la ventanilla, no puede ser suprimido mentalmente sin que desaparezca el resultado de una privación de libertad. No obstante, respecto del permanecer sentado, sólo entra en consideración una privación de libertad por omisión⁴⁵.

Si bien, según esto, la causalidad no resulta adecuada para dividir entre sí las formas de conducta, por lo menos sí parece informar claramente, como elemento del tipo, si se ha realizado un delito de comisión. Así, por ejemplo, en Welzel se afirma: “la distinción entre *delito* de comisión y de omisión se orienta según la

43 DREHER / TRÖNDLE, *StGB*, 45ª. ed., 1991, previo al § 13, núm. 16; JESCHECK, *AT*, p. 254; ARMIN KAUFMANN, *JZ*, 1971, p. 572; ROXIN, *Strafrecht, AT*, 1.1, 1992, § 11, núms. 14 y ss.; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 1, núm. 42; STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 24 y ss.

44 *Dogmatik*, pp. 61 y ss.; igualmente, E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, p. 35; KÜPPER, *Grenzen*, p. 46; STOFFERS, *Formel*, pp. 107 y ss.

45 Acerca de una posición de garante por tener que responder del propio cuerpo como masa, cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 134, nota 145, y ss. También en otros casos de omisión, la supresión del obligado a la acción conduce a falsas consecuencias. El resultado de detenerse en los ámbitos protegidos por el § 123 desaparece, si se suprime la persona que no se aleja después de exigírselo el legitimado. Otros ejemplos se hallan en los tipos penales que pueden ser cumplidos por el mero tolerar manipulaciones en el propio cuerpo (§§ 109, 172-176, *StGB*; § 17, *WStG*), y en los delitos de tenencia (§ 29, 1, N° 3, *BtMG*, § 53, 1, N° 3a, N° 4, *WaffG*); brevemente: en todos los delitos cuyo resultado típico presupone la existencia del obligado. Críticamente respecto del factor causal “existencia de un hombre”, también SIEBER, *JZ*, 1983, pp. 434 y ss.

causalidad o la no causalidad de la conducta”⁴⁶. Pero aun en el plano del tipo, la relación causal no configura un criterio de diferenciación totalmente idóneo. Pues en los delitos de emprendimiento y en los casos de tentativa punible no importa la causalidad, tampoco -si se sigue la opinión corriente- en los llamados delitos de pura actividad⁴⁷. Aun cuando uno se apoye, conforme a la lógica de la tentativa, en las relaciones representadas, las dificultades mencionadas sólo se trasladan al aspecto subjetivo de la conducta.

Finalmente, tampoco el retrotraer la causalidad a la motivación puede engañar acerca de que la distinción entre actuar y omitir ya está presupuesta. En Samson esto se mantiene oculto mediante una formulación incompleta: “dado que la norma actúa mediante motivación, comisión y omisión se diferencian por la presencia, o, en su caso, por la ausencia, de un acto de motivación”⁴⁸. También Jakobs se apoya en si puede constarse “un motivo de más”, o “un motivo de menos”; pero deja en claro cuál es el objeto de la motivación: “en la comisión, un impulso consciente o inconsciente conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal, y éste causa un suceso; en la omisión, se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a la evitación, y hubiera ejecutado los movimientos corporales necesarios”⁴⁹. Dado que se trata del motivarse a un movimiento corporal voluntario, la diferencia buscada resulta únicamente de su presencia o ausencia; causa (acto de motivación) y consecuencia del movimiento corporal (causación del resultado típico) no aportan nada adicional a la diferenciación, es decir, que retrotraerse a ella resulta superfluo.

Por tanto, el criterio de la causalidad no resulta adecuado para separar actuar y omitir, ni puede dividir definitivamente delitos de comisión y de omisión.

b) La crítica a los puntos de partida normativos ya permite vislumbrar hacia dónde se dirige la argumentación: no es posible eludir una distinción según el criterio “naturalista” del movimiento corporal voluntario⁵⁰, y en realidad, éste aparece reflejado, en mayor o menor medida, en el trasfondo de todas las posiciones. Este elemento sólo describe la acción como para satisfacer el postulado metódico arriba

46 WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 203; subrayado por mí.

47 BAUMANN / WEBER, *AT*, pp. 133, 201; JESCHECK, *AT*, § 26, II, la y b, pp. 234 y 237; ROXIN, *AT*, 1.1, § 10, núm. 103; WESSELS, *AT*, § 1, II, 2.

48 SAMSON, *Welzel-Festschrift*, p. 594, nota 72.

49 JAKOBS, *AT*, 6/28, así como 28/3.

50 Así, la opinión antes dominante, cfr. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11a. ed., 1930, p. 12; V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, pp. 126 y ss.; V. LISCT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. 1, 26ª. ed., 1932, pp. 170 y ss. Actualmente de modo análogo, MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *AT*, t. 2, § 45, núms. 25 y ss. (“actividad corporal”). También el BGH (VRS, t. 61, pp. 213 y ss.) se vale ocasionalmente de este criterio.

mencionado: abarca un elemento del concepto general de acción y no presupone ya la distinción buscada. Salvo la expresión repetida como estereotipo, y que nada dice, de “naturalismo”⁵¹, ninguna objeción de peso se ha formulado hasta ahora en contra de este criterio.

Por cierto, esta descripción no abarca todos los casos de movimientos musculares voluntarios. Pues aquellos esfuerzos que (ya) no conducen a un ulterior desplazamiento espacial del cuerpo o de sus miembros, sino que sólo conservan una posición corporal alcanzada mediante utilización de los músculos, no caen bajo el concepto de *movimiento* corporal.

Por eso, Engisch prefiere el elemento “aplicación de energía”⁵², como criterio decisivo. Según esto, “actuar es la aplicación de energía en una dirección determinada,... omitir, la no aplicación de energía en una dirección determinada”⁵³. Esta aplicación de energía había sido explicada por Engisch originariamente con mayor precisión, en el sentido de que consistía especialmente en la ejecución, o en la no ejecución, de un movimiento corporal conformado de una manera determinada⁵⁴. Con esto quedaba claro que de lo que se trata es de la aplicación voluntaria de aquella energía que es necesaria para el movimiento del cuerpo, o para una contracción muscular⁵⁵. Pero, al mismo tiempo, este criterio también permite incorporar en el concepto de acción, por ejemplo, el acatamiento de la orden: “¡quédese quieto!”, el mantenimiento de la víctima en una “caja para sudar” o el mantenimiento constante de la presión sobre el acelerador⁵⁶, es decir, en general, calificar como acciones todos los casos de inmovilidad del cuerpo.

