



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

MAÑALICH R, JUAN PABLO
OMISIÓN DEL GARANTE E INTERVENCIÓN DELICTIVA. UNA RECONSTRUCCIÓN
DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 21, núm. 2, 2014, pp. 225-276
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041328007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

OMISIÓN DEL GARANTE E INTERVENCIÓN DELICTIVA. UNA RECONSTRUCCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS*

JUAN PABLO MAÑALICH R.**

RESUMEN: El artículo propone una determinada comprensión de los así llamados “delitos de omisión impropia”, encaminada a clarificar el estatus de la exigencia de una posición de garantía. Esta clarificación hace posible identificar una ambigüedad sistemática exhibida por el concepto de posición de garantía, constituida por el hecho de que el garante que omite una determinada acción también pueda venir en consideración como eventual interviniente, ya sea como autor o partícipe, en un delito comisivo. En pos de desambiguar el concepto de posición de garantía, el trabajo ofrece un modelo construido sobre una integración de la teoría de las normas y la teoría de la acción, cuyo rendimiento es sometido a comprobación a través de su aplicación a una serie de casos ilustrativos, cuyo análisis arroja una muestra suficientemente exhaustiva de las diferentes posibilidades combinatorias en lo relativo a la interrelación entre las categorías de omisión del garante e intervención delictiva.

PALABRAS CLAVE: Teoría de las normas - delitos de omisión impropia - posición de garantía - teoría de la acción - autoría y participación

* El trabajo se inserta en el Proyecto Fondecyt N° 11110274, titulado “La ontología del hecho punible”. Agradezco la generosa colaboración editorial de Italo Reyes Romero y Alejandra Olave Albertini, ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El artículo está dedicado a la memoria de Joachim Vogel, cuyo demasiado temprano fallecimiento tuviésemos que lamentar el 17 de agosto de 2013, y a cuya excepcional tesis doctoral publicada en 1993, que ofreciera una refinadísima reconstrucción de la dogmática de los delitos de omisión impropia, debo buena parte de mi confianza en el rendimiento de la teoría de las normas como herramienta para la reelaboración científica del derecho penal.

Fecha de recepción: 6 de abril de 2014.

Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2014.

** Doctor en derecho, Universidad de Bonn (ALEMANIA). Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (CHILE). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (CHILE). Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

OMISSION BY A GUARANTOR AND RESPONSIBILITY AS PRINCIPAL OR ACCESSORY A NORM-THEORETICAL RECONSTRUCTION

ABSTRACT: The article sets forward a certain understanding of the so called “improper omission offences”, which leads to a clarification of the requirement of a guarantor position. This clarification enables an identification of a systematic ambiguity exhibited by the concept of a guarantor position, which rests upon the fact that the guarantor who omits a given action can also have responsibility as a principal or as an accessory to a commission offence. In order to disambiguate the concept of a guarantor position, the article offers a model built upon an integration of norm theory and action theory, whose performance is tested through its application to a wide series of cases. The case analysis gives a sufficiently vast sample of the different combinatory possibilities concerning the interrelation between the categories of omission by a guarantor and principal and accessory responsibility.

KEY WORDS: Theory of norms - ‘improper’ omission offences - guarantor position - theory of action - principals and accessories

Sumario: Introducción – 1. ¿Los delitos de “omisión propia” como delitos de “comisión por omisión”? – 2. Los delitos de omisión propia como delitos de no impedimento de un resultado – 3. Los delitos de omisión propia como delitos especiales-de-garante – 4. Autoría y participación como estructuras de imputación: acción principal versus acción auxiliar – 5. Omisión del garante e intervención delictiva – 5.1. Garante omitente como autor mediato de un delito comisivo – 5.2. Garante omitente como autor mediato de un delito de omisivo – 5.3. Garantes omitentes como coautores de un delito omisivo – 5.4. Garante omitente como coautor de un delito comisivo – 5.5. Garante omitente como autor directo de un delito omisivo – 5.6. Garante omitente como cómplice de un delito comisivo – 5.7. Garante omitente como inductor de un delito omisivo – 6. Recapitulación – Bibliografía citada

INTRODUCCIÓN

“La coautoría y la participación en la omisión son inimaginables”. Así de categórica es la toma de posición que preside los dos brevísimos párrafos que el muy influyente tratado de Cury destina al problema del “concurso de delincuentes” en el contexto de “la teoría del delito

omisivo”¹. El presente trabajo pretende ofrecer una propuesta de clarificación de este difícil problema, que de ser exitosa tendría que favorecer una nada de marginal rectificación del *dictum* de Cury.

1) ¿LOS DELITOS DE “OMISIÓN IMPROPIA” COMO DELITOS DE “COMISIÓN POR OMISIÓN”?

En sentido jurídico-penal, por “delito” cabe entender el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, en tanto norma reforzada por una o más normas de sanción². Que una norma de comportamiento se encuentre reforzada por una norma de sanción penal significa, más precisamente, que el quebrantamiento imputable de la primera norma (en tal medida, “primaria”) cuenta como el presupuesto institucional de imposición de la consecuencia jurídica establecida por la segunda norma (en tal medida, “secundaria”)³. Esta observación podría parecer trivial, pero ella posibilita plantear con claridad la pregunta concerniente a la estructura de los así llamados “delitos de omisión impropia”. Pues justamente en referencia a la identificación de la norma cuyo quebrantamiento pudiera ser constitutivo de un delito de esta índole se dejan contraponer las dos posibilidades teóricas fundamentales en lo tocante a su estructura, cuya diferenciación exacta responde a una divergencia en cuanto al significado mismo del adjetivo “impropia” en el contexto de la expresión “delitos de omisión impropia”.

La primera posibilidad consiste en identificar la norma cuyo quebrantamiento imputable pudiera ser constitutivo de un delito de omisión impropia con la norma de prohibición cuyo quebrantamiento sería *ceteris paribus* constitutivo del correspondiente delito comisivo. Así por ejemplo, el autor de un delito de homicidio en omisión impropia quebrantaría la misma norma que el autor de un delito comisivo de homicidio, a saber: la prohibición de matar a otro. Esto vuelve del todo comprensible, desde ya, que bajo esta primera posibilidad teórica la estructura de un delito de omisión impropia sea caracterizada como la de un delito de “comisión

¹ CURY, Enrique (2005). *Derecho Penal Parte General*. 8^a edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica, 812 pp., p. 689.

² Para la distinción entre los conceptos de delito y hecho punible, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2011). “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho UACH*, vol. 24, pp. 87-115, pp. 89 ss.

³ Detalladamente al respecto MAÑALICH, Juan Pablo (2012). “Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en El concepto de derecho de H.L.A. Hart”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012, pp. 571-585, pp. 578 ss.

por omisión”⁴. Pues normológicamente, el delito así constituido exhibiría la estructura de un delito comisivo, aunque “con la peculiaridad” de tratarse de una comisión *omisiva*. De ahí que, bajo esta concepción, la *impropiedad* de un delito de omisión impropia concierne precisamente a su estatus como delito omisivo. O dicho de otro modo: bajo esta concepción, un delito de omisión impropia es un delito de omisión *impropio*⁵.

Particularmente bajo la canónica formulación que Nagler diera a esta concepción, el problema resultaría ser uno de adecuación típica: “Por ello –observa Nagler– la comisión por omisión solo puede ser asumida si la inactividad se muestra como una acción en el sentido del tipo y equivale con ello a la actividad según la voluntad de la ley”⁶. El criterio para identificar qué omisiones resultarían adecuadas al respectivo tipo de delito comisivo no es otro, según Nagler, que el criterio de la posición de garante. Pues estando quien omite la acción impeditiva del correspondiente resultado jurídicamente obligado a garantizar la indemnidad del bien jurídico cuyo menoscabo es constitutivo de ese mismo resultado, dice Nagler, su omisión del impedimento de tal resultado se encontraría “jurídicamente en el mismo nivel que la actividad designada en el tipo legal”⁷. En tal medida, el garante estaría en condiciones de quebrantar la respectiva norma de prohibición tanto por vía de una “acción ejecutiva” como por vía de “pasividad”⁸.

Pero Nagler no se muestra del todo convencido de la pulcritud de su propia tesis. Desde ya, e inmediatamente a continuación, él mismo precisa que en esta operación de equiparación de “actividad” y “pasividad” se trataría de una *rectificación* del alcance del tipo de delito, a través de una “interpretación extensiva teleológicamente orientada”⁹. Esto sugiere, entonces, que el problema no es uno de simple subsunción, lo cual se ve confirmado por la cita que Nagler, pretendidamente en apoyo de su tesis, hace del siguiente pasaje de von Kries:

“El problema de los delitos comisivos por omisión se reduce exclusivamente, por ello, a la pregunta de bajo qué circunstancias las prohibicio-

⁴ Fundamental NAGLER, Johannes (1938). “Die Problematik der Begehung durch Unterlassung”. *Gerichtssaal*, vol. 111, pp. 1-121, pp. 51 ss.; coincidentemente Novoa, Eduardo (1984). *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 214 pp., pp. 120 ss. Semejante concepción también es asumida por IZQUIERDO, Cristóbal (2006). “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, pp. 329-343, p. 330.

