

CUESTIONES CENTRALES DE LA OMISIÓN POR COMISIÓN

Marcelo LERMAN*

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2020

Fecha de aceptación: 4 de marzo de 2021

Resumen

La discusión relativa a si es posible la comisión de delitos de omisión mediante conductas activas tiene un desarrollo histórico de más de un siglo. De las cuestiones que son discutidas en este ámbito, la más interesante radica en preguntarse si determinados movimientos corporales a los que les sigue un resultado descrito por un tipo penal comisivo (p. ej. una muerte) pueden ser subsumidos, a pesar de ello, en delitos propios de omisión. Así, se trataría de supuestos en los que una conducta que se exterioriza en un movimiento corporal y que tiene como consecuencia un resultado lesivo típico se termina subsumiendo en un delito que es descrito mediante un texto que alude expresamente a omisiones.

Palabras clave: *omisiones – comisión por omisión – omisión por comisión – responsabilidad penal.*

Title: Justifying Omission by Commission

Abstract

The discussion as to whether it is possible to commit crimes of omission through active conducts has a historical development of more than a century. The most interesting of the questions that are discussed in this area is whether certain bodily movements that are followed by a result described in a crime of commission (e.g. a death) can nevertheless be considered as crimes of omission. Thus, it is a case in which a conduct that is externalized in a bodily movement and that results in a typical

* Doctor en Derecho (UBA). LL.M. (Universität Regensburg). Profesor adjunto interino (UBA) y profesor (UdeSA). Este artículo fue publicado previamente, con ligeras diferencias, en idioma alemán en el *Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag: Brücken bauen* (coordinado por Hilgendorf, Lerman, Córdoba, Dunker & Humblot, Berlín, 2020, pp. 551-662, trad. al alemán de Teresa Manso Porto). Destinado, entonces, al homenaje de mi maestro, Marcelo SANCINETTI, quien además de haber guiado mi formación en derecho penal desde que fui su alumno durante mis estudios de grado dirigió mi tesis doctoral presentada ante la Universidad de Buenos Aires en 2011, pretende resumir algunos de los aspectos centrales de esa tesis (que fue publicada en 2013 bajo el título “La omisión por comisión”).

harmful result is covered by a crime that is described in a text that expressly refers to omissions.

Key words: *omissions – commission by omission – omission by commission – criminal liability.*

Sumario: I. Descripción del problema; II. Dos problemas adicionales; III. Frustraciones de salvamentos de terceros que requieren de bienes de la esfera del autor; IV. Otros temas discutidos en materia de omisión por comisión (remisión); V. Palabras finales; VI. Bibliografía.

I. Descripción del problema

La discusión relativa a si es posible la comisión de delitos de omisión mediante conductas activas tiene un desarrollo histórico de más de un siglo, durante el cual se le fue asignando al tema diferentes alcances temáticos.¹ De las cuestiones que son discutidas en este ámbito, la más interesante en las consecuencias radica en preguntarse si determinados movimientos corporales a los que les sigue un resultado descrito por un tipo penal comisivo (p. ej. una muerte) pueden ser subsumidos, a pesar de ello, en delitos *proprios* de omisión (como caso paradigmático: en el delito de omisión de auxilios o socorro, art. 108, CP, § 323 c StGB). Así, se trataría de supuestos en los que una conducta que se exterioriza en un movimiento corporal y que tiene como consecuencia un resultado lesivo típico se termina subsumiendo en un delito que es descrito mediante un texto que alude expresamente a omisiones. Se trata de un problema paralelo (aunque inverso) al de la comisión por omisión (esto es: la ausencia de un movimiento determinado que se termina subsumiendo en un delito que, en la parte especial del código penal, está descrito mediante un lenguaje que hace alusión a conductas activas). De hecho, alguna vez la categoría bajo análisis fue incluso subestimada al señalarse que solo