El apoyarse en la aplicación de energía, por tanto, precisa el concepto (naturalista) de acción, en el sentido de que en él se trata de la aplicación de energía muscular^{57 58}. En tal medida, puede hablarse también de “contracción muscular vo-

51 KÜPPER, *Grenzen*, p. 72; RANFT, *JZ*, 1987, pp. 860 y ss.; STOFFERS, *Formel*, pp. 96 y ss.

52 ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1930, p. 29; ídem, MONKRIMBIO, 1939, p. 423; ídem, *Gallas-Festschrift*, pp. 163, 170 y ss.

53 *Gallas-Festschrift*, p. 170.

54 *Kausalität*, p. 29.

55 Atenuado en *Gallas-Festschrift*, p. 174 y ss.

56 *Gallas-Festschrift*, p. 172; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 113.

57 Más tarde, ENGISCH dio una interpretación al factor “energía”, que derivó de un principio naturalista a un concepto normativo; v. *Gallas-Festschrift*, pp. 173, 178; igualmente, KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, 1981, pp. 86 y ss. Con razón, en contra esta concepción diluida, SAMSON, *Welzel-Festschrift*, p. 587.

58 Consideran asimismo como (co)decisiva a la aplicación de energía: ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 119, nota 29; ROXIN, *Engisch-Festschrift*, p. 380; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 6; SIEBER, *JZ*, 1983, pp. 434 y ss.; WELP, *Vö-*

luntaria”. Si en lo que sigue se utiliza de ahora en más la expresión corriente “movimiento corporal (voluntario)”, ello es sólo porque la discusión no debe cargarse con nueva terminología, y porque esta denominación también cubre ampliamente el ámbito de la contracción muscular⁵⁹, pero no tiene la propensión -como ocurre con la aplicación de energía- a ser reinterpretada en lo normativo.

Siempre que se dé un movimiento corporal voluntario (contracción muscular) existirá, por tanto, una acción. El criterio de la contracción muscular voluntaria posibilita, según esto, una delimitación clara y unívoca entre actuar y omitir. Se objeta en contra de esto que tal concepto de acción no proporciona una selección, porque el hombre prácticamente “nunca se encuentra en una situación de completo reposo”⁶⁰. Esta observación, ciertamente, es preponderantemente correcta en lo que se refiere al estado de vigilia del hombre. Correspondientemente, cada intervalo de la vida contiene una serie ininterrumpida de movimientos corporales y contracciones musculares voluntarios. Aun en el caso del abogado que permanece presente y en silencio durante una extorsión que comete su mandante respecto de un tercero⁶¹, seguramente pueden comprobarse movimientos corporales. Ya el mantenimiento de una determinada posición sentado exige esfuerzo muscular, al igual que el tomar un cigarrillo, encenderlo y fumarlo. Aquí, finalidad y causalidad tampoco proporcionan una selección que vaya más allá que la del criterio del movimiento corporal. Un concepto *general* de acción, que comprenda acciones de toda clase, justamente, sólo separa las acciones de las no acciones, pero no realiza una selección entre varias acciones. La selección entre diversos actos del actuar positivo recién se produce cuando se plantea la cuestión acerca de acciones de cierta clase con consecuencias de cierta clase, tal como están tipificadas en los tipos penales.

A partir del criterio del movimiento corporal, sólo es deducible, para el concepto de omisión, un elemento parcial, a saber: la ausencia de un movimiento corporal voluntario, pero no toda la omisión. La comprobación de que no se ha producido un movimiento corporal todavía no permite la conclusión a contrario de que se ha dado una omisión; sólo fundamenta la expresión más débil de que una omisión entra en consideración. Pues según la opinión general, el concepto de omisión requiere por lo menos determinar otras dos piezas que se estructuran entre sí: se exige, primero, que la acción faltante esté caracterizada más precisamente según su

rangegangenes Tun, pp. 110 y ss.; según WESSELS, *AT*, § 16, I, 2, es determinante para la “forma de manifestación exterior de la conducta”.

59 WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 112 y ss.

60 STOFFERS, *Formel*, p. 97.

61 BHG, *StV*, 1982, p. 517, con nota de RUDOLPHI.

clase⁶²; segundo, que la ejecución de la acción ausente fuera posible⁶³. Pero esto sólo significa que en el caso particular, se debe comprobar además de la negación de una acción, también la realizabilidad de una acción de cierta clase.

La exigencia mencionada en primer término de que debe faltar una acción de *cierta* clase es tan poco plausible para un concepto general de omisión, como lo es para el concepto general de acción. En esta exigencia, se trata, en el fondo, sólo de un resto de la llamada teoría de la expectativa⁶⁴. Si se libera el concepto de omisión también de este resabio, entonces, de su capacidad de selección puede decirse lo mismo que del concepto de acción: “La vida de cada hombre constituye en cierta medida una línea de acción, en la cual infinitas cosas, a la izquierda y a la derecha, deben quedar no hechas, omitidas...”⁶⁵. La clase de acción no producida también aquí entra en consideración para el derecho penal sólo con los tipos (de mandato)⁶⁶.

Si uno vuelve la atención a la determinación más precisa de la conducta en los tipos penales, y los revisa para la comprobación de la punibilidad en el caso concreto, entonces, se advierte que la cuestión de la “delimitación” entre actuar y omitir ni siquiera aparece. A partir de una situación de hecho dada, que describa los sucesos en forma suficientemente exacta, se puede deducir sin dificultad cuáles son las acciones concretas realizadas o realizables. Los actos descritos cometidos u omitidos deben subsumirse entonces -sin “revisión previa”⁶⁷- en los tipos penales que entran en consideración. Incluso el punto de vista según el cual un actuar puede cumplir un tipo de omisión, y un omitir, uno de comisión, no requiere ni permite otro procedimiento. Pues, respecto de la punibilidad, decide únicamente la subsunción en los elementos del tipo; de su definición debe surgir si bajo ellos cae un actuar, un omitir, o ambos, y si están dados los demás presupuestos del delito.

62 Cfr. ENGISCH, *MoKrimBio*, 1939, p. 424; GALLAS, *ZStW*, t. 67 (1955)-, p. 10; JESCHECK, *At*, § 59, I, pp. 556 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 25 y ss., 52 y ss.; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 1; SCHÖNE, *JZ*, 1977, p. 150; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 139.

63 JESCHECK, *AT*, § 59, II, 2, p. 557; ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 27 y ss.; SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núms. 141 y ss.; WESSELS, *AT*, § 16, II, 2, p. 226.

64 Todavía hoy ampliamente defendida; cfr. JESCHECK, *AT*, § 59, I, p. 556; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 1; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 139. Según esto, la omisión presupone la ausencia de una acción esperada, para cuya expectativa se hace mención de diversas fuentes. Concluyentemente, en contra de la teoría de la expectativa, ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 50 y ss.; SCHÖNE, *JZ*, 1977, p. 150 y ss.