⁵ Aquí puede no ser del todo baladí consignar que la traducción más natural de la expresión alemana “unechte Unterlassungsdelikte” sería justamente “delitos de omisión *impropios*”, en la medida en que el adjetivo “unecht” se encuentra referido, en ese contexto, al sustantivo (plural) “Delikte” y no al sustantivo (singular) “Unterlassung”.

⁶ NAGLER (1938) 53.

⁷ NAGLER (1938) 60.

⁸ NAGLER (1938) 61.

⁹ NAGLER (1938) 61.

nes del derecho penal se convierten en requerimientos, que obliguen a un actuar determinado”¹⁰.

Como se intentará mostrar a continuación, la muy precisa formulación de Von Kries resulta justamente incompatible con la tesis según la cual un delito de omisión impropia pudiera ser identificado con el quebrantamiento imputable de una norma de prohibición.

En efecto, el problema precisamente radica en las premisas normológicas de esta última tesis¹¹. Pues lo que sus partidarios tienen que afirmar es, ni más ni menos, lo siguiente: el padre que en tanto garante omite impedir la muerte por inmersión de su hijo pequeño que arriesga ahogarse en el mar, *mataría* a su hijo por esa misma vía¹². En contra de ello no tiene mayor sentido esgrimir la objeción semántica de que sería a todas luces inapropiado decir que el padre que no ha impedido que su hijo muera lo ha matado. Y no porque esa objeción no sea en sus propios términos correcta¹³, sino más bien porque ello puede resultar metodológicamente ingenuo: quien de verdad piensa que el padre que omite impedir

¹⁰ NAGLER (1938) 109.

¹¹ Véase ya HRUSCHKA, Joachim (1979). “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”. En Kaufmann, Arthur et al. (coordinador): *Festschrift für Paul Bockelmann*. Múnich: C.H. Beck, pp. 421-436, pp. 433 ss.; fundamental VOGEL, Joachim (1993). *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlín: Duncker & Humblot, 405 pp., pp. 94 ss., 126 ss.

¹² Véase GIMBERNAT, Enrique (2013). *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 498 pp., pp. 334 ss., quien, a pesar de sostener que un delito de omisión siempre estaría constituido por el quebrantamiento de una norma de “mandato” y jamás por una norma de prohibición, afirma inmediatamente a continuación que la norma “no matarás” no “equivalearía” simplemente a “la norma prohibitiva ‘no causarás la muerte’”, sino que “encerraría” también “la norma preceptiva ‘evitarás que otro muera’”, borrando así con el codo lo que acababa de escribir con la mano. Aun cuando bajo un aparato conceptual divergente, en el mismo sentido argumentan ya ROXIN, Claus (2000). *Täterschaft und Tatherrschaft*. 7^a edición. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter, 764 pp., pp. 460 s., y SILVA, Jesús María (2003). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2^a edición. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 502 pp., pp. 450 ss., 459 ss., quienes recurren a la poco afortunada distinción entre el “tipo de garantía” y el “tipo sistemático” del delito en cuestión. Un planteamiento parcialmente coincidente se encuentra ya en HRUSCHKA (1979) “Tun und Unterlassen”, p. 435, según quien una norma formulada a través de la expresión “tú debes no matar!” se caracterizaría por ser “ambivalente”, en el sentido de fundamentar la exigencia tanto de la ejecución como de la omisión de acciones de cierto tipo; una propuesta del todo equivalente es ofrecida por WALTER, Tonio (2004). “Positive und negative Erfolgsdelikte - Handeln und Unterlassen”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, pp. 555-584, pp. 574 ss., quien distingue entre “delitos de resultado positivo” y “delitos de resultado negativo”, asumiendo que la realización del tipo de unos y otros podría tener lugar, indistintamente, mediante un hacer (algo) o un no hacer (algo). Sobre el problema, véase también, NOVOA (1984), 181 ss., 189, quien, a pesar de validar la errónea caracterización de los delitos de omisión impropia como constituidos por el quebrantamiento de normas de prohibición (pp. 119 ss., 123 ss.), acertadamente llama la atención sobre la incompatibilidad entre las ya consideradas estrategias “interpretativas” y el mandato de determinación en que se concreta el principio de legalidad.

¹³ Véase GRÜNWALD, Gerald (1958). “Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 70, pp. 412-432, pp. 412 s.; en la discusión chilena, acertadamente HERNÁNDEZ, Héctor (2011). “Comentario al art.

la muerte de su hijo pequeño “lo mata” no será fácilmente persuadido de lo contrario mediante la simple apelación a que él está usando impropriamente el verbo “matar”. Lo que se necesita, más bien, es un *argumento* cuya conclusión consista en la proposición de que, en tal caso, el padre en efecto no mata a su hijo. Lo que sigue es un simple esbozo de cuál tendría que ser ese argumento, construido en los términos de la teoría analítica de la acción elaborada por Von Wright¹⁴.

La descripción “matar a otro” es semánticamente equivalente a la descripción “producir la muerte de otro”. Esta descripción, empero, solo se verá satisfecha por una acción cuyo resultado consista en la transformación del estado de vida de otro en un estado de muerte. Pero solo cuenta con la oportunidad para producir la muerte de X quien se encuentra en una situación en la cual la muerte de X *no* tendrá lugar, *ceteris paribus*, a menos que sea ejecutada alguna acción que condicione el acaecimiento de la muerte de X. Ciertamente, esa no es la situación en la cual se encuentra el padre cuyo hijo está en peligro de morir ahogado en el mar. Pues aquí la muerte del niño *sí* tendrá lugar, *ceteris paribus*, a menos que sea ejecutada una acción que condicione su no acaecimiento. En tal medida, el padre que observa impertérrito cómo su hijo se ahoga hasta morir por inmersión no condiciona el fallecimiento de este por la vía de *producir* –esto es, de ejecutar una acción productiva de– la muerte del niño, sino más bien por la vía de *no impedir* –esto es, de no ejecutar una acción *impeditiva* de– su muerte¹⁵.

Esto habla decisivamente en contra de la comprensión de los delitos de omisión impropia como delitos de “comisión por omisión”¹⁶. Pues una instancia de comportamiento que cuenta como la omisión de una acción impeditiva de un determinado resultado por definición no puede contar, al mismo tiempo, como la ejecución de una acción productiva de ese mismo resultado. Desde luego, esto no obsta a que sea posible sin más que el padre que observa cómo se ahoga su hijo pequeño se decida a disparar un arma de fuego sobre el niño, condicionando su muerte a través del correspondiente impacto de bala. Pero precisamente en este caso no podremos

10”. En COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (coordinadores): *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing, pp. 7-105, p. 23.

¹⁴ Véase VON WRIGHT, Georg Henrik (1963). *Norm and Action*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 214 pp., pp. 43 ss.; también KINDHÄUSER, Urs (1989). *Gefährdung als Straftat*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann, 399 pp., pp. 50 s.

¹⁵ Véase sin embargo ROBLES, Ricardo (2007). *Garantes y cómplices*. Barcelona: Atelier, 155 pp., pp. 71 ss., quien, en relación con un caso en el cual “el encargado de manipular una pesada grúa no la detiene cuando se dirige a su enemigo que ha sido llevado allí por otro interviniente en el hecho”, llega a sugerir que aquí la omisión del encargado de la grúa constituiría “la acción ejecutiva” (p. 72).

¹⁶ Véase VOGEL (1993) 126 ss.; también FREUND, Georg (1992). *Erfolgsdelikt und Unterlassen*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 363 pp., pp. 42, 143 s.

decir que ha sido a través de la omisión de una acción (impeditiva) que el padre ha condicionado la muerte del niño. Antes bien, y en exclusiva referencia al comportamiento del padre, la muerte del niño solo habrá sido condicionada por la ejecución de la acción consistente en el disparo del arma, que en tal medida tendrá que ser caracterizada como una acción productiva de la muerte del niño, cuya ejecución –en la terminología más tradicional– habrá “interrumpido” el curso causal (en tal medida, “hipotético”) que podría haber vinculado la omisión de una posible acción de salvamento con el acaecimiento de la muerte del niño.

2) LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA COMO DELITOS DE NO IMPEDIMENTO DE UN RESULTADO

Si lo anterior es correcto, ello habla a favor de la otra posibilidad teórica básica de la cual disponemos para dar cuenta de la estructura de los delitos de omisión impropia, a saber, como delitos constituidos por el quebrantamiento imputable de normas de requerimiento¹⁷, y más precisamente: de normas que *requieren* acciones impeditivas de resultados de cierto tipo. El primer delineamiento monográfico (publicado) de semejante concepción¹⁸, aun cuando comprometido con las muy problemáticas premisas normológicas asociadas al finalismo, se encuentra en el influyente escrito de habilitación de Armin Kaufmann¹⁹; su formulación

¹⁷ En lo que se sigue se usará la expresión “norma(s) de requerimiento” como sustituto de la más tradicional expresión “norma(s) de mandato”, para neutralizar todo posible resabio imperativista que pudiera estar asociado al uso de esta última expresión.

¹⁸ Ya la tesis doctoral de Gerald Grünwald, del año 1956, jamás publicada como libro, adelantaba esa misma concepción; véase también GRÜNWALD (1958) 412 ss.