¹ El tema bajo análisis tuvo diversas denominaciones en la historia dogmática. Se le asigna a VON ROHLAND el mérito de haber sido quien acuñó en 1908 el término “Ommisivdelikt durch Begehung” en su texto “Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen”. Sin dudas fue v. OVERBECK quien realizó el primer desarrollo dogmático del tema en su artículo “Unterlassung durch Begehung” (1922). La traducción más literal de esa fórmula utilizada por v. OVERBECK es la que predominó en español, quizá por el paralelismo que permite mostrar con los delitos improprios de omisión, por lo que fue utilizada en el título de mi tesis doctoral. ANDROULAKIS mantuvo una fórmula semejante: „Unterlassungsdelikte durch Begehung“ (cf. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Múnich y otra, C. H. Beck, 1963, p. 152). Actualmente predominan en alemán otras denominaciones como: “Unterlassen durch Tun” (ver ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C. H. Beck, 2003, § 31 n.º m. 99; STOFFERS, “Die Rechtsfigur Unterlassen durch Tun”, en *Juristische Arbeitsblätter*, fascículo 5, 1992), o “Begehung von Unterlassungsdelikten durch positives Tun” (FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2009, § 22, n.º m. 16), las que resultan ciertamente más precisas para describir el problema bajo análisis. Más denominaciones para la misma categoría son referidas en REINHOLD, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 255, nota al pie 692.

respondería a un imperativo estético, por ser atractivo pensar que, así como hay comisiones por omisión, debe haber omisiones por comisión.²

Durante el desarrollo histórico de la categoría se estudiaron como posibles candidatos a constituir omisiones por medio de un hacer activo supuestos muy diversos, que incluyen, p. ej., las retractaciones de salvamentos propios y la participación activa en delitos omisivos, entre otras varias cuestiones.³ Pero a los efectos de presentar la cuestión con mayor claridad, no abordaré el tema aquí en el orden en que fue tocado en la histórica dogmática (la retractación de salvamentos propios resultaría ser el tema al que inicialmente se aplicaron los mayores esfuerzos), sino que trataré a continuación el caso que parece ser más útil a los fines de demostrar la necesidad y utilidad de esta categoría.

Efectivamente, el tema principal puede ser presentado a partir del tratamiento de dos variantes de un caso ya clásico. En una primera variante piénsese en una persona que está amenazada por un cierto peligro para su vida: en el caso tradicional, es perseguida por una jauría de perros salvajes. Para conjurar el peligro debe ingresar en una vivienda que es la única en el lugar. El titular de ese inmueble no le abre la puerta y la víctima muere por el ataque de la jauría.

En esta primera variante la solución es clara: en la medida en que el titular de la casa no es ni el padre de la víctima, ni el dueño de los perros, ni un guardabosques, es decir, en tanto no es garante de evitación del resultado por ningún motivo en particular, estamos ante una mera omisión de auxilio o socorro (art. 108, CP, § 323 c StGB).

² Cf. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed. inalterada, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1988, pp. 194-195. Su conclusión sobre la categoría bajo análisis es expresada en la misma obra en p. 203 al decir que los delitos de omisión por medio de un hacer no existen.

³ Por cierto, la base de la discusión sobre el tema, aunque con alcances distintos a los que tiene hoy, se remontaría sin embargo a MERKEL, quien en 1867 plantea la pregunta de si es posible incumplir con un mandato mediante una acción positiva, p. ej., en el caso en el que un obligado a presentarse al servicio militar se escapa y se esconde (MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1867, pp. 90 ss.). En 1913, STUDDT dedicó su tesis doctoral —que no tuvo fuerte repercusión en la bibliografía posterior— a la doble pregunta relativa de si las prohibiciones pueden ser infringidas por omisiones y si los mandatos pueden serlo por medio de acciones, con el título de “Könenn verbote durch Unterlassen, gebotte durch Handeln übertreten werden?”. Pero, como se dijo, el texto de V. OVERBECK *supra* nota 1 fue el que dio origen a la discusión dogmática que persiste hasta la actualidad. Una reseña de la posición de MERKEL, V. OVERBECK y en general sobre la historia de la discusión de la categoría puede encontrarse en STOFFERS, *supra* nota 1, pp. 139-140.

Ahora pensemos en una segunda variante: supongamos un caso idéntico al anterior, con la única diferencia de que la puerta estaba inicialmente abierta y el titular del domicilio, luego de reconocer toda la situación, la cierra.⁴

Estamos ahora ante un movimiento corporal y un resultado de muerte, pero ¿es posible que por el hecho de que en esta variante el titular de la casa haya cerrado la puerta en lugar de no abrirla tengamos que aplicar ahora la pena del homicidio? Responder esta pregunta de modo afirmativo supondría tener que explicar por qué existe una diferencia de pena tan relevante respecto de la primera variante por el mero hecho de que la puerta estuviera abierta de antemano.⁵ Responderla de modo negativo supone reconocer una omisión por medio de un hacer positivo, en el sentido de que una conducta activa es subsumida en un delito propio de omisión.