65 ENGISCH, *MoKrimBio*, 1939, p. 423.

66 SCHÖNE, *JZ*, 1977, p. 151, nota 6.

67 De otro modo, WESSELS, *AT*, § 19, IV, D, p. 285; cfr. también SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, *AT*, 2a. ed., 1984, apéndice/27; al respecto, críticamente SCHÖNE, *JZ*, 1977, p. 151 y nota 7.

Esta investigación será llevada a cabo en lo que sigue, a partir del ejemplo de dos constelaciones que siempre aparecen como problemáticas: la *omissio libera in causa* y el elemento omisivo de la imprudencia.

3. LA OMISSIO LIBERA IN CAUSA

Según lo dicho, para el caso de la destrucción activa de las propias posibilidades de salvamento o de evitación del resultado (la llamada *omissio libera in causa*) se deriva sin dificultad que existe una acción. Pero dado que esta acción, no causa el resultado típico -ni objetivamente, ni según su intención-, mediante movimiento corporal, ella no cumple el tipo correspondiente del delito de comisión, ni consumado ni tentado⁶⁸. Sólo resta preguntarse si, junto a esta acción irrelevante, también hay una omisión, o si se descarta la omisión porque en el momento crítico no existe la posibilidad de ejecutar el acto de salvamento.

En el caso de la destrucción de posibilidades de un acto futuro de salvamento o de evitación del resultado, debe realizarse en primer término una diferenciación. Frecuentemente sólo tiene por consecuencia que se reduzca el tiempo del último cumplimiento posible del mandato, a oportunidades anteriores de intervención. Quien destruye la única línea telefónica antes del aviso a un médico, a través de la cual, en caso contrario, aún continuará pudiendo producir el auxilio a tiempo durante la próxima hora, omite -en caso de que se dé la representación correspondiente, conscientemente- el llamado telefónico posible en el momento anterior a la destrucción de la línea. En esa medida, no es necesario recurrir a la regla de excepción de la "*omissio libera in causa*", que debe ayudar respecto del hecho de que hayan sido eliminadas las posibilidades de llamadas telefónicas futuras originalmente existentes. Con respecto a tales casos, Welp resume correctamente: "Por ello, no existe ninguna necesidad de fingir la capacidad de acción para el momento crítico"⁶⁹. Si en la pérdida de la primera evitación posible del resultado se ve incluso ya una tentativa de omisión⁷⁰, entonces, la destrucción de las posibilidades de acción

68 Cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 137; igualmente, MAURACH, *JuS*, 1961, p. 377; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 46; ROXIN, *Engisch-Festschrift*, p. 383; también SAMSON, *Welzel-Festschrift*, pp. 597 y ss., quien, sin embargo, se aferra al criterio de la causalidad, según el cual ¡aquí habría que negar ya la ejecución de una acción! BERTEL, *JZ*, 1965, p. 543, afirma la causalidad de la comisión, igualmente, JAKOBS, *AT*, 7/69; ambos quieren castigar, empero, sólo el garante, y, por cierto, BERTEL por delito de omisión, JAKOBS por delito de comisión.

69 WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 137 y ss.

70 HERZBERG, *MDR*, 1973, p. 93; SCHRÖDER, *JuS*, 1962, p. 86; para determinados casos, también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, § 40, núm. 108; WESSELS, *AT*, § 16, VI, 1, p. 238.

temporalmente posteriores se presenta únicamente como una eliminación de posibilidades de desistimiento que no plantea problemas especiales⁷¹.

Pero, junto a estos, existen casos en los cuales las alternativas temporales de cumplimiento del mandato, ni siquiera se reducen⁷². Si se destruye la comunicación telefónica antes de que el único médico disponible y localizable sólo en su consultorio comience su servicio, entonces, el actuante nunca tuvo una posibilidad de auxilio actual, inmediatamente realizable, que hiciera suprimir sin utilizarla⁷³. Y si a la destrucción consciente de posibilidades posteriores de acción le acontece la omisión inconsciente de actos de salvamento, surge la problemática - prácticamente quizá más frecuentemente relevante en este grupo de cuestiones- de la punibilidad por delito doloso.

Tampoco es posible eliminar las dificultades con la siguiente comprobación de Armin Kaufmann: “el deber de evitar el resultado, por ejemplo, también tiene como contenido conservar la capacidad de acción hasta el momento de la intervención; esto es una parte de la conducta final mandada”. “Esto rige también cuando el inactivo ejecuta una acción con la cual se hace imposible a sí mismo el cumplimiento del mandato”⁷⁴. La expresión “conservar la capacidad de acción” lingüísticamente cubre tanto los casos en los cuales se debe hacer algo para seguir siendo capaz de realizar la acción (p. e., salir al aire libre para no dormirse), como también aquellas en las cuales, con el mismo objetivo, se debe omitir algo (p. e., embriagarse). Esto no debe engañar con relación a que un deber de acción sólo puede tener por objeto acciones⁷⁵, pero no la omisión de acciones, salvo que se busque una salida normológica en la suposición de Adolf Merkel de “que también puede actuarse en contra de mandatos mediante acciones positivas, en tanto ellos contengan en sí *eo ipso prohibiciones* de aquellas acciones que se oponen a su realización”⁷⁶. Pero es necesaria una

71 Así, acertadamente, WILHELM, *Konkurrenz*, p. 44.

72 De otro modo, pero aparentemente, WELP, *loc. cit.*; SAMSON, *Welzel-Festschrift*, p. 598.

73 El ejemplo en WILHELM, *Konkurrenz*, pp. 44 y ss.

74 *Dogmatik*, p. 211. He invertido la secuencia de las dos frases contenidas en el mismo párrafo, para aclarar el contenido que se expresa en la primera frase citada. También WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 138, y STOFFERS, *Formel*, pp. 334 y ss., 380 y ss., invocan a ARMIN KAUFMANN para la solución de la *omissio libera in causa*.

75 Eso lo acentúa precisamente también ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 3 y ss., siguiendo a ENGISCH.

76 ADOLF MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, p. 93. Más tarde BERTEL, *JZ*, 1965, pp. 53 y ss., independientemente de MERKEL, derivó, para la solución de la *omissio libera in causa*, una prohibición independiente a partir del mandato. Hace referencia a la prioridad de MERKEL, STOFFERS, *Formel*, pp. 358 y ss., 380, nota 61. Su crítica a ambos es, sin embargo, un gol en contra, dado que él se basa, para la solución de la problemática, simplemente en las citadas frases de ARMIN KAUFMANN.

investigación más precisa acerca de si la fundamentación de la punibilidad por un delito de omisión requiere una suposición de esta clase.