¹⁹ KAUFMANN, Armin (1959). *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Gotinga: Otto Schwarz & Co., 338 pp., pp. 3 ss., 272 ss. El déficit de su aparato de teoría de las normas se muestra en la inferencia, a partir de ella, del así llamado “principio de inversión”, concerniente a la estructura del delito omisivo frente a la del delito comisivo (pp. 87 ss.); al respecto, véase también PHILIPPS, Lothar (1974). *Der Handlungsspielraum*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann, 191 pp., pp. 30 ss. En contra de esto, lo único que cabe reconocer, más bien, es un paralelismo entre la estructura del seguimiento de una norma de prohibición y la estructura del no seguimiento de una norma de requerimiento (en tanto uno y otro han de consistir en la omisión de una acción), por un lado, así como un paralelismo entre la estructura del no seguimiento de una norma de prohibición y la estructura del seguimiento de una norma de requerimiento (en tanto uno y otro han de consistir en la ejecución de una acción), por otro. Pero de ese doble paralelismo ciertamente no se sigue la pretendida estructura invertida –desde el punto de vista de su respectiva constitución por vía de imputación– de los delitos consistentes en el quebrantamiento de normas de una y otra clase; véase en este sentido VOGEL (1993) 105 s., con ulteriores referencias. En *esta* precisa medida, es acertada la proclamación de una simetría explicativa –con relevancia para la imputación– entre “hacer y omitir” de la cual parte BUNG, Jochen. “Sichtbare und unsichtbare Handlungen”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 120, pp. 526-544, pp. 532 ss., 535 ss., lo cual ciertamente no valida su muy problemática definición del concepto

definitiva —y construida, por lo demás, sobre una teoría de las normas radicalmente divergente de la favorecida por Kaufmann— se halla programáticamente desarrollada en la tesis doctoral de Joachim Vogel²⁰.

Una vez que los delitos de omisión impropia son definidos como delitos constituidos por el quebrantamiento imputable de normas que requieren el impedimento de un resultado de cierta clase, lo primero que hay que notar es que su impropiedad ya no concierne a su estatus como delitos de omisión²¹. Pues la norma quebrantada por un delito de omisión impropia, así entendido, es efectivamente una norma de requerimiento, esto es, una norma que funge como razón para la *ejecución* de acciones de cierto tipo; y no una norma de prohibición, en tanto razón para la *omisión* de acciones de cierto tipo. Por supuesto, lo anterior deja intacto que, como cuestión de *lógica deóntica*, los operadores de la prohibición y del requerimiento sean interdefinibles, en la medida en que se adopte una posición dualista en cuanto al posible contenido semántico de una prohibición o un requerimiento, esto es, una posición que reconozca la posibilidad de invertir el contenido semántico de una norma por vía de negación²²: la prohibición de φ puede ser redefinida como el requerimiento de $\neg\varphi$, mientras que el requerimiento de φ puede ser redefinido como la prohibición de $\neg\varphi$ ²³. Precisamente por ello, y en pos de evitar toda posible duplicación de normas (idénticas), el modelo aquí defendido descansa en la adopción de una posición monista en cuanto al posible contenido semántico de una norma de prohibición o de requerimiento: lo sometido a prohibición o a requerimiento es siempre, en el ámbito que aquí interesa, un determinado tipo de acción, especificado a través de una descripción²⁴.

Lo importante es que una norma de requerimiento, así entendida, por definición solo puede ser quebrantada a través de la *no ejecución* de una determinada acción; en tal medida, su quebrantamiento solo pue-

de omisión en el sentido de “acción invisible” (pp. 530 ss.), que por lo demás resulta incompatible con la adopción de un concepto transitivo de omisión; véase infra, nota 25.

²⁰ VOGEL (1993) 93 ss.

²¹ Véase FREUND, Georg (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2^a edición. Berlín y Heidelberg: Springer, 552 pp., § 6/12.

²² Véase von WRIGHT (1963), 83 ss.; VOGEL (1993) 94 s.; SILVA (2003) 187 ss.

²³ Donde “ φ ” simboliza un tipo de acción cualquiera y “ \neg ” funge como el símbolo de la negación.

²⁴ Con ello, el criterio para la distinción entre normas de prohibición y normas de requerimiento, aquí propuesto, no coincide formalmente con el favorecido por KAUFMANN (1959) 3 ss., 6 con n. 20, según quien unas y otras se distinguirían por su respectivo “contenido de deber-ser”, consistente en “un omitir” o en “un hacer”, respectivamente. Kaufmann confunde así el contenido semántico de una norma con su fuerza pragmática.

de ser constitutivo de un delito “propiamente” *omisivo*²⁵. Pero entonces cabe preguntar: ¿en qué consiste la “impropiedad” de un delito de omisión impropia, si uno afirma su carácter de *genuino* delito de omisión? La respuesta reza: en la técnica legislativa a la cual característicamente se recurre para definir sus presupuestos típicos. Pues como mostrara Vogel, el problema radica en la admisibilidad de la subsunción judicial de un fragmento de comportamiento –consistente en la no ejecución de una acción que satisface una determinada descripción– bajo un tipo de delito que no se encuentra legislativamente formulado como tal, sino que ha de ser extraído, por vía de *transformación*, a partir de un correspondiente tipo de delito comisivo²⁶. Y a este respecto, la tendencia predominante en el horizonte comparado más próximo a la cultura jurídica chilena consiste en el establecimiento de una genuina (meta)regla de transformación en la “parte general” del respectivo código penal, que fija las condiciones de admisibilidad de tal transformación. Así se deja entender la función del § 13 del StGB²⁷, así como del art. 11 del CP español²⁸.

Que esta manera de entender el problema no es conceptualmente dependiente de la incorporación legislativa de semejante regla de transformación, empero, resulta evidente en atención a la ya mencionada cita a Von Kries: en el nivel de las correspondientes normas de comportamiento, se trata de identificar las condiciones bajo las cuales “las prohibiciones del derecho penal se convierten en requerimientos”. De este modo, la

²⁵ Como es obvio, esto supone favorecer la adopción de un concepto estrictamente transitivo de omisión. Véase BIERLING, Ernst Rudolf (1905). *Juristische Prinzipienlehre*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), III, 394 pp., p. 24; BELING Ernst (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 548 pp., p. 15; RADBRUCH, Gustav (1967). *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Editado por Kaufmann, Arthur. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 175 pp., pp. 134 s., 140 s.; ENGISCH, Karl (1931). *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 87 pp., p. 29, con n. 1; NAGLER (1938) 1, n. 1; KAUFMANN (1959) 25 s.; NOVOA (1984) 51; SILVA (2003) 28 ss.; VOGEL (1993) 112 s. Valga la precisión de que, siguiendo a VON WRIGHT, Georg Henrik (1983). *Practical Reason. Philosophical Papers I*. Oxford: Basil Blackwell, 213 pp., pp. 171 s., por la omisión de una acción φ se entiende aquí nada más que la no ejecución de φ en una situación constitutiva de la correspondiente “oportunidad-para-la-acción”. Un concepto “más exigente” de omisión, que asimismo comprendiera la capacidad individual para ejecutar la acción φ –así por ejemplo VON WRIGHT (1963) 45 s.; KAUFMANN (1959) 28 ss., 35 ss.– resulta normológicamente inconveniente, en la medida en que la capacidad de ejecución de la acción requerida cuenta, más bien, como un criterio de imputación de su quebrantamiento a título de infracción de deber; acertadamente VOGEL (1993) 113.

²⁶ VOGEL (1993) 131 ss.; véase ya GRÜNWALD (1958) 412 s.

²⁷ Al respecto VOGEL (1993) 133 ss. Que el epígrafe del § 13 del StGB dice “Cometer mediante omitir” (*Begehen durch Unterlassen*) carece, desde luego, de toda significación, pues es obvio que la mera *designación* de una regla no puede prejuzgar su función.

²⁸ Véase al respecto SILVA, Jesús María (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijalve, 301 pp., pp. 211 ss.

relevancia de la codificación de una regla de transformación se reduce a la eventual neutralización –o siquiera la morigeración– del déficit de legalidad asociado a la operación de subsunción del respectivo comportamiento omisivo bajo un tipo de delito no propiamente formulado por la ley²⁹. En tal medida, los delitos de omisión impropia se dejan entender, más precisamente, como delitos de omisión *impropriamente tipificados*³⁰.

Aquí puede ser importante reseñar someramente algunas consecuencias de esta concepción, que ante todo conciernen a la estructura de los delitos de omisión impropia, la cual resulta prefigurada por los presupuestos de los cuales depende la transformación de la norma de sanción –legislativamente formulada– que tipifica un determinado delito comisivo en una norma de sanción –no legislativamente formulada– que tipifica un *correspondiente* delito omisivo. Pues todo el problema pasa por precisar en qué consiste tal relación de correspondencia³¹.