Entiendo que aquella respuesta debe ser negativa, es decir, que no se configura un homicidio por cerrar la puerta. Ello por el hecho de que en ambas variantes del caso la conducta tiene un mismo significado (expresa un mismo mensaje): se le ha negado a un necesitado el acceso a la vivienda a la que tenía derecho a ingresar (solo) en virtud de su necesidad. Desde un punto de vista material la cuestión debe ser entendida del siguiente modo: el fundamento del deber de tolerancia en virtud de la necesidad del otro, derivado de la existencia de una causa de justificación (estado de necesidad justificante agresivo) que permite por parte de quien es perseguido por los perros una conducta en principio típica (la violación del domicilio), coincide con el fundamento del delito de omisión de auxilio.⁶ Este fundamento es descripto, según la doctrina dominante, como un deber de solidaridad mínimo.⁷ En definitiva, entonces, respecto del caso planteado correspondería decir que,

⁴ Cf. MEYER-BAHLBURG, “Unterlassen durch Begehen”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1968, p. 51, quien plantea el caso de quien huye de perros agresivos o de una repentina inundación y debe ingresar a una casa.

⁵ Ello es lo que no hace de modo suficiente WINTER, quien solucionaría de manera diferenciada ejemplos de esta clase según si la puerta estaba cerrada o abierta de antemano (cf. WINTER, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, Peter Lang, 2000, p. 147).

⁶ PAWLIK se refiere con razón a un paralelismo en la competencia entre el estado de necesidad justificante y el delito de omisión de auxilio (cf. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 251, con otras referencias en nota 574). Ver una problematización de la cuestión ya en PAWLIK, *Der Rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlín y otra, Walter de Gruyter, 2002, pp. 154-156. Sobre el punto ver también HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., Berlín y otra, Walter de Gruyter, 1988, p. 91 ss.

⁷ El uso de la palabra solidaridad en este contexto merece consideraciones particulares. En primer lugar, el uso coloquial de ese término supone la realización de una conducta a la que *no se está obligado*, por lo que quien la realiza tiene un *mérito*, mientras que aquí quien no realiza la conducta en cuestión recibe una pena. Pero además debe tenerse en cuenta lo afirmado por PAWLIK, quien ya en su artículo “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1995, renunciaba a fundamentar el delito de omisión de socorro y el deber de tolerar en

tanto quien cierra como quien no abre la puerta infringen, en ambos casos, lo que la doctrina dominante denomina un deber de solidaridad mínimo⁸ y no el deber general de no dañar a otro (*naeminem laedere*).⁹ No es relevante si la contraposición a ese deber de solidaridad se manifiesta mediante una acción u omisión¹⁰ y si se sigue viendo en ello alguna relevancia es por un resabio de una visión naturalista, que debe ser desterrada de un análisis normativo.¹¹ La sanción que debería

caso de necesidad ajena en un deber de solidaridad *intersubjetivo* entre individuos (p. 363). A su modo de ver, es el Estado el que tiene el deber de socorrer al necesitado, pero en la medida en que no llega a hacerlo, pesa sobre el ciudadano que ocasionalmente tiene la posibilidad de socorrer un deber cuasi-institucional que se le impone como una suerte de asistente estatal (p. 364). Si se tiene eso en cuenta, considero que se puede seguir hablando de solidaridad si se aclara que se trata de una solidaridad mediada por el Estado (solo en este sentido se seguirá hablando en el texto de deberes de solidaridad).

⁸ En los términos precisados en la nota anterior.

⁹ Una posición contraria puede verse en SILVA SÁNCHEZ, “Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem”, en Freund, Georg / Murmann, Uwe (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, p. 306. En un texto previo SILVA SÁNCHEZ había afirmado que entiende que, cuando el afectado por la conducta del necesitado (en el caso base, el dueño de la casa) neutraliza la conducta de este tendente a salvarse mediante su oposición activa directa o mediante la sustracción de los bienes que el necesitado pretendía alcanzar, la situación resultaría diferente y más grave que el caso de mera pasividad. SILVA SÁNCHEZ concluye que, en el caso de conducta activa, cabe fundamentar una responsabilidad por la lesión sufrida por los bienes jurídicos del necesitado (“Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Discusiones*, n.º 7, 2007, p. 40). Y más adelante señala que “...el derecho de necesidad aparece como derecho a que no se modifique el *statu quo* en perjuicio de los bienes del necesitado, eso es, empeorando su situación” (p. 49). Empero, en una posición como esta permanece sin explicación por qué la omisión de auxiliar activamente al necesitado tiene como consecuencia una pena tanto menor, a pesar de que también implica la negación de un bien necesario para el salvamento. Por lo demás, sobre la supuesta reconfiguración de las esferas jurídicas en casos de necesidad sostenida por SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS señala con agudeza que no resulta correcto comprender que en una situación de necesidad todas las esferas jurídicas de cada ciudadano queden redefinidas en beneficio del necesitado, pues no le parece correcto que los derechos de libertad de los ciudadanos puedan perder su carácter absoluto por el mero hecho de que los otros se hallen en situación de necesidad (ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 95-96).