Las supuestas dificultades de la *omissio libera in causa* resultan del presupuesto más o menos explícito de que el concepto de omitir y del delito de omisión presupone la existencia de una posibilidad actual de acción. Esto se afirma sin lugar a duda en Stree: “Básicamente, la posibilidad de acción debe darse en el momento en que es necesaria la intervención del obligado a actuar”⁷⁷. Sin embargo, con relación a esta exigencia, la ley no contiene datos materiales ni temporales, de modo tal que se recurre a estructuras prejurídicas. Tampoco ayuda el principio “*ultra posse nemo obligatur*”, pues él no especifica qué debe entenderse como “*posee*”. En todo caso, no exige que estén cumplidas *todas* las condiciones de la ejecución de la acción mandada. Falta un motivo dominante y la decisión de acción, en cualquier caso -también en los casos no problemáticos de omisión-⁷⁸. Por tanto, sólo resta la cuestión de si puede faltar otras condiciones de la acción, más precisamente, si la posibilidad de acción debe existir justo en el momento en el cual habrían podido ser realizados los actos faltantes en caso de haber habido voluntad de acatar la norma.

Puede darse tiempo una respuesta a esta cuestión para la llamada “*omissio libera in omitiendo*”. Así se designan los casos en los cuales el inactivo hace imposible para sí la ejecución de la acción mandada, no por un actuar precedente, sino por un omitir precedente⁷⁹. Como ejemplo, se cita el caso de la madre que deja pasar la oportunidad de adquirir a tiempo medicamentos para su hijo⁸⁰, o el del guardabarreras que frente a la falta de oxígeno, no sale al aire libre, de tal modo que pierde el conocimiento⁸¹. Jakobs afirma que “la doctrina predominante... debe aceptar aquí un delito de omisión por omisión”⁸². En efecto, esto es así, y, ciertamente, con razón.

Del análisis más preciso de las relaciones materiales se deriva, pues, que la *omissio libera in omitiendo* constituye la forma regular de realización del delito de omisión. El acatamiento de una norma de mandato se produce usualmente por la ejecución de varios actos individuales. El médico que es llamado para atender a la

77 SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 144; igualmente MAURACH, *JuS*, 1961, p. 377; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2a. ed., 1988, pp. 58, 305 y ss.; ROXIN, *Engisch-FS*, p. 384, opina que aquel que se hace incapaz de acción “no omite absolutamente nada”.

78 Acerca de la relación entre motivación y posibilidad de acción, cfr. ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 38 y ss.

79 WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 137, nota 155; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 144; JAKOBS, *AT*, 7/69, nota 117.

80 STREE, loc. cit.

81 JAKOBS, loc. cit.

82 Loc. Cit.

víctima de un accidente que no puede ser trasladada y que necesita ayuda urgente, debe recorrer primero el camino hacia el lugar del accidente, antes de poder tomar las medidas médicas adecuadas y necesarias; tanto el traslado hasta donde está el accidentado como la ayuda médica misma se componen nuevamente, por su parte, de numerosos movimientos corporales diferenciables. El salvamento de alguien que está ahogándose requiere, dadas las circunstancias, cien o mil golpes de remo o brazadas. Sólo la presentación del lenguaje une estas cantidades incontables de actos individuales en “una” acción de salvamento o en “una” acción de evitación del resultado, y favorece de este modo el malentendido de referir el delito de omisión numéricamente sólo a la falta de “una acción”. Sin embargo, en verdad un cumplimiento del mandato consiste en una cantidad de actos individuales concretos; por consiguiente, una lesión del mandato se apoya en la falta de estos innumerables actos individuales. Visto desde el punto de vista dogmático, cada uno de estos actos parciales es objeto de la actividad total de cumplimiento del mandato a ser desarrollada en concreto. A partir de la falta incluso de sólo uno de estos numerosos movimientos corporales necesarios -sea el primero, o recién el último- resulta que el mandato total no ha sido cumplido. “Pues en la omisión es suficiente *no* poner una única condición de las necesarias para la producción de un resultado deseado o para la evitación de uno no deseado las cuales, dadas las circunstancias, pueden ser numerosas), para que se produzca la omisión total”⁸³.

De esto se sigue necesariamente que las omisiones que van desde la del primer movimiento corporal necesario para el cumplimiento del mandato, hasta la del anteúltimo, impiden realizar los actos parciales respectivos que aún quedan. Si el médico llamado al lugar del accidente deja pasar la oportunidad de sacar su automóvil del garaje a tiempo, entonces, ya se ha hecho imposible a sí mismo las ulteriores condiciones necesarias para concretar el salvamento de la víctima del accidente. Pero prácticamente todo cumplimiento de un mandato concreto exige una cantidad de actos individuales que se superponen entre sí, y, en general, el mandato suele ser lesionado no recién por la negativa del último acto parcial, sino habitualmente porque el destinatario de la norma no comienza a actuar y no realiza ya los primeros aportes parciales necesarios. Según esto, el hacer imposible el cumplimiento (completo) del mandato por una omisión precedente constituye el caso regular de no acatamiento de la norma de mandato.

Con razón, nadie ve en esta destrucción omisiva habitual de posibilidades de salvamento un impedimento para la aceptación de un delito de omisión. La figura de la *omissio libera in omitiendo*, con otras palabras, resulta superflua. Pero este reconocimiento despeja un elemento estructural de la habitual omisión de una acción de salvamento que se compone de varios actos parciales que se superponen entre sí:

83 ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 225, también 211.

para la posibilidad, exigida por el concepto de omisión, de ejecutar los actos parciales, debe ser suficiente el hecho de que ellos habrían sido realizables si el inactivo no hubiera desperdiciado otros actos previos posibles para él. Brevemente: es suficiente una posibilidad de acción (a ser realizada recién ahora) condicionada por un actuar previo.

Sobre esta base, la diferencia entre el caso regular del delito de omisión y la *omissio libera in causa* se reduce a que la posibilidad de cumplimiento (ulterior) del mandato está condicionada, por un lado, por el actuar precedente, y, por otro, por la omisión precedente. Formulado a la inversa: el hacer imposible la acción de salvamento se refiere, por un lado, a un omitir, y, por el otro, a un actuar. Sería contradictorio derivar de aquí consecuencias diferentes para la punibilidad de la omisión. Pues ambos fundamentos de la destrucción de posibilidades de acción deben ser controlados en igual medida por el obligado, y, por esa razón, él debe responder por ellos. Este es también el argumento decisivo que traen a colación quienes favorecen la punibilidad de la omisión. Sólo se le debe dar reconocimiento dogmático en el concepto de omisión: la posibilidad de acción presupuesta en este concepto subsiste aun cuando las condiciones de esta posibilidad son dominables por la propia conducta del no actuante, siendo indiferente si esa posibilidad recién debe ser elaborada por un actuar anterior al omitir, o si debe ser conservada por un omitir anterior al omitir. La cuestión de a partir de qué momento existe el deber de crear la posibilidad para el actuar futuro mediante un hacer activo, o de conservarlo mediante omisión, no es una cuestión del elemento estructural, aquí presentado, de la omisión, sino un problema de interpretación de los tipos de mandato, más precisamente, de la extensión temporal de la llamada situación típica.