Un primer presupuesto está constituido por el carácter de delito de resultado del delito comisivo a partir de cuya tipificación habría de extraerse, por vía de transformación, la tipificación del respectivo delito omisivo. Pues la estructura propia de un delito de resultado provee de un parámetro de commensuración: el condicionamiento de un resultado *r* es constitutivo tanto de la *ejecución* de una acción *productiva* de *r* como de la *omisión* de una acción *impeditiva* de *r*. Así, y según ya se estableciera, la norma cuyo quebrantamiento imputable es constitutivo de un delito de omisión impropia ha de ser identificada como una norma que requiere el impedimento de un resultado de cierta clase³². Como se mostrará a continuación, empero, la caracterización estructural de los delitos de omisión

²⁹ Respecto del (apenas considerado) problema bajo el derecho chileno, véase PIÑA, Juan Ignacio (2010). *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing, 258 pp., p. 154, n. 572; HERNÁNDEZ (2011) p. 24.

³⁰ Así ya KAUFMANN (1959), *Die Dogmatik*, p. 277; coincidentemente NOVOA (1984) 122 ss.

³¹ Una implicación de lo cual está constituida por la proposición según la cual “la formulación de los tipos de requerimiento de garante pertenece a la problemática de la parte especial”; así KAUFMANN (1959) 287 ss.; VOGEL (1993) 302 ss.; al respecto, véase también GRÜNWALD (1958) 424 ss., enfatizando la relatividad de la conexión entre determinados tipos de posiciones de garantía y la viabilidad constructiva de un delito de omisión del impedimento de un resultado de cierta clase. Acerca del ámbito de la así llamada “parte general de la parte especial”, y en perspectiva normológica, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2009). *Nötigung und Verantwortung*. Baden-Baden: Nomos, 415 pp., pp. 77 ss., con n. 247, con ulteriores referencias.

³² Desde luego, ello deja intacta la posibilidad de que esa misma estructura típica sea predicable de un delito de omisión propia, esto es, de un delito de omisión propiamente tipificado como tal. El punto es pasado por alto por PIÑA (2010) 154, quien, por entender semánticamente equivalentes las expresiones “omisión impropia” y “comisión por omisión”, asume que todo delito de omisión de impedimento de un resultado tendría que ser caracterizado como un delito de omisión impropia. Véase en contra ya NOVOA (1984) 179 ss., 189 s.

impropia como delitos de no impedimento de resultados necesita ser defendida frente a dos posibles objeciones.

La primera objeción está asociada a la perenne discusión acerca de si cabe predicar relevancia causal alguna de la omisión de una acción. La controversia tiende a estar gobernada por el eslogan de que “nada surge de la nada”: *ex nihilo nihil fit*³³. Este eslogan tiende a ser invocado como premisa para la supuesta refutación de cualquier tesis favorable a reconocer relevancia (auténticamente) causal a condiciones puramente negativas, como lo sería, verbigracia, la circunstancia de que una acción de cierto tipo, que habría impedido el acaecimiento de un evento cualquiera, no haya sido ejecutada. Pero la tesis de la imposibilidad ontológica de la “causalidad negativa” solo se sostiene si se adopta una noción de “causalidad productiva”: si por la omisión de una acción se entiende, por de pronto, nada más que la no ejecución de una acción de cierto tipo (en una situación constitutiva de una correspondiente “oportunidad-para-la-acción”)³⁴, es claro que no hay evento alguno que se corresponda con la omisión de una acción. Pues no hay tal cosa como un “evento negativo”³⁵. La cuestión varía si se adopta, en cambio, una noción de “causalidad explicativa”³⁶. Pues es claro que la *constatación* de que una persona no ha ejecutado una acción de cierto tipo no es sino la constatación de un hecho negativo. Y no hay obstáculo conceptual alguno a la inclusión de semejante hecho negativo, a modo de condición parcial, en

³³ Véase HRUSCHKA, Joachim (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2^a edición. Berlín: Walter de Gruyter, 444 pp., pp. 426 ss., 429; JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2^a edición. Berlín: Walter de Gruyter, 944 pp., 7/25 ss., 29/15 ss.; FREUND (1992) 18 ss.; GIMBERNAT (2013) 54 s., 74 ss., 386 ss., quienes afirman el carácter puramente “hipotético” del vínculo causal entre la omisión de una acción y “su” resultado; favoreciendo una renuncia a la noción de causalidad hipotética, para favorecer el recurso a la categoría del incremento del riesgo como topos de “imputación objetiva”, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1984). *Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Civitas, 623 pp., pp. 601 ss. Laramente en el mismo sentido, MOORE, Michael (2009). *Causation and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 605 pp., pp. 444 ss.; HAAS, Volker (2002). *Kausalität und Rechtsverletzung*. Berlín: Duncker & Humblot, 356 pp., pp. 173 ss., 183, 206 ss.

³⁴ VOGEL (1993) 112 s.; VON WRIGHT (1983) 171 s.

³⁵ Fundamental MELLOR, David Hugh (1995). *The Facts of Causation*. Londres y Nueva York: Routledge, 251 pp., pp. 131 ss., véase asimismo MOORE (2009) 351 s.; al respecto también BIRNBACHER, Dieter y HOMMEN, David (2012). *Negative Kausalität*. Berlín: De Gruyter, 179 pp., pp. 121 ss., 130 ss., aunque hablando de los “no eventos” como “realidades negativas”. Para una posición ontológicamente tolerante para con la categoría de “eventos negativos”, véase sin embargo DANTO, Arthur (1973). *Analytical Philosophy of Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 226 pp., pp. 171 ss.

³⁶ Fundamental para la distinción entre los conceptos de causalidad productiva (o “de eventos”) y causalidad explicativa (o “de hechos”), MACKIE, John Leslie (1980). *The Cement of the Universe*. Oxford: Clarendon Press, 329 pp., pp. 46 ss., 248 ss., 254 ss.; también BENNETT, Jonathan (1988). *Events and Their Names*. Oxford: Clarendon Press, 243 pp., pp. 21 ss., 42 ss., 51 ss.; MELLOR (1995) 106 ss., 130 ss.

el contexto de un argumento explicativo del hecho de que acaeciera (o no acaeciera) un determinado evento³⁷. Así, no hay contradicción alguna en admitir que, ontológicamente, la *omisión* de una acción no se corresponde con evento alguno, y al mismo tiempo defender la tesis de que el hecho (negativo) de que una acción de cierto tipo *no* haya sido ejecutada perfectamente puede fungir como un componente del *explanans* de un argumento causalmente explicativo³⁸.

La segunda objeción no es de índole ontológica, sino normológica. En efecto, Freund ha sostenido que una teoría de las normas que renuncie a la perspectiva de un “espíritu cósmico laplaceano”, para favorecer, en cambio, una estructuración de las normas de prohibición y de requerimiento jurídico-penalmente reforzadas desde un “punto de vista objetivo *ex ante*”, tendría que llevar a prescindir de toda referencia al condicionamiento (causal) de resultado alguno en la especificación del tipo de acción sometido a la norma respectiva³⁹. En tal medida, la norma cuyo

³⁷ Fundamental ENGISCH (1931) 29 ss.; PUPPE, Ingeborg (1980). “Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 92, pp. 863-911, pp. 899 ss.; PUPPE, Ingeborg (2011). “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht”. *Rechtswissenschaft*, vol. 4, pp. 400-442, pp. 432 ss. Véase también BIRNBACHER, Dieter. *Tun und Unterlassen*. Stuttgart: Reclam, 389 pp., pp. 65 ss., 73 ss.; BIRNBACHER y HOMMEN (2012) 121 ss.; KINDEHÄUSER (1989) 87 ss.; SOFOS, Themistoklis (1999). *Mehrzahlkausalität bei Tun und Unterlassen*. Berlín: Duncker & Humblot, 283 pp., pp. 210 ss.; VOGEL (1993) 146 ss., 156 ss.; en la discusión hispanoamericana, DE LA VEGA, Orlando (2010). *El delito de omisión y su explicación causal*. Bogotá: Universidad de los Andes-Temis, 124 pp., pp. 65 ss., 93 ss.

³⁸ En contra de esta solución, sin embargo, se suele esgrimir una objeción de “inflacionismo”: si se admite que un hecho negativo pudiera exhibir relevancia causal, entonces habría que aceptar que el conjunto de hechos negativos susceptibles de ser invocados en tal carácter sería prácticamente infinito, con lo cual la explicación causal en cuestión se volvería enteramente indeterminada. Pero la objeción se disuelve una vez que se introduce la noción de campo causal; fundamental al respecto MACKIE (1980) 34 ss., 63 s. Pues buena parte de las condiciones (parciales) negativas con eventual relevancia causal para el acaecimiento de un determinado evento podrá quedar “relegada” al respectivo campo causal, de modo tal que solo hayan de integrar el correspondiente *explanans* aquellos hechos (positivos o negativos) que, en atención al interés cognitivo que guía la construcción del argumento explicativo, representen una *diferencia* por contraste con el conjunto de circunstancias que se asumen como dadas. Véase al respecto BIRNBACHER y HOMMEN (2012) 140 ss.; VOGEL (1993) 156 s.; SOFOS (1999) 213 ss.