¹⁰ Si se utiliza el lenguaje de JAKOBS es algo del orden de lo fenotípico (ver JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2012, p. 25), sin relevancia material; una mera cuestión técnica (cf. JAKOBS, “Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen”, en *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften*, n.º G344, Düsseldorf, Westdeutscher, 1996, p. 43).

¹¹ COCA VILA da cuenta de otra clase de casos en los que determinados cambios activos de un proceso causal que conducen a una lesión al redirigir un mal a un tercero no implican una conducta típica, en la medida en que se trata de actos de organización en la propia esfera; por ejemplo, si un excursionista esquivaba una piedra que termina, por eso, lesionado a otro (cf. COCA VILA, “Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht”, en *ZStW*, 2018, p. 988). Esta clase de casos también da cuenta del error que implica asociar directamente un movimiento al que le sigue un resultado lesivo para otro con la configuración de un delito de comisión.

aplicarse ante una violación activa u omisiva a tal deber de solidaridad mínimo debe ser idéntica: la prevista en el art. 108, CP (y en el § 323 c StGB).¹²

Desde un punto de vista terminológico creo que es correcto denominar al caso en el que el titular de la casa cierra la puerta como un supuesto de “omitir mediante un hacer”. Ello, en el sentido de que un movimiento corporal termina siendo subsumido en un delito propio de omisión que utiliza un lenguaje referido a ausencias de movimientos para describir la conducta típica. Pero lo sustancial no es tanto esa denominación, sino comprender que la conducta activa consistente en contraponerse al deber de tolerancia establecido *solo* por la necesidad ajena y la conducta omisiva consistente en no paliar la necesidad ajena, son dos manifestaciones de una misma falta: el no cumplir con un deber que es impuesto estatalmente para socorrer a alguien que se encuentra necesitado, por el mero hecho de que él está necesitado y de que uno está en condiciones de ayudarlo.

En definitiva, con respecto a las dos variantes hasta ahora analizadas del caso de la jauría, lo relevante es que se trata de dos diferentes formas externas de contraposición a un mismo deber material y que, por lo tanto, no pueden tener un tratamiento diferente. Esto supone entender que es correcto catalogar a la forma activa como una “omisión por medio de un hacer”, si comprendemos por ello un caso en que una conducta activa se subsume en un delito que es descrito en la parte especial del Código Penal mediante un lenguaje que, en principio, remite a omisiones: omitir prestar socorro.¹³

II. Dos problemas adicionales

Dos cuestiones que se pueden plantear a partir de ciertas modificaciones del caso de la jauría en su segunda variante, esto es, aquella en la cual el autor le cierra activamente la puerta al necesitado, sirven para completar el panorama inicial. Así, en primer lugar, debe preguntarse ¿qué ocurre si quien cierra la puerta es el guardabosques o el esposo de la víctima? La segunda cuestión puede ser descrita con la siguiente pregunta: ¿qué sucede si en lugar de cerrar la puerta de la propia casa lo

¹² Es por ello correcta la subsunción del caso que hace MEYER-BAHLBURG (*supra* nota 4, p. 51). Desde ya, solo se configurará una omisión de auxilios en la medida en que el peligro que amenace producirse sea uno de aquellos que en esa norma hagan obligatorio socorrer. Por otra parte, la cuestión de si la magnitud de la sanción que prevé esa norma es suficiente o si está acaso subvaluada (para acciones u omisiones que se subsuman en esta) es una cuestión diferente que no puede ser tratada aquí. Cabe sí afirmar que resulta claro que tal sanción debe ser esencialmente inferior a aquellas que surgen de la contraposición al deber general de no dañar.

¹³ La conducta de quien cierra activamente la puerta puede ser entendida, como se verá luego, como la interrupción de un curso causal salvador de la propia víctima realizado mediante la negación de una intervención propia que es requerida. Por ello entiendo que también con el criterio establecido en HILGENDORF / VALERIUS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., Múnich, G.H. Beck, 2015, cap. 11, n.º m. 13, podría llegar a considerarse aquí una omisión de auxilios.

que hace el autor es correr una roca y así tapan el ingreso a una cueva en la cual podía resguardarse la víctima que huía de la jauría?