Resumen: la *omissio libera in causa* no plantea cuestiones de delimitación entre cometer y omitir, o entre delito de comisión y de omisión, sino que se refiere ya a la problemática, lógicamente anterior, del concepto de omisión y de la exigencia, presupuesta en él, de la posibilidad de acción. De un análisis más preciso se deriva que el caso regular del delito de omisión contiene una, así llamada, *omissio libera in omitiendo*-, por ello, el concepto de omisión no necesita una complementación o una precisión en el sentido de que es suficiente una posibilidad de acción dependiente sólo de la condición dominable de la propia conducta. Con esto se demuestra, entonces, que también en el caso de *omissio libera in causa* están cumplidos, o pueden estarlo, los presupuestos del concepto de omisión. De allí que no se requiera ni la ficción de una omisión o una posibilidad de acción⁸⁴, ni la construcción de un delito de omisión por comisión⁸⁵, ni la aceptación de un delito de comisión por comisión

84 Así, empero, MAURACH, *JuS*, 1961, pp. 377 y 378; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 64.

85 Así ROXIN, *Engisch-Festschrift*, pp. 383 y ss. Pero el cometer cumple los presupuestos de un delito de omisión consumado, sólo cuando, por ejemplo, el guardavías, de no haberse embriagado,

(en el caso de una posición de garante del obligado)⁸⁶, o siquiera de la creación libre de una variante comisiva para el delito de omisión propia⁸⁷, sino que también en las *omissio libera in causa* se trata simplemente de un delito de omisión por omisión^{88 89}.

4. EL ELEMENTO OMISIVO DE LA IMPRUDENCIA

Hasta hoy se habla de que *la* imprudencia contiene un elemento omisivo⁹⁰. Este elemento es tan resistente porque los presupuestos de la imprudencia son descriptos, en su mayoría, negativamente. A este respecto, es fundamental la definición legal en el § 276, párr. 1, 2ª oración, BGB: “Actúa imprudentemente aquel que no observa el cuidado debido en el ámbito de relación”. También la negación del dolo -”actuar imprudente como *no conocer* o como *falta de voluntad de realización*”⁹¹- conduce, mediante la compensación de este déficit a través de la reconocibilidad objetiva o subjetiva, o individual (previsibilidad, evitabilidad), a la cuestión de un aporte posible, pero no realizado, y, por ello, omitido. Junto a estas descripciones, que se refieren más bien a un “elemento omisivo psíquico”⁹², y, por ello, al “cuidado interno”, aparece la caracterización del “cuidado externo”⁹³, mediante la carencia de

habría estado en condiciones de cambiar las vías a tiempo. Por tanto, es indispensable comprobar la capacidad hipotética o condicionada de acción.

86 Así JAKOBS, *AT*, 7/69.

87 JAKOBS, como en nota 86.

88 Con ello no se ha dicho nada acerca de la cuestión de si el actuar que destruye las posibilidades de acción viola una prohibición (secundaria) derivada del mandato; así, A. MERKEL, *Abhandlungen*, t. 1, p. 93; BERTEL, *JZ*, 1965, p. 55; ROXIN, *Engisch-Festschrift*, p. 384; SAMSON, *Welzel-Festschrift*, p. 597; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 307.

89 Por eso, carecen de objeto los reparos básicos expuestos por SEELMANN (*JuS*, 1987, supl. “L”, pp. 35 y ss.; *AK*, § 13, núm. 60) contra la construcción de una *omissio libera in causa*.

90 RADBRUCH, *ZStW*, t. 24 (1904), pp. 346 y ss.; MEZGER, *Strafrecht, I, Allg. Teil*, 2a. ed., 1948, p. 149; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 62; ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 284 y ss.; *idem*, *Dogmatik*, pp. 167 y ss., 180 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, p. 212; ROXIN, *ZStW*, t. 74 (1962), p. 415; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 119; HAFT, *Strafrecht, AT*, 4a. ed., 1990, 7a. ed., § 2, núms. 1 y 3; EBERT, *AT*, p. 152; GEILEN, *AT*, p. 232; SEELMANN, *JuS*, 1987, supl. “L”, p. 35; SIEBER, *JZ*, 1983, p. 432. En contra, básicamente, NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, p. 337; ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 139 y ss.; JAKOBS, *AT*, 9/6; ROXIN, *AT*, § 24, núm. 12; SCHÖNE, *H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1986, p. 653; SCHRÖDER, *LK*, 10a. ed., 1985, § 16, núm. 158; *idem*, *JK*, 1989, p. 779.

91 Así, representativo, WESSELS, *AT*, § 15, 1, 1, b, p. 205.

92 SPENDEL, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 193; RADBRUCH, como en nota 90.

93 Acerca de ese par de conceptos, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pp. 269 y ss.; *idem*, *Gallas-Festschrift*, p. 188; críticamente, SCHRÖEDER, *JZ*, 1989, pp. 776 y ss.

precauciones de seguridad en determinadas actividades; una carencia que Zielinski⁹⁴, bajo el nombre de “componente sin haber”, pretendió convertir incluso en un elemento general de la imprudencia.

En el elemento omisivo de la imprudencia se tiene a la vista los casos en los cuales a una actividad delictiva le *antecede* o *acompaña* la omisión de una “acción que compensa el riesgo”⁹⁵: entrega de pelos de cabra sin desinfectarlos previamente⁹⁶; andar en bicicleta en la oscuridad sin ocuparse al mismo tiempo de la iluminación⁹⁷. Cuando Welp, con relación a estos casos, habla de una “coincidencia de formas de conducta” temporal⁹⁸, no llega al núcleo de la cuestión. La simultaneidad de la acción posible (pero omitida) y de la ejecutada, sin embargo, es concebible, en los fenómenos a que aquí se hace referencia, más bien raramente. Antes bien, los casos están estructurados, en su mayoría, de modo tal que la acción de eliminación del peligro y la acción cuyo peligro ya ha sido eliminado sólo pueden ser realizadas sucesivamente. Aquí deben delimitarse sólo las constelaciones en las cuales recién a la acción ya ejecutada le sigue la omisión, es decir, los casos de injerencia y la omisión del desistimiento luego del acabamiento de la tentativa.