³⁹ FREUND (1992) 51 ss., 93 ss.; FREUND (2009) § 2/8 ss., 23 ss. La fundamentación detallada de semejante programa teórico se encuentra en FRISCH, Wolfgang (1988). *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C.F. Müller, 694 pp., pp. 33 ss. Para un bosquejo panorámico, véase FRISCH, Wolfgang (2006). “La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático”. En Frisch, Wolfgang y Robles, Ricardo: *Desvalorar e imputar*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, pp. 1-60, pp. 25 ss., 49 ss.; para su recepción en la discusión chilena, véase Rojas, Luis Emilio (2010). “Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?”. *Revista de Derecho UACH*, vol. 23, pp. 233-254, pp. 247 ss. En contra, véase especialmente BURKHARDT, Björn (1996). “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“”. En Wolter, Jürgen y Freund,

quebrantamiento pudiera ser constitutivo de un delito omisivo materialmente equivalente al “correspondiente” delito comisivo habría de quedar constituida por el requerimiento de una acción meramente “preventiva de un peligro”⁴⁰, aun tratándose de un delito de resultado; en este último contexto (y con independencia de que se trate de un delito comisivo u omisivo “de resultado”), el efectivo acaecimiento del resultado solo tendría relevancia, bajo la respectiva norma de sanción, como condición de punibilidad *sub specie* delito consumado⁴¹.

El problema está en que semejante concepción “perspectivista” se asienta en una confusión sistemática del contenido y la función de las normas de comportamiento, que a su vez lleva a confundir condiciones de antinormatividad con presupuestos de imputación⁴². Pues de la acertada tematización de la función “de determinación *ex ante*” de una norma de prohibición o de requerimiento –más precisamente: de su función como razón para la (omisión o ejecución de una) acción– no se sigue que su contenido (semántico) haya de quedar reducido a una descripción que prescinda de toda referencia a circunstancias cuya efectividad solo pueda ser constatada *ex post*. El carácter prohibido o requerido de una acción es necesariamente “intensional”, esto es, relativo a una determinada descripción⁴³, y una de las múltiples maneras de describir una acción es precisamente por referencia a alguna(s) de sus consecuencias⁴⁴. Con ello, una norma que prohíbe la producción o que requiere el impedimento de un determinado resultado puede sin más operar como razón para la acción. Pues para ello basta con que *ex ante* esté definido qué propiedades ha de exhibir *ex post* una acción para que ella satisfaga la descripción que la convierte en prohibida o requerida, de modo tal que el destinatario de esa misma norma pueda –al modo de la conclusión de un silogismo práctico–

40 Georg (coordinadores): *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C.F. Müller, pp. 99-134, pp. 99 ss.

41 FREUND (1992) 73 ss.

42 En detalle al respecto MAÑALICH (2009) 36 ss., 44 ss., con especial referencia a la posición de Freund; también MAÑALICH, Juan Pablo (2010). “Norma e imputación como categorías del hecho punible”. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 12, pp. 165-185, pp. 172 ss.

43 Latamente al respecto, y en referencia directa a los contextos de colisión entre normas de prohibición y normas de permisión, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2013). “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. En Mañalich, Juan Pablo (coordinador): *La antijuridicidad en el derecho penal*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, pp. 177-283, pp. 208 ss., 216 ss., con ulteriores referencias.

44 Esto se traduce en que la tradicional distinción entre el resultado y las consecuencias de una acción –véase solo VON WRIGHT (1963) 39 ss.– es asimismo relativa-a-la-descripción; al respecto MAÑALICH, Juan Pablo (2012). “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. *DOXA*, vol. 35, pp. 663-690, pp. 676 ss., 680 s., con n. 97.

formarse y realizar la intención de omitir o ejecutar tal acción, respectivamente⁴⁵.

Pero en la estructura propia de los delitos de resultado no se agotan los presupuestos de la correspondencia entre un delito comisivo y su respectivo delito omisivo. Pues la viabilidad de la operación de transformación depende adicionalmente de que el no impedimento del resultado –por parte de un garante– resulte “materialmente equivalente” a la producción de ese mismo resultado. Esto explica que el ámbito en el cual la operación de transformación se presenta como menos problemática sea el de los delitos de resultados puros (o delitos “resultativos”)⁴⁶. Pues en este contexto, la descripción cuya satisfacción convierte a una acción en prohibida se reduce a la especificación de la producción de un determinado resultado, de modo tal que, *ceteris paribus*, a la norma de requerimiento correspondiente tendría que quedar sometida una acción que se deje describir, ni más ni menos, como impeditiva de semejante resultado.

Aquí solo es posible dar cuenta de algunas implicaciones de la conjunción de los dos presupuestos de correspondencia ya identificados, en atención a las preguntas que son de interés en el presente contexto, para lo cual puede ser útil tener a la vista el siguiente caso:

Caso 1. El “amigo de la familia” A se introduce en la habitación en la cual M, un menor de diez años de edad, duerme una siesta después de un almuerzo dominguero, y procede a bajar los pantalones y la ropa interior del niño; el padre de M, P, advierte lo que ocurre, pero prefiere hacer la vista gorda para así no enemistarse con A, quien acaba de ofrecerle ayuda financiera para el pago de unas deudas; A, que no está al tanto de que P ha advertido la situación, alcanza a acariciar los genitales y el ano de M, para después abandonar tranquilamente el dormitorio.

La primera tesis a enunciar aquí reza como sigue: P no puede resultar autor (directo) de un delito de abuso sexual en omisión impropia, porque semejante delito omisivo no se deja construir⁴⁷. Pues a partir de

⁴⁵ Véase MAÑALICH (2009) 54 ss., 57 ss., con ulteriores referencias. Que el destinatario de la norma sea efectivamente capaz, con arreglo a su constitución y situación física y a su representación de las circunstancias, de omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida, en cambio, constituye un presupuesto de la imputación –sometida al principio *ultra posse nemo obligatur*– del quebrantamiento de la norma a título de infracción (personal) de deber. Ello es pasado por alto por RENZIKOWSKI, Joachim (1997). *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tubinga: Mohr Siebeck, 330 pp., pp. 255 ss., quien en su crítica a la concepción “objetivista” de las normas de comportamiento defendida por Kindhäuser y Vogel confunde las nociones de deber y reproche.

⁴⁶ Acerca de los problemas asociados a la ampliación del catálogo, véase VOGEL (1993) 131 s.

⁴⁷ El problema es claramente advertido por ROXIN (2000) 477 ss., aun cuando desde el punto de vista de una problemática comprensión de la distinción entre las categorías de “punibilidad” y “autoría”.

la prohibición de toda “acción sexual” –en los términos de la definición del art. 366 ter– que recaiga sobre una persona menor de 14 años, que es la norma cuyo quebrantamiento es imputable a A como autor directo de un delito de abuso sexual (de menor impúber) bajo el art. 366 bis del Código Penal⁴⁸, no se deja formular, por vía de transformación, una correspondiente norma de requerimiento. Esto, ya sea porque se niegue el carácter de delito de resultado del abuso sexual, ya sea porque se niegue la equivalencia material entre la ejecución de semejante acción, por un lado, y la omisión de una acción consistente en *impedir* la ejecución de una acción sexual sobre persona menor de 14 años, por otro. A favor de esta falta de equivalencia material cabría observar, desde luego, que parece difícil sostener que la omisión del impedimento de una acción sexual (ajena) pudiera exhibir, por sí misma, “significación sexual”.

De ahí que en el *caso 1* en principio solo pueda venir en consideración una eventual complicidad omisiva de P en el delito de A⁴⁹, en tanto garante que no ha impedido la ejecución de la respectiva acción sexual sobre M, y ya con total independencia de que la posición de garante de P esté asociada al desempeño de una función de protección; o en la terminología favorecida por Jakobs⁵⁰: con total independencia de que se trate de un garante por “competencia institucional”⁵¹.

Nótese que lo anterior no supone en modo alguno validar una ciertamente implausible caracterización del abuso sexual como un delito de propia mano.⁵² Para advertirlo, basta con introducir la siguiente modificación del *caso 1*:

⁴⁸ Nótese que la cláusula que exige que la acción sexual en cuestión “sea distinta del acceso carnal” no necesita ser interpretada como fijando un elemento (negativo) del tipo de las distintas variantes de abuso sexual, sino que puede ser leída como estableciendo una solución de subsidiariedad expresa para la fundamentación del carácter aparente o impropio del concurso entre violación y abuso sexual en “unidad de hecho”.

⁴⁹ Esto, en la medida en que la contribución omisiva prestada por P es “unilateral”, esto es, no advertida ni asumida por A; en caso contrario, la intervención de P podría resultar constitutiva de coautoría por omisión respecto del abuso sexual en tanto delito comisivo. Aquí es crucial advertir, empero, que entonces también A, que ha ejecutado por “mano propia” la acción sexual en cuestión, responderá como *coautor* del delito de abuso sexual; pues en los términos aquí favorecidos, no hay tal cosa como una coautoría (de P) adyacente a la autoría directa de otro (A).

⁵⁰ Véase *infra*, nota 126.

⁵¹ En tal medida, la solución aquí defendida coincide con el planteamiento de HERZBERG, Rolf Dietrich (1977). *Täterschaft und Teilnahme*. Múnich: C.H. Beck, 168 pp., pp. 94 ss.