En ambos casos entiendo que debe aplicarse la pena del delito comisivo (homicidio) y no la de la omisión de auxilio, aunque en cada uno de ellos por fundamentos diferentes.

1. Autor garante de evitar el resultado

En la primera de las cuestiones recién planteadas —caso en el que quien cierra la puerta es el guardabosques o cualquiera que sea garante de la evitación del resultado—, estamos ante un supuesto en el cual debería aplicarse la escala del delito comisivo en virtud de que se trata de un delito impropio de omisión. No se da el caso en que el movimiento corporal realizado se subsuma en forma directa en el tipo penal descrito con lenguaje causal o comisivo, sino que el movimiento como tal, el cerrar la puerta de la propia casa frente al necesitado, solo representa una omisión de ayudar, un negarle algo a lo que tiene derecho el sujeto en virtud de su necesidad (que el autor debe solucionar por ser garante). Hablando ahora en términos clásicos, sería su particular posición de garantía frente a los peligros del bosque para los visitantes lo que hace que deba responder por ese resultado de muerte con la pena del homicidio. Por ello, aquí la aplicación de la escala penal del delito comisivo se da de la misma forma que en los delitos impropios de omisión. Si se quiere, estamos ante una “omisión por medio de un hacer en el ámbito de los delitos impropios de omisión”. En términos llanos: aunque el autor mueve su cuerpo, la imputación del resultado lesivo no se le atribuye por lo causado por su movimiento, sino por el no ayudar (que se manifiesta mediante una acción) al ser garante (p. ej., en virtud de su cualidad de guardabosques).

Frente a la crítica de que estas distinciones solo tienen un carácter estético, debe decirse, en realidad, que el hecho de que esto tenga o no consecuencias prácticas en la medida de la pena depende de si el régimen jurídico tiene una cláusula de atenuación para la omisión impropia y de si esa cláusula está justificada materialmente.¹⁴ Por cierto, los casos más problemáticos e interesantes en materia de omisión por comisión son, como se dijo, aquellos en los cuales el autor no es garante (a diferencia del autor del último ejemplo). Pues en aquellos la cuestión radica en determinar si la

¹⁴ En “Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte”, en *Goldammer’s archiv für Strafrecht*, 2/2008, he señalado que, a mi criterio, una cláusula como la del § 13.2, StGB no tienen ningún fundamento atendible. No es posible desarrollar aquí este tema, pero en los lineamientos centrales puede decirse que una cláusula de esa clase solo encuentra fundamento en un esquema naturalista, en el cual el cometer tiene un plus de disvalor asociado a la idea de causar con el propio cuerpo la lesión. Una postura que evalúe el tema desde una perspectiva normativa no puede fundar una diferencia en la reacción ante la omisión de un garante, al menos no una diferencia que se fundamente justamente en que estamos ante una omisión.

conducta debe ser evaluada como subsumible en un delito comisivo o, en su caso, en una omisión de auxilio, con la consecuente notoria diferencia punitiva.

2. El caso de la cueva

Ahora bien, la segunda cuestión a tratar está dada por el supuesto en el que lo que obstruye el autor es el ingreso a una cueva (con ello se quiere decir: a un lugar de acceso público).¹⁵ Considero que en estos casos el movimiento corporal del sujeto debe ser subsumido de modo directo en el delito de comisión. Puede parecer inicialmente preocupante que se resuelva de forma diferente si se obstruye la entrada a una casa o a una cueva. Sin embargo, ello no debe sorprender. El dar acceso a la vivienda es una facultad de su titular y si debe ceder a esta ante un necesitado, ello ocurre solo en función de la existencia de tal necesidad. El incumplir (activa o pasivamente) ese deber de ceder o tolerar no implica dañar, sino solo no ser solidario (en los términos antes aclarados) cuando es obligatorio serlo.