El no realizar un aseguramiento que reduzca o impida el peligro puede ser caracterizado, indudablemente, como omisión, cuando al autor, a su vez, le era posible tomar precauciones de seguridad, tal como, por ejemplo, desinfectar los pelos de cabra, lavarse las manos antes de atender el parto, adelantarse con más distancia, etc. Esta omisión presenta una “estructura invertida” con relación a la *omissio libera in causa*⁹⁹; allí una acción hace imposible una actividad deseada, aquí falta una acción que habría evitado una actividad riesgosa no deseada. La cuestión es, solamente, si en la ausencia de tales acciones también se cumplen los presupuestos de un tipo de omisión.

Esta cuestión no puede ser respondida comprobando que en los hechos imprudentes “subyace una conducta... que, como proceso de vida unitario, no puede ser dividida en sus componentes individuales arbitrariamente”, que la omisión “no puede ser independizada”, que “no constituye un punto de apoyo idóneo para un

94 *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 171 y ss.

95 Expresión de SCHRÖEDER, *JZ*, 1989, p. 777. Las explicaciones siguientes se limitan a esta constelación y no se refieren con ello a la carencia del “cuidado interno”, cfr. en esta medida también ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 180 y ss.

96 *RGSt*, t. 63, p. 211.

97 *RGSt*, t. 63, p. 393.

98 WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 118 y ss.

99 Acerca del “principio de inversión”, cfr. ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 87 y ss.; STRUEN-SEE, *JZ*, 1977, p. 217 y ss.

examen independiente de la causalidad¹⁰⁰. No puede ser solucionada, además, con una valoración directa conforme al punto preponderante de la reprochabilidad o el sentido social de la acción o la omisión¹⁰¹, o con la afirmación de que “para la observación natural, que se apoya en la imagen de aparición externa... debe partirse de un *hecho omisivo* y no de un delito de omisión”¹⁰². También requiere una fundamentación, la afirmación de que “el ‘elemento omisivo’ de la acción contraria al cuidado, en tal medida, no es otra cosa que su modalidad de ejecución a ser valorada negativamente”¹⁰³, o, en su caso, “sólo un predicado de esta conducta”¹⁰⁴. La comprobación de que existe causalidad comisiva, y que por ello se puede penar por delito de comisión imprudente¹⁰⁵ no excluye la cuestión de si no se agrega, además, una omisión (delictiva). Finalmente, tampoco es suficiente invocar directamente la ausencia de un deber de acción: no estaría “naturalmente mandado, marcar el frasco con un cartel ‘Veneno’ y luego hacerla accesible... Más bien *está prohibido*, ejecutar una acción con una determinada cualidad: un frasco de veneno *sin* agregar precauciones...”¹⁰⁶. Pues según la opinión correcta, actualmente dominante, el *deber* de acción de evitación del resultado, o de garante, no es un elemento del tipo¹⁰⁷, y como tal, no aparece en ninguna parte de la estructura del delito; sólo los presupuestos de surgimiento del deber pertenecen a los elementos del tipo¹⁰⁸. De ello se sigue que tampoco se debe comprobar la falta de un deber de acción directamente, sino que sólo puede ser derivado a partir de la ausencia de uno de sus presupuestos.

La cuestión de si está concretado un delito de omisión en los casos aquí analizados sólo puede ser respondida en forma metódicamente concreta por *una* vía: mediante la subsunción en los presupuestos legales de la punibilidad completados y

100 Citas de WESSELS, *JZ*, 1967, pp. 450 y ss.; igualmente además *BGHSt*, t. 8, pp. 8, 11 y ss.; KIENAPFEL, *ÖJZ*, 1976, p. 283.

101 Así, empero, OLG DÜSSELDORF, *DAR*, 1986, p. 149; EBERT, *AT*, p. 152; WESSELS, *AT*, § 16, I, 2, p. 224.

102 WESSELS, *JZ*, 1967, p. 450.

103 WESSELS, *JZ*, 1967, p. 451.

104 KÜPPER, *Grenzen*, p. 77.

105 Así, en lo sustancial, la concepción prevaleciente, que deduce de allí la falta de un delito de omisión (autónomo); cfr. JESCHECK, *AT*, § 58, II, p. 545; ROXIN, *ZStW*, t. 74 (1962), p. 415; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 7; SAMSON, *Welzel-Festschrift*, pp. 589 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 119; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 203. STOFFERS, *Formel*, pp. 284 y ss., niega incluso ya un omitir.

106 ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 140; análogamente NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, p. 357; KÜPPER, *Grenzen*, p. 76, nota 28.

107 SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*, § 15, núm. 92; *BGHSt*, T. 16, p. 155; *T*, 19, p. 295.

108 ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 127 y ss., 307 y ss.

precisados por medio de la interpretación. Se debe analizar paso a paso si los casos mencionados cumplen el tipo (al igual que la antijuridicidad y la culpabilidad, en general no problemáticas) de un delito de omisión.

En el ejemplo del caso de los pelos de cabra¹⁰⁹: un fabricante entrega en su fábrica, para su reelaboración, pelos de cabra chinos que están infectados con bacilos de carburo, sin desinfectarlos previamente; cuatro trabajadoras se contagian y mueren de carbunco. Para facilitar el análisis se ha modificado el caso, suponiéndose que una desinfección habría evitado con seguridad un contagio con desenlace mortal¹¹⁰.

A pesar del homicidio imprudente realizado mediante un hacer activo, también puede ser analizado un homicidio imprudente por omisión (§§ 222, 13, *StGB*)¹¹¹. Junto a la producción del resultado típico, la ley exige que el delincuente “omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal” (§13, párr. 1, *StGB*). Una evitación del resultado es posible sin más ni más en los casos aquí en cuestión -por lo menos, así están pensados- tomando medidas de precaución: si los pelos de cabra hubieran sido desinfectados, las trabajadoras no habrían sufrido una infección mortal; si la partera se hubiera lavado las manos, la fiebre puerperal no se habría transmitido, etc. Si se agrega una posición de garante, entonces, el cumplimiento del tipo parece perfecto. La punibilidad por delito de omisión se excluye entonces sólo mediante las reglas del concurso de leyes.

Sin embargo, esta deducción pasaría por alto un presupuesto esencial del tipo del delito de omisión. Welzel lo denominó originariamente “situación fundamentadora del deber”¹¹², consolidándose más tarde la denominación “situación típica”¹¹³. La situación típica describe los “presupuestos, frente a cuya presencia el ordenamiento jurídico exige una intervención; ella caracteriza regularmente la meta

109 *RGS*, t. 63, p. 211.