⁵² El punto es pasado por alto por ROXIN (2000) 479 s., quien acertadamente rechaza la caracterización de los delitos de abuso sexual de niños y de coacción sexual –tipificados en los §§ 176 y 177 del StGB– como delitos de propia mano, pero al mismo tiempo asume, por esa sola consideración, la posibilidad constructiva de un correspondiente delito de omisión impropia. Nótese que la cuestión es considerablemente menos clara tratándose de la violación. A favor de su comprensión como delito de propia mano, véase ya BINDING, Karl (1915). *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*. Múnich y Leipzig: Duncker & Humblot, I, 563 pp., pp. 265 ss., 291; en la doctrina chilena, RODRÍGUEZ, Luis (2000). *Delitos sexuales*.

Caso 1'. Todo lo demás siendo igual, P fuerza a A, exhibiendo un revólver cargado, a acariciar los genitales y el ano de M, lo cual en definitiva tiene lugar.

Aquí nada obstaría a imputar a P el quebrantamiento de la prohibición del abuso sexual de un menor impúber, en autoría mediata. Pues lo que explica que el abuso sexual no sea un delito de propia mano es el hecho de que el estatus deontico de la respectiva acción sexual no se vea alterado por la circunstancia de que su no omisión pudiera ser imputable a una persona distinta de aquella que la ha ejecutado “por mano propia”⁵³. Y según ya se sugiriera, en el *caso 1'* nada obsta a que la acción sexual ejecutada “de propia mano” por A sobre M sea imputable a P a título de autoría mediata. Pues P se ha hecho específicamente competente por la falta de satisfacción de un presupuesto de la imputabilidad del quebrantamiento de esa misma prohibición al propio A, al haber sometido a este a una forma de coacción motivacional dotada de eficacia exculpante⁵⁴.

les. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 330 pp., pp. 142 s. En contra MAÑALICH, Juan Pablo. “Ontología sexual y derecho penal” (2011). En Centro de Estudios Críticos Universitarios: *En Reversa*. Santiago, Párrafo, pp. 75-95, p. 92, n. 192, citando a HÄLSCHNER, Hugo (1887). *Das gemeine deutsche Strafrecht*. Bonn: Adolph Marcus, tomo II, 1111 pp., pp. 229 s., quien sin embargo argumentaba en referencia a la tipificación de la violación bajo el § 177 del RStGB, una de cuyas modalidades consistía en coaccionar a una mujer, mediante violencia o amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida a tolerar un coito extramatrimonial. La cuestión no se presenta del mismo modo tratándose de una tipificación que circunscribe la violación al “acceso carnal”; de ahí que, y en atención a lo sugerido infra, nota 53, haya buenas razones para no descartar sin más la caracterización de la violación, bajo el Código Penal chileno, como un delito de propia mano.

⁵³ Para ello, lo decisivo resulta ser una consideración lógico-gramatical, elocuente aunque imprecisamente sugerida por KADISH, Sanford (1985). “Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine”. *California Law Review*, vol. 73, pp. 323-410, pp. 372 ss., en el contexto de la literatura angloamericana. En efecto, lo distintivo de un delito de propia mano –en inglés: de un *non-proxyable crime*– radica en que la acción o la actividad cuya ejecución o realización es delictiva exhibe, en virtud del tipo de acción o de actividad de cuya exemplificación se trata, una estructura que la convierte en “ejecutivamente auto-involucrante”, tal como ello es connotado por descripciones como “ingresar (a un lugar)” o “conducir un vehículo en estado ebriedad”, etc.; al respecto, véase también MOORE, Michael (1993). *Act and Crime*. Oxford: Oxford University Press, 413 pp., pp. 227 ss., 233 s. Una observación del todo similar se encuentra en SOLER, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino*. 4^a edición. Buenos Aires: Tea, tomo III, 416 pp., pp. 308 s.; véase también GUZMÁN DALBORA, José Luis (2007). *Estudios y defensas penales*. 2^a edición. Santiago: LexisNexis, 476 pp., pp. 16 s., a propósito de su comparación de la estructura típica de los delitos de violación y de allanamiento de morada. Como es obvio, nada de ello es predictable de una acción que satisface la descripción cuyo sentido es a su vez determinado por el art. 366 ter del Código Penal chileno, una de cuyas dos modalidades se satisface ya con una afectación “de los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

⁵⁴ La causa de exculpación podría quedar constituida tanto por una situación de fuerza (psíquica) irresistible o miedo insuperable, en el sentido del N° 9 del art. 10, como por una situación de estado de necesidad exculpante, en el sentido del N° 11 del mismo artículo; acerca de esto último, véase en detalle MAÑALICH, Juan Pablo. “El estado de necesidad exculpante.

El análisis precedente contribuye a hacer explícita una premisa de la cual arranca el modelo que aquí se favorece: la construcción de un delito de omisión impropia *no* es, en sus propios términos, un problema de imputación, como sí lo es, en cambio, la fundamentación de autoría (o de participación) respecto de un delito comisivo u omisivo cualquiera. Pues en contra de una reciente propuesta de Haas⁵⁵, no se trata aquí de la posibilidad de una imputación (“extraordinaria”) del quebrantamiento de una norma que prohíbe la producción de un resultado a quien, en tanto garante, ha omitido alguna acción impeditiva de semejante resultado⁵⁶. Antes bien, se trata de la comprobación del eventual quebrantamiento, por parte del garante, de una norma que *requiere* el impedimento de un resultado de cierto tipo, formulada por vía de transformación a partir de la correspondiente norma prohibitiva de la producción de semejante resultado. Y desde luego: en referencia al eventual quebrantamiento de la norma de requerimiento así obtenida cabe plantear, en un paso de comprobación analíticamente posterior, la pregunta por la imputabilidad de su quebrantamiento a una o más personas, cuya respuesta ha de ser provista a través del recurso a los criterios disponibles para la adscripción de autoría y de participación, en los mismos términos en que estos se hacen operativos en la imputación del quebrantamiento de una norma de prohibición⁵⁷.

3) LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA COMO DELITOS ESPECIALES-DE-GARANTE

Lo que ahora se impone es hacer explícita la conexión que cabe reconocer entre la caracterización de los delitos de omisión impropia como (auténticos) delitos de omisión del impedimento de resultados, por un lado, y su carácter de delitos-de-garante, por otro.

En los términos de la concepción aquí favorecida, la respectiva posición de garantía es lo que convierte a una persona en destinataria de la norma de requerimiento formulada, por vía de transformación, “a imagen y semejanza” de la correspondiente norma de prohibición. Lo cual significa: los delitos de omisión impropia son, estructuralmente, delitos espe-

⁵⁵ Una propuesta de interpretación del artículo 10 Nº 11 del Código Penal chileno”. En Van Weezel, Alex (editor): *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago: LegalPublishing/Thomson Reuters, pp. 715-742, pp. 715 ss., 730 ss.

⁵⁶ HAAS, Volker (2011). “Die Beteiligung durch Unterlassen”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2011, pp. 392-397, pp. 396 s.

⁵⁷ De ahí que tampoco sea correcto reconstruir los delitos de omisión impropia “bajo la lente estructural del fraude a la ley”, como lo propone, empero, RIGGI, Eduardo (2009). *Interpretación y ley penal*. Barcelona: Atelier, 393 pp., pp. 171 ss.

Véase VÖGEL (1993) 275 ss.

ciales (“propios”)⁵⁸, en el sentido de que solo puede ser autor de un delito de omisión impropia quien se encuentre en la correspondiente posición de garantía⁵⁹. Esto quiere decir, más precisamente, que el impedimento del respectivo resultado solo se encuentra sometido a requerimiento para quien ocupe una posición de garantía en relación con el bien jurídico cuyo menoscabo se identifica con ese resultado⁶⁰.

De ello se sigue una primera consecuencia fundamental, consistente en una relativización de la comprensión más tradicional de la distinción –asociada a la “teoría de las funciones”, introducida por Armin Kaufmann– entre posiciones de garantía por (ejercicio de una función de) vigilancia o aseguramiento, de un lado, y posiciones de garantía por (ejercicio de una función de) protección, de otro⁶¹. Pues esta distinción suele ser presentada en términos de que un garante por vigilancia o aseguramiento quedaría en principio obligado a impedir todo menoscabo que pudiera desencadenarse a partir de la fuente de peligro a ser controlada por él, con independencia de a quién corresponda la titularidad del bien jurídico de cuya salvaguarda se trate; mientras que un garante por protección quedaría en principio obligado a impedir todo menoscabo para el bien jurídico así garantizado, con independencia de cuál sea la fuente de peligro de la cual pudiera resultar el menoscabo en cuestión.

⁵⁸ Para la caracterización de los así llamados “delitos especiales impropios” como delitos comunes cuya punibilidad queda sometida –en el nivel de la correspondiente norma de sanción– a la exigencia de una cualificación personal especial, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2012). “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”. *Política Criminal*, vol. 7, pp. 357-377, p. 358.