Por el contrario, el acceso a la cueva es un derecho que el necesitado no tiene *exclusivamente por su necesidad*. El autor y el necesitado están, en situaciones normales (sin necesidad), en pie de igualdad respecto del ingreso a la cueva: ambos pueden ingresar. En cambio, en situaciones normales el necesitado no tendría derecho a ingresar a la casa y el autor podría abrir o cerrar su puerta (dar o no acceso) como lo desee. El contraponerse activamente a que un necesitado obtenga un elemento de salvamento al cual también en situaciones normales (sin necesidad) tendría derecho a acceder implica, a mi juicio, dañarlo, es decir, violar el principio *neminem laedere*. Pues aquí sí estamos ante una alteración de la esfera de derechos del necesitado que no surge solo *por su necesidad*. Y, por cierto, el privilegio de utilizar los bienes de propiedad común por el mero hecho de llegar primero sí debe ceder, en sentido fuerte, en favor del necesitado. La regla *prior in tempore potior in iure* solo puede funcionar aquí como una regulación a considerar en la medida en que quien llega en segundo lugar no necesite ingresar al lugar público para salvar sus bienes, es decir, que no tenga una necesidad de la que el primero en llegar carece.

Como se puede advertir, este último ejemplo da cuenta de que no siempre el interponer un obstáculo a un curso de salvamento iniciado por la víctima (la carrera hacia un lugar donde pueda estar a salvo) va a suponer la existencia de un delito de omisión por medio de un hacer. Más bien la

¹⁵ Fue el homenajeado quien me llevó a reflexionar sobre este caso, al plantearlo como cuestión problemática en una clase de su curso de teoría del delito para estudiantes de posgrado a la que me invitó a presentar algunas conclusiones preliminares de mi investigación doctoral. Lo cierto es que el desafío que plantea este caso derivó en el desarrollo de uno de los aspectos más importantes de la investigación.

regla es la contraria: en principio esa clase de interrupciones de cursos causales salvadores iniciados por la víctima deben ser interpretados como lesiones al deber general de no dañar. Así, p. ej., si alguien interpone un tronco delante de quien está huyendo de la jauría, con la consecuencia de que la víctima tropieza y es matada por los perros, responde por el delito de lesión.

En efecto, la regla para las conductas de interrupciones de cursos causales salvadores de la naturaleza o de terceros es que estas se subsumen en el delito comisivo correspondiente,¹⁶ tal como lo sostiene la doctrina mayoritaria,¹⁷ lo que deber regir también para las interrupciones de salvamentos iniciados por la víctima. Solo cuando está implicada una acción sobre un bien necesario para el salvamento que el autor tenga originariamente en su esfera de derechos y deba dejar a disposición de la víctima a raíz de la necesidad de esta, estaremos ante una omisión por medio de un hacer (entendida como una conducta activa que se subsume en un tipo penal de omisión propia en la medida en que el autor no sea garante por un motivo diverso).

III. Frustraciones de salvamentos de terceros que requieren de bienes de la esfera del autor

Tras las afirmaciones realizadas en el título anterior debe aclararse que, por supuesto, si lo que hace el autor es frustrar un salvamento emprendido por un tercero interviniendo sobre un bien de su titularidad (de titularidad del autor), cuyo uso debería ceder en favor del necesitado, la solución correcta es que estamos ante una omisión por comisión. Así, el caso analizado por RANFT,¹⁸ en el

¹⁶ No se puede entrar aquí en la fundamentación relativa a por qué esta es la solución correcta (ver al respecto en detalle LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pp. 199-216 y LERMAN, “Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa”, en *Lecciones y ensayos*, n.º 93, 2014). Basta con decir que se parte de la idea de que los delitos de comisión pura y simple lesivos de los bienes jurídicos más fundamentales también pueden ser vistos en muchos casos como interrupciones de procesos salvadores (p. ej.: cuando se asfixia, se priva de la llegada de aire como medio salvador al igual que cuando se priva a alguien de agua), con la única diferencia de que en los casos que denominamos como interrupciones de salvamento esos procesos pueden tener un mayor grado de inseguridad, o mejor dicho, existe cierta probabilidad de que el proceso se configure de una manera diferente. Esas consideraciones demuestran que no se puede partir de una diferenciación fuerte entre causación directa e interrupción de cursos causales salvadores.

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, pretende fundar para esta clase de casos la existencia de una tercera forma de comisión de los tipos penales (Cf. GIMBERNAT ORDEIG, “Eine dritte Form der Tatbestandsverwirklichung: die Unterbrechung von rettenden Kausalverläufen, Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus”, en *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Colonia y otras, Carl Heymanns Verlag, 2005 pp. 177 y ss., con referencias a la posición mayoritaria y otras posturas minoritarias en pp. 171 ss.). Una crítica a esta argumentación puede verse en LERMAN, *supra* nota 16, *La omisión por comisión*, p. 149-150.