110 Solamente ya este caso contradice la tesis cómoda, de economía intelectual, de la “intercambiabilidad entre hacer y omitir” (VOLK, *Tröndle-Festschrift*, 1989, pp. 225 y ss., también 235, 237). Dado que en el caso del comienzo no se pudo aclarar si los métodos de desinfección de entonces habrían evitado el contagio, no se pudo castigar por delito de omisión imprudente; por tanto, sólo se podrían intercambiar un omitir impune con un hacer punible.

111 Lo que se debería analizar es una cuestión de “tacto jurídico” (EBERHARD SCHMIDT, *Das Strafrechtspraktikum*, 3a. ed., 1949, p. 8). Lógicamente, no está prohibido de ningún modo el análisis de ningún tipo penal; éste resulta solamente más o menos evidente -según el estado del conocimiento y de la discusión-.

112 *NJW*, 1953, p. 328.

113 WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 204, 211; ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 96 y ss., 106, 318; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 11; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 16/25 y ss., y *Studienbuch, AT*, 12/16 y ss.; JESCHECK, *AT*, pp. 556 y ss.; *idem*, *LK*, 10a. ed., 1985, previo al § 13, núm. 87; HEIMANN-TROSSIEN/WOLFF, *LK*, 9a. ed., 1974, introducción, núm. 146.

de la acción mandada, el objeto sobre el cual se debe actuar, así como también, dado el caso, las demás circunstancias que son presupuestas para la intervención”¹¹⁴. En los delitos improprios de omisión de resultado, no es la producción del resultado lo que constituye esa situación¹¹⁵, sino la situación que existe *antes* de que el niño caiga en la fuente, es decir, brevemente: el peligro de producción del resultado típico¹¹⁶. Armin Kaufmann elaboró este supuesto al analizar la capacidad de acción, y la consideró en realidad, como un componente de ella, a ser separado sólo por razones de conveniencia¹¹⁷. Según esto, no sorprende que algunas presentaciones no mencionen la situación típica (en los delitos improprios de omisión), sino que aparentemente integran sus elementos en el requisito de la capacidad de acción¹¹⁸. Sin embargo, no sólo es conveniente considerar separadamente la situación típica, sino que también es necesario. Sólo de este modo queda claro que el § 13, *StGB*, no estatuye únicamente el deber de asistir y la correspondencia comisiva como supuesto de la punibilidad de la omisión. Contiene, asimismo, otros datos para la configuración de un tipo penal de omisión, a saber: la indicación de desarrollar aquellos elementos del tipo que tienen que estar realizados *antes* de la producción del resultado típico a ser evitado¹¹⁹. Cuando, por ejemplo, en el § 263, *StGB*, el error del engañado es un resultado típico intermedio que debe producirse antes del resultado final del daño patrimonial, entonces, del § 13, *StGB*, se deriva necesariamente que un delito de omisión sólo puede ser construido para la situación de un error *a producirse*¹²⁰, no para un error *ya producido*¹²¹. Sólo el tratamiento separado y la configuración de la situación típica, por lo tanto, deja libre la atención para la cuestión de qué circunstancias de riesgo, a partir de qué momento, generan un deber de acción.

114 WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 204; también ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 97, 36.

115 Así, empero, WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 211; contra él, acertadamente, JAKOBS, *AT*, 29/10, nota 17.

116 ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 318; RUDOLPHI, *SK*, previo al § 13, núm. 11; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 16/25 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, previo al § 13, núm. 148.

117 *Dogmatik*, pp. 96 y ss.

118 WESSELS, *AT*, § 16, II, § 19, IV, D; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, 3a. ed., 1981, núm. 1024, 1033; Jakobs, *AT*, 29/10 y ss.; él considera, incluso, que el concepto sería oscuro y prescindible.

119 Al respecto, ya en profundidad, SCHÖNE, *Erfolgsabwendungen*, pp. 326 y ss. En estas indicaciones se trata, según la expresión clásica de SCHÖNE, *H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1986, pp. 655 y 658, de “elementos de transmisión del tipo”.

120 Así, BOCKELMANN, *Eberhard Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 441 y ss.

121 Así, empero, la opinión dominante, cfr. SAMSON, *SK*, § 263, núms. 40 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*, § 263, núm. 18; WESSELS, *Strafrecht, BT*, t. 2, 15a. ed., 1992, § 13, II, 1, c.

En el caso de los pelos de cabra la situación típica podría residir en el peligro de infección de las trabajadoras con bacilos de carburo. Pero este es un peligro que recién surge de una acción futura planeada del inactivo, tal como la entrega del material contaminado. Welp deduce de ello que no habría “una coincidencia de formas de conducta del *delito total*, porque el deber de cuidado existe sólo con relación a la ejecución de la acción y no independientemente de ella”¹²². Pero esta idea debe continuar siendo elaborada. Entonces, se advierte que en el momento en que la medida de seguridad -omitida- podría ser ejecutada, no existe todavía un peligro *objetivo* de producción del resultado, independiente de la psiquis del autor. Pues el plan o la decisión de ejecutar una acción peligrosa subsiste, en tanto no sea realizado, únicamente como proceso psíquico del autor. De este modo, falta ya una situación típica a la que modificar en algo o en la que hubiera un bien jurídico en peligro a ser salvado. La ausencia de tal situación tiene también como consecuencia lógica, entonces, que no falta ni es posible una acción que sea exigida por un mandato formulado hipotéticamente¹²³, que, por tanto, no es lesionada una norma de mandato¹²⁴, que la inactividad no es “plenamente delictiva”¹²⁵ y que no hay una omisión que “reprochar” al actuante riesgosamente¹²⁶. Todos estos son fenómenos correctamente observados, por cierto, pero sólo secundarios, y que deben ser referidos a un concepto pasible de subsunción: este concepto lo ofrece la situación típica.

BIBLIOGRAFÍA

ADOLF MERKEL, A. (1867). *Kriminalistische Abhandlungen*. (Tomo 1). Breitkopf und Härtel.

122 WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 119.

123 No existe ningún deber de hacer imposible una acción riesgosa planeada, pues el ordenamiento jurídico ya se contrapone suficientemente a una acción peligrosa preexistente con la prohibición de esta acción. Según SCHRÖDER (*JZ*, 1989, p. 779), sin embargo, en el caso de posible compensación de riesgos, existiría, “junto a la prohibición, el mandato de una acción adicional”, aunque “esto sólo alternativamente”. Pero la formulación de un mandato adicional resulta normativamente superflua. Sería, además, un mandato cuya lesión no podría ser amenazada independientemente con pena en forma que tuviera sentido, sino sólo bajo la condición de la acción riesgosa a realizar: si los pelos de cabra no llegan a la elaboración, la omisión de la desinfección es penalmente irrelevante.

124 Así, la mayoría de los autores, que no le atribuyen al momento omisivo una significación autónoma, cfr. NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, p. 337; ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 139 y ss. *idem*, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 410; JAKOBS, *AT*, 9/6; SCHRÖEDER, *LK*, § 16, núm. 158; SCHÖNE, *H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, p. 353.