⁵⁹ Fundamental VOGEL (1993) 134 ss., con una crítica a la tesis defendida por FREUND (1992) 39 ss., 44 ss., también FREUND (2009) § 2/16 ss., según la cual habría que renunciar a la identificación de la posición de garantía como un elemento autónomo del tipo de los delitos de omisión impropia, para redefinirla como nada más que un criterio valorativo de equivalencia material –constituido por una relación de “responsabilidad especial”– entre “comisión” y “omisión”. El planteamiento de Freud se distingue por descansar en una confusión sistemática de la pregunta por el fundamento de la protección de un bien jurídico normativamente dispensada, por un lado, con la pregunta por la estructura de la norma que dispensa esa protección, por otro; en la misma confusión –no obstante explícitamente proclamar evitarla– incurre PAWLIK, Michael (2012). *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 510 pp., pp. 162 ss., en su “genealogía de la doctrina de las posiciones de garante”, a propósito de la distinción entre “deberes negativos” y “deberes positivos”.

⁶⁰ Aquí no es posible entrar en la ardua cuestión concerniente a la racionalización de semejante esquema regulativo; al respecto, y en perspectiva metodológica, véase VOGEL (1993) 305 ss., 309 s.

⁶¹ Véase KAUFMANN (1959) 283 s.; en la misma dirección ya NAGLER (1938) 61 ss.; latamente al respecto MIR PUIG, Santiago (2005). *Derecho Penal Parte General*. 7^a edición. Montevideo y Buenos Aires: Bdf, 781 pp., 12/34 ss. Para una acertada caracterización de la diferenciación “funcional” entre las posiciones de garantía de una y otra clase como puramente descriptiva, véase LASCURAÍN, Juan Antonio (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 173 pp., pp. 27 s.; semejante caracterización no necesita ser entendida como peyorativa en lo más mínimo, desde luego.

El problema de semejante formulación radica en su unilateralidad, en tanto ella desconoce que, *situacionalmente*, toda posición de garantía lo es en relación con la salvaguarda de un determinado bien jurídico frente a una determinada fuente de peligro. Pues como acertadamente observa Jakobs: “la protección de una persona es vigilancia, a su favor, de los peligros que le amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección para quien enfrenta respectivamente el peligro”⁶². Con ello, la pregunta relevante concierne más bien a cuál de las dos variables así identificadas necesita ser situacionalmente *concretizada*: tratándose de una posición de garantía por vigilancia o aseguramiento, lo que resulta ser relativo-a-la-situación es la identificación del bien jurídico cuyo menoscabo ha de ser impedido por el garante; tratándose de una posición de garantía por protección, en cambio, lo es la identificación de la fuente de peligro potencialmente desencadenante del menoscabo a ser impedido por el garante. En uno y otro caso, empero, la posición de garantía tiene que ser entendida como una *relación de garantía*⁶³.

De la conceptualización de los delitos de omisión impropia como delitos especiales-de-garante es posible extraer una segunda consecuencia igualmente fundamental: la existencia de la correspondiente relación de garantía constituye un presupuesto del carácter requerido de la acción impeditiva cuya omisión resulta (en tal medida) delictiva, y no en cambio un criterio de imputabilidad del quebrantamiento de esa norma. Desde luego, esto no supone desconocer relevancia al hecho de que aquí se trate de normas especiales⁶⁴, esto es, de normas cuyo destinatario queda especificado por su pertenencia a un círculo de individuos que exhiben una determinada cualificación personal, a saber: el estatus *relacional* de garante. Pues esto ciertamente tiene un *efecto restrictivo* de las posibilidades de imputación del quebrantamiento de semejante norma a título de autoría (en cualquiera de sus tres modalidades): solo puede ser autor de un delito especial quien exhibe la cualificación personal que lo convierte en destinatario de la norma de cuyo quebrantamiento imputable se trata. El punto es, más bien, que la posición de garantía no ofrece *criterio positivo* alguno para la adscripción de autoría respecto del delito omisivo en cuestión⁶⁵. Pues una vez que se renuncia a la distinción entre “delitos de do-

⁶² JAKOBS (1991) 29/27; también HOFFMANN-HOLLAND, Klaus (2006). “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 118, pp. 620-638, p. 628. Al respecto asimismo VOGEL (1993) 339 ss.

⁶³ VOGEL (1993) 131 ss., 134 ss.; ya KAUFMANN (1959) 284 s.

⁶⁴ Al respecto MAÑALICH (2012) 358 s., con ulteriores referencias.

⁶⁵ En contra, empero, ROXIN (2000) pp. 459 ss., quien precisamente hace descansar su caracterización de los delitos de omisión impropia como delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) en la caracterización del “deber de impedimento del resultado” como “elemento fundante de autoría”.

minio” y “delitos de infracción de deber”⁶⁶, la pregunta acerca del círculo de individuos en cuya persona resulta antinformativo el comportamiento que funge como objeto de imputación no puede ser confundida con la pregunta acerca de los criterios para su imputación como infracción del deber fundamentado por la norma respectiva.

A este respecto, la única peculiaridad de un delito de omisión impropia, en tanto delito especial, radica en que el quebrantamiento de la norma de requerimiento respectiva solo resultará imputable, a título de autoría, a quien exhiba el estatus de garante; cualquiera otra persona que haya contribuido para con la omisión de la acción impeditiva por parte del garante (o de los cogarantes) solo podrá resultar responsable del quebrantamiento de la norma a título de participación –esto es, como interviniente por accesoriedad– en la infracción del deber fundamentado por la norma⁶⁷. Pero ello nada dice acerca de las condiciones de cuya satisfacción depende que a un garante efectivamente resulte *imputable* el quebrantamiento de la respectiva norma de requerimiento. Y estas condiciones resultan especificadas, por de pronto, por los criterios (generales) de adscripción de la respectiva modalidad de autoría, según corresponda⁶⁸.

⁶⁶ Fundamental HAAS, Volker (2008). *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*. Berlín: Duncker & Humblot, 174 pp., pp. 21 ss.; véase también KINDHÄUSER, Urs (2011). “Infracción de deber y autoría”. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 14, pp. 41-52, pp. 43 ss.; MAÑALICH (2012) 359 ss., con ulteriores referencias.

⁶⁷ Ello se deja expresar en términos de que la marca de la autoría es una infracción primaria de deber, mientras que la de la participación, una infracción secundaria de deber; véase KINDHÄUSER, Urs (1997), “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 12.2.1997 – 2 StR 28/97”. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, pp. 272-276, pp. 274 s.; MAÑALICH (2009) 127 ss.; MAÑALICH, Juan Pablo (2010). “La estructura de la autoría mediata”. *Revista de Derecho PUCV*, vol. 34, pp. 385-414, p. 387. Esta terminología, sin embargo, resulta potencialmente equívoca, en tanto favorece la proposición de que el partícipe sería portador de un (propio) “deber secundario”, en circunstancias de que –bajo el desiderátum de atenerse a “la navaja de Occam”– resulta innecesario postular la existencia de un deber diferente del deber infringido por el autor (o los autores); acertadamente en este sentido COX, Juan Pablo (2012). *Delitos de posesión*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 306 pp., pp. 258 s., aunque añadiendo la problemática sugerencia de que la diferencia entre autoría y participación radicaría en una diversa “entidad” de la infracción de un mismo deber. Antes bien, la diferencia se deja expresar como sigue: las formas de autoría son estructuras de imputación del quebrantamiento de la norma (respectiva) como una infracción de deber *propia*; las formas de participación son estructuras de imputación de una contribución “auxiliar”, consistente en posibilitar o facilitar el quebrantamiento de la norma por parte de otro(s), como una intervención accesoria en una infracción de deber *ajena*. Véase sin embargo VAN WEEZEL, Alex (2011). *Límites de la imputación penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 464 pp., pp. 224 ss., 240 ss., quien a partir del justificado rechazo de la tesis según la cual autores y partícipes infringirían deberes distintos termina “lanzando el bebé junto con la bañera”, al reducir la diferencia entre autoría y participación a una diferencia concerniente a “cantidades de configuración”; en la misma dirección ya ROBLES (2007) 20 ss., 29 ss.

⁶⁸ Lo cual ciertamente también vale para la autoría directa. De ahí que, en contra de lo sugerido por COUSO, Jaime (2012). “Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. 1, pp. 91-133, p. 118,

4) AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN: ACCIÓN PRINCIPAL VERSUS ACCIÓN AUXILIAR

La tesis esbozada en la sección precedente se deja sintetizar como sigue: en la constitución de un delito de omisión impropia, el estatus relacional de garante especifica, por de pronto, la posición de quien puede contar como destinatario de la respectiva norma de requerimiento, cuya condición de aplicación quedará constituida por la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico al cual se encuentra referida la correspondiente relación de garantía; en cambio, el *criterio* de autoría para la eventual imputación del quebrantamiento de esa norma al garante en cuestión no queda determinado por su estatus de tal. O puesto en otros términos: una posición de garantía nos dice *quién* puede ser autor de un delito de omisión impropia, pero todavía no nos dice *por qué*. Pues esta última pregunta solo puede ser respondida a través de los criterios generales de adscripción de autoría.