¹⁸ RANFT, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, en *Juristische Schulung*, 1963, 9.ª parte, p. 341.

cual el dueño del único bote disponible necesario para que un sujeto emprenda el salvamento de otro que se está ahogando retiene el bote por la fuerza e impide el salvamento, incurre, a mi juicio, en omisión de socorro.¹⁹ Y es claro que ese supuesto debe ser solucionado del mismo modo que si el titular del bote lo tuviera en un compartimento cerrado con llave y su conducta consistiera en omitir entregarle la llave a quien quería emprender el salvamento (es decir, un ejemplo análogo, en el que el no ayudar se manifiesta en una inactividad).

Es fundamental tener en cuenta que lo relevante para la solución de esta clase de casos no es quién sea el *dueño* del bien que se requiere para salvar, en el sentido de quién sea el titular de dominio. Lo decisivo es quién tiene la posibilidad de ejercer derechos sobre ese bien: también omite socorrer (art. 108, CP, § 323 c StGB) el locatario del bote que niega activamente que se utilice ese bien en beneficio del propietario, que se lo ha arrendado, quien lo necesita para salvarse.

Cabe aclarar también que en este tipo de supuestos (es decir, aquellos como los del ejemplo tratado por RANFT), para que exista una omisión mediante un hacer también debe tratarse de un bien salvador respecto del cual el autor, en situaciones normales, tenga derecho a intervenir libremente y que deba cederlo solo en virtud de la necesidad del otro. En cambio, si tanto el necesitado como el autor tienen, en situaciones normales, el mismo derecho sobre el bien, la conducta puede ser vista como una lesión (p. ej.: el autor y el necesitado son co-propietarios del bote).

IV. Otros temas discutidos en materia de omisión por comisión (remisión)

Hasta aquí se ha presentado la cuestión que entiendo fundamental para comprender los supuestos más relevantes para los cuales podría aplicarse la categoría de omitir mediante un hacer. Existen al menos tres grupos temáticos respecto de los cuales la doctrina ha discutido la aplicación de esta categoría: la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por uno mismo (el autor comienza a socorrer y luego desactiva el salvamento mediante una conducta activa),²⁰ los casos de

¹⁹ Referencias sobre autores que lo solucionan de manera opuesta pueden verse en SEELMANN, en *Nomos Kommentar zum StGB*, compilada por NEUMANN, Ulfrid / PUPPE, Igeborg / SCHILD, Wolfgang (comps.), t. 1, 1.ª ed., Baden Baden, Nomos, 1995, § 13, n.º m. 25.

²⁰ Sobre el punto resulta muy relevante el texto de SAMSON, “Begehen und Unterlassung”, en STRATENWERTH, Günter / KAUFMANN, Armin / GEILEN, Gerd / HIRSCH, Hans J. / SCHREIBER, Hans-Ludwig / JAKOBS, Günter / LOOS, Fritz (comps.), *Festschrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag*, Berlín y otra, Walter de Gruyter, 1974 (ver esp. pp. 582 ss.) y la discusión allí planteada respecto de las posiciones de ROXIN en “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, en

omissio libera in causa (interrupción activa de la capacidad de salvamento futura propia) y la participación activa en una omisión del autor principal.²¹ En algunos de esos ámbitos temáticos también pueden encontrarse supuestos a los que corresponde aplicar la categoría de la omisión mediante un hacer, pero no es posible ocuparse aquí de estos temas con el detalle que requieren.²² Solamente se quiso desarrollar en este texto aquella cuestión que puede servir de punto de partida para afrontar toda discusión particular relativa a la omisión mediante un hacer activo en los ámbitos en los que puede presentarse como problemática.

V. Palabras finales

Quiero dedicarle las últimas líneas al homenajeado. Su obra dogmática es voluminosa y fundamental para cualquiera que desee estudiar racionalmente la teoría de la imputación. Pero quería destacar aquí su actividad como formador de varias generaciones de penalistas.²³ Como profesor titular de cátedra en la Universidad de Buenos Aires enseñó con claridad y maestría las cuestiones verdaderamente importantes de la materia. También incentivó a aquellos que tenían interés por la dogmática a que estudiaran el idioma alemán y pudieran acceder así a los últimos desarrollos de la doctrina. El fomento por parte del homenajeado al estudio de los desarrollos de la dogmática alemana ha sido permanente y fue acompañado de una inmensa actividad de traducción, que permitió que muchísimas personas del mundo hispanohablante accedan a obras fundamentales, que no podrían haber leído sin que él hubiese realizado el esfuerzo personal de traducirlas al español. Por ello, entiendo que este muy merecido *Festschrift*, editado en Alemania y con participación de autores de diversos países, es el homenaje ideal para él. Pues da cuenta de que ha tendido puentes con la ciencia alemana, que han permitido que otros transiten. Tal tarea en favor de los demás merece un especial reconocimiento.