125 WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 119.

126 ROXIN, *AT*, § 24, núm. 12.

- ANDROULAKIS, N. (1963). *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*. Beck.
- BAUMANN, J. / WEBER, U. (1985). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (9ª ed.). Gieseking.
- BELING, E. (1930). *Grundzüge des Strafrechts*. (11ª ed.). J.C.B. Mohr.
- BERTEL, C. (1965). Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? Zu der Lehre von der actio libera in causa. *JuristenZeitung*, 20(2), 53–55.
- BLEI, H. (1983). *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*. (18ª ed.). Beck.
- DENCKER (1992). Zum Erfolg der Tötungsdelikte - Besprechung des BGH-Urteils vom 12. 2. 1992. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (7), 311-315.
- EBERT, U. (1985). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Müller.
- ENGISCH, K. (1930). *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Mohr.
- ENGISCH, K. (1930). *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der Ausg.
- ENGISCH, K. (1973). Tun und Unterlassen. En: LACKNER, K. (Ed.) et al, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*. De Gruyter.
- ENGISCH, K. (1973). Tun und Unterlassen. En: LACKNER, K. (Ed.) et al, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*. Walter de Gruyter.
- GEILEN, G. (1968). Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme: Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht. *JuristenZeitung*, 23(5/6), 145–152.
- GEILEN, G. (1977). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Brockmeyer.
- HAFT, F. (1990). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Beck.
- HERZBERG, R. (1972). *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Walter De Gruyter.
- HERZBERG, R. (1973). Der Anfang beim unechten Unterlassungsdelikt. *MDR*, 93.
- HIPPEL, R. (1930). *Deutsches Strafrecht*. Springer.
- HRUSCHKA, J. (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.

- JESCHECK, H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Duncker & Humblot.
- KAMPS, H. (1981). *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*. Duncker & Humblot.
- KAUFMANN, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Otto Schwartz & Co.
- KAUFMANN, A. (1959). *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Schwartz.
- KAUFMANN, A. (1971). Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren: Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung. *JuristenZeitung*, 26(18), 569–576.
- KAUFMANN, A. (1982). *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Heymann.
- KREY, V. (1991). *Strafrecht Besonderer Teil*. (Tomo 1, 8ª ed.). Kohlhammer.
- KÜPPER, G. (1990). *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Duncker & Humblot.
- LISZT, F. / SCHMIDT, E. (1932). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. (Tomo 1, 26ª ed.). De Gruyter.
- MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPE, H. (1989). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (7ª ed.). C.F. Müller.
- MEYER-BAHLBURG, H. (1968). Unterlassen durch Begehen. *Ga*, 49-ss.
- MEZGER, E. (1948). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Biederstein.
- MEZGER, E. (1949). *Strafrecht ein Lehrbuch*. (3ª ed.). Duncker & Humblot.
- MEZGER, E. / MAYER, H. (1958). Straf- und Strafprozeßrecht. *JuristenZeitung*, 13(9), 280–284.
- NIESE, W. (1951). *Finalität Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Mohr
- NOWAKOWSKI, F. (1958). Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit: Eine Besprechungsabhandlung: A. *JuristenZeitung*, 13(11/12), 335–341.
- OTTO, H. (1988). *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*. (3ª ed.). De Gruyter Lehrbuch.
- RANFT, O. (1987). Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten. *JuristenZeitung*, 42(19), 908-917.
- ROXIN, C. (1962). Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74(3), 411-444.

- ROXIN, C. (1969). En: BOCKELMANN, P. / KAUFMANN, A. / KLUG, U. (Eds), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Vittorio Klostermann.
- ROXIN, C. (1987). Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (8), 345-350.
- ROXIN, C. (1990). *Täterschaft und Tatherrschaft*. (5ª ed.). De Gruyter.
- ROXIN, C. (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Beck.
- SAMSON, E. (1974). Begehung und Unterlassung. En: STRATENWERTH, G. (Ed.) et al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Walter de Gruyter.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). J.C.B. Mohr.
- SCHMIDHÄUSER, E. / ALWART, H. (1984). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*. (2a ed.). J.C.B. Mohr.
- SCHMIDT, E. (1949). *Das Strafrechtspraktikum*. (3ª ed.). Vandenhoeck & Ruprecht.
- SCHÖNE, W. (1974). *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*. Heymann
- SCHÖNE, W. (1977). Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit. *JuristenZeitung*, 32(5/6), 150-159.
- SCHÖNE, W. (1986). Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz. En: HIRSCH, H. (Ed.) et al. *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. De Gruyter.
- SCHREIBER, M. (1986). Das Recht auf den eigenen Tod - zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (8), 337-345.
- SCHROEDER, F. (1989). Die fahrlässigkeit als erkennbarkeit der tatbestandsverwirklichung. *Juristenzeitung*, 44(17), 776-780.
- SCHROEDER, F. (1989). Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung. *JuristenZeitung*, 44(17), 776-780.
- SEELMANN, K. (1990). § 13. En: *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*. Luchterhand.
- SIEBER, U. (1983). Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme — Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH 3 StR 398/81 vom 10. 2. 1982. *JuristenZeitung*, 38(11/12), 431-437.
- SPENDEL, G. (1961). En: BÖCKELMANN, P. (Ed.) et al. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70*. Vandenhoeck & Ruprecht.

- SPENDEL, G. (1973). Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte. *Juristen-Zeitung*, 28(5/6), 137–144.
- STOFFERS, K. (1992). *Die Formel "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen*. Duncker & Humblot.
- STREE, W. (1991). § 13, núm. 158. En: SCHONKE, A. / SCHRODER, H., *Strafgesetzbuch*. (24ª ed.). C.H. BECK.
- STRUENSEE, E. (1977). Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte. *JuristenZeitung*, 32(7), 217–222.
- VOLK, K. (1989). Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme. En: H. JESCHECK, H. / VOGLER, T. (Eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*. De Gruyter.
- WELP, J. (1968). *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*. Duncker & Humblot.
- WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11ª ed.). De Gruyter Lehrbuch.
- WESSELS, J. (1967). Strafrecht Wehrrecht. *JuristenZeitung*, 22(14), 449–453.
- WESSELS, J. (1991). *Strafrecht besonderer Teil*. (Tomo 1, 15ª ed.). Müller Juristischer Verlag.
- WESSELS, J. (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (21ª ed.). C.F. Müller.
- WILHELM, E. (1992). *Die Konkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten*. [Tesis doctoral no publicada]. Universidad de Münster.
- WOLFF, E. (1965). *Kausalität von Tun und Unterlassen*. Winter
- ZIELINSKI, D. (1973). *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Duncker & Humblot.