VI. Bibliografía

ANDROULAKIS, Nikolaos, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Múnich y otra, C. H. Beck, 1963.

BOCKELMANN, Paul / KAUFMANN, Arthur / LUG, Ulrich (comps.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1969.

²¹ Para la resolución de esta cuestión resultan a mi criterio fundamentales las críticas del homenajeado a la idea de accesoriidad de la participación. SANCINETTI siempre ha sostenido la necesidad de un ilícito personal, poniendo en crisis las visiones tradicionales de la accesoriidad en la participación, el respecto ver en particular SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 627 ss.; ÍDEM, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, cap. II, pp. 57 ss.

²² Todos ellos fueron abordados detalladamente en LERMAN, *supra* nota 16, *La omisión por comisión*, pp. 245-260.

COCA VILA, Ivó, “Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht”, en *ZStW*, 2018, pp. 959-1006.

FRISTER, Helmut, *Strafrecht allgemeiner teil*, 8.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Eine dritte Form der Tatbestandsverwirklichung: die Unterbrechung von rettenden Kausalverläufen, Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus”, en *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Colonia y otras, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 163-190.

HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., Múnich, G.H. Beck, 2015.

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., Berlín y otra, Walter de Gruyer, 1988.

JAKOBS, Günther, “Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen”, en *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften*, n.º G344, Düsseldorf, Westdeutscher, 1996.

— *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2012.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed. inalterada, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1988.

LERMAN, Marcelo, “Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte”, en *Goldammer’s archiv für Strafrecht*, 2/08, pp. 78-91.

— *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

— “Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa”, en *Lecciones y ensayos*, n.º 93, 2014, pp.131-147.

MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1867.

MEYER-BAHLBURG, Hartwig, “Unterlassen durch Begehen”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1968, pp. 49-53.

V. OVERBECK: “Unterlassung durch Begehung”, en *Der Gerichtssaal* 88, 1922, pp. 319-377.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers. Gundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

— *Der Rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlín y otra, Walter de Gruyer, 2002.

— “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, en *Goltammer’s Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 360-372.

RANFT, Otfried, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, en *Juristische Schulung*, 1963, 9.^a parte, pp. 340-343.

REINHOLD, Joachi, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y Cómplices*, Barcelona, Atelier, 2006.

v. ROHLAND, “Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen”, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band I*, Berlín, 1908.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C. H. Beck, 2003.

— “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, en BOCKELMANN, Paul / KAUFMANN, Arthur / LUG, Ulrich (comps.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1969.

SAMSON, Erich, “Begehen und Unterlassung”, en STRATENWERTH, Günter / KAUFMANN, Armin / GEILEN, Gerd / HIRSCH, Hans J. / SCHREIBER, Hans-Ludwig / JAKOBS, Günter / LOOS, Fritz (comps.), *Festschrift für Hans Welzel, zum 70. Geburtstag*, Berlín y otra, Walter de Gruyer, 1974.

SANCINETTI, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

— *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

— Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs (trad. Cancio MELIÁ y otros), Köln y otras, Carl Heymanns Verlag, 1995.

— *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, Temis, 1995.

— *Casos de Derecho penal*, 3.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SEELMANN, Kurt, en *Nomos Kommentar zum StGB*, compilada por NEUMANN, Ulfrid / PUPPE, Igeborg / SCHILD, Wolfgang (comps.), t. 1, 1.ª ed., Baden Baden, Nomos, 1995, § 13.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en *Discusiones*, n.º 7, 2007, pp. 25-56.

— “Abbruch eines fremden rettenden Kausalverlaufs im eigenen Organisationsbereich: ein Rechtfertigungsproblem”, en FREUND, Georg / MURMANN, Uwe (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, pp. 299-313.

STOFFERS, Kristian, “Die Rechtsfigur Unterlassen durch Tun”, en *Juristische Arbeitsblätter*, fascículo 5, 1992, pp. 138-141.

STUDT, Johannes, *Könnenn verbote durch Unterlassen, gebotte durch Handeln übertreten werden?*, Berlín, Trenkel, 1913.

WINTER, Axel, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, Peter Lang, 2000.