Pero lo anterior deja intacta, desde luego, la posibilidad de que una determinada relación de garantía pueda reclamar *relevancia indirecta* en la fundamentación de autoría o de participación, ya sea respecto de un delito comisivo o de un delito omisivo, *con arreglo* a los criterios generales que gobiernan la adscripción de autoría y participación⁶⁹. Ello exige establecer, con máxima precisión, si el comportamiento omisivo del respectivo garante ha de ser identificado con el *objeto* de la eventual imputación, o bien con el *fundamento* para una eventual imputación, ya sea a título de autoría o de participación⁷⁰. Esta distinción es irrenunciable, en la medida en que, en el primer caso, el delito de cuya constitución se trata necesariamente exhibirá la estructura de un delito de omisión impropia, mientras que en el segundo caso el delito en cuestión será comisivo u omisivo según cuál sea el específico fragmento de comportamiento de

semejante comprensión de los criterios de autoría precisamente desacredite la caracterización de los “tipos de delito de la parte especial” como “tipos de autor”. Pues sostener, como aquí se hace, que también la autoría directa constituye una estructura de imputación equivale a sostener que los criterios de autoría son siempre *externos* al tipo de delito de cuya realización imputable se trata; en este sentido ya MAÑALICH (2010) 387 ss.

⁶⁹ El desconocimiento de lo cual distingue la posición defendida por KAUFMANN (1959) 291 ss., que lo lleva a sostener que “[a]sí como no puede haber una participación por comisión en el delito omisivo, tampoco puede haber una participación por omisión en el delito comisivo” (p. 295).

⁷⁰ Como sugiere VOGEL (1993) 283, n. 60, la construcción de los presupuestos de una participación “por omisión” se deja operativizar por la vía de una transformación mediatisada, respecto de quien ocupa la respectiva posición de garantía, de los presupuestos de una participación activa “equivalente”.

cuya imputación como quebrantamiento de una norma (de prohibición o de requerimiento) se trate⁷¹.

El punto solo se deja clarificar a través del aparato de una teoría de las normas complementada por una teoría estructuralista –o “formalista”– de la acción, construida sobre la distinción (semántica) entre acciones principales y acciones auxiliares. En lo que sigue, serán esbozados los lineamientos fundamentales de ese aparato teórico⁷², para después mostrar su rendimiento en la identificación de las principales constelaciones de casos que se dejan diferenciar estructuralmente.

Una norma de prohibición puede ser entendida como una razón (jurídicamente perentoria) para la *omisión* de acciones que satisfacen una determinada descripción; una norma de requerimiento, como una razón (jurídicamente perentoria) para la *ejecución* de acciones que satisfacen una determinada descripción⁷³. Ello se expresa en el hecho de que la condición de aplicación de tal norma haya de ser identificada con una correspondiente “oportunidad-para-la-acción”⁷⁴, esto es, con la oportunidad para omitir o ejecutar una acción particular que ejemplifique el tipo de acción sometido al respectivo operador deontico. Esto significa que una norma de prohibición o de requerimiento, así entendida, puede ser caracterizada como una razón *inmediata* para la omisión o la ejecución de una acción que ejemplifique el correspondiente tipo de acción, lo cual a su vez significa: como una razón para la omisión o la ejecución de una acción *principal*, por oposición a una acción *auxiliar*⁷⁵.

Nótese, desde luego, que la distinción entre una acción principal y una acción auxiliar es siempre relativa a una determinada descripción, a

⁷¹ El punto es pasado por alto en MAÑALICH, Juan Pablo (2013). “Condiciones generales de la punibilidad”. *Revista de Derecho UAI*, vol. 3, pp. 253-287, pp. 283 ss., 286 s., en referencia a un caso –conocido por la Corte Suprema el año 2005, en causa rol N° 3372-04– en el que se planteaba, respecto de un abuso sexual imputable a uno de los coautores de un delito de robo, la eventual responsabilidad del otro coautor del robo, que no impidió el contacto sexual en cuestión, como interviniente en el delito de abuso sexual.

⁷² Cuya exposición pormenorizada es ofrecida en MAÑALICH, Juan Pablo (2014). *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 173 pp., pp. 71 ss., 76 ss.

⁷³ Al respecto, véase MAÑALICH (2012) 572 ss., 582 ss.

⁷⁴ Fundamental VON WRIGHT (1963) 37, 42 ss., 45 ss.; VON WRIGHT, Georg Henrik (1971). *Explanation and Understanding*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 230 pp., pp. 125 ss.

⁷⁵ Fundamental para esta distinción BRENNENSTUHL, Waltraud (1975). *Handlungstheorie und Handlungslogik*. Kronberg: Scriptor, 325 pp., pp. 215 ss.; BRENNENSTUHL, Waltraud (1980). “Ziele der Handlungslogik”. En Lenk, Hans (coordinador): *Handlungstheorien interdisziplinär I*. Múnich: Wilhelm Fink Verlag, pp. 35-66, pp. 60 s. Véase asimismo VOGEL (1993) 74, 80 ss.; KINDHÄUSER, Urs (2007). “Zum Begriff der Beihilfe”. En Dannecker, Gerhard et al. (coordinadores): *Festschrift für Harro Otto*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, pp. 355-371, pp. 360 ss.; MAÑALICH (2009) 127 ss.

saber, la descripción que especifica un determinado tipo de acción⁷⁶. De esto se sigue, a su vez, que el criterio para la distinción no puede estar construido “causalistamente”⁷⁷, sino solo semánticamente, tal como lo advirtiera Beling:

“La división no yace, más bien, en el terreno causal, sino en el ámbito típico. La pregunta no es si las condiciones *sine qua non* habrían de ser diferenciadas en atención a su fuerza causal, sino si ellas caen bajo el tipo en sentido estricto o solo en su zona externa, al igual como las consecuencias del hecho a veces son adecuadas al tipo y a veces externas al tipo”⁷⁸.

Así, como acción principal solo cuenta una acción que satisfaga *por sí misma* la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción, de modo tal que cualquiera otra acción que también pudiera hallarse causalmente conectada con el respectivo resultado exhibirá el estatus de una acción “auxiliar”, o en términos de Beling: de una acción “necesitada de complemento”⁷⁹. Precisamente esto se expresa en la caracterización dogmática de una contribución delictiva consistente en la ejecución o la omisión de una acción auxiliar para con la no omisión de una acción prohibida o la no ejecución de una acción requerida, respectivamente, como una instancia de intervención *accesoria*, esto es: de “participación”⁸⁰.

Para que el quebrantamiento de una norma de prohibición o de requerimiento sea imputable a una persona a título de *autoría* es imprescindible, en primer lugar, que de esa persona pueda predicarse la no omisión de la acción prohibida o la no ejecución de la acción respectivamente requerida, en tanto acción *principal*; y es igualmente imprescindible, en segundo lugar, que esa misma persona exhiba el estatus de destinatario de la norma en cuestión, pues de esto último depende que, *a su respecto*, la no omisión o la no ejecución de la acción respectiva sea constitutiva de la infracción del deber fundamentado por la norma de cuyo eventual quebrantamiento se trata. Con ello, lo que diferencia a las diversas modalidades de autoría es la específica estructura de la imputación de la no

⁷⁶ Ciertamente, esto no obsta a que el tipo de acción en cuya correlación con el operador de la prohibición o del requerimiento consiste la norma en cuestión pueda estar constituido por un tipo de acción auxiliar, como sucede tratándose de la prohibición del así llamado “auxilio al suicidio”. Lo crucial es advertir, empero, que una acción consistente en prestar colaboración a un suicidio ajeno cuenta, relativamente a *esta norma*, como una acción principal; véase ya MAYER, Max Ernst (1915). *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 552 pp., pp. 387 s., 405, n. 1.

⁷⁷ Correctamente VOGEL (1993) 82 ss.

⁷⁸ BELING (1906) 250.

⁷⁹ BELING (1906) 250 s.

⁸⁰ En el sentido de “tener parte en una acción ajena”; así ya BIERLING (1905) 145.

omisión o la no ejecución de la acción (principal) prohibida o requerida por la norma a quien(es) funge(n) como destinatario(s) de esta⁸¹.

Así, la fundamentación de autoría directa equivale a la imputabilidad “por defecto” del quebrantamiento de la norma a aquella persona que se encontraba en posición de omitir o ejecutar la acción respectivamente prohibida o requerida, esto es: a la persona en cuya situación la norma representaba una razón *inmediata* para omitir o ejecutar una acción de cierto tipo⁸². La fundamentación de autoría mediata, en cambio, depende de que el quebrantamiento de la norma en efecto no resulte imputable a la persona inmediatamente situada en la posición de omitir o ejecutar la acción (principal) en cuestión, ya sea por no resultar (situacionalmente) aplicable la norma a su respecto, ya sea por no satisfacerse a su respecto los criterios para semejante imputabilidad “por defecto”. En tal caso, el quebrantamiento de la norma podría resultar imputable, en autoría mediata, a alguna persona (“de atrás”) que se haya hecho específicamente competente por la situación en la cual la persona “de adelante” ejecutara u omitiera la acción respectiva sin quebrantar de modo imputable la norma en cuestión, siempre que esa persona “de atrás” cuente como destinataria de esta misma norma⁸³. Finalmente, la fundamentación de coautoría depende de la viabilidad de una interpretación del comportamiento discreto de dos o más personas como constitutivo de la no omisión *conjunta* de una acción sometida a prohibición, o bien de la no ejecución *conjunta* de una acción sometida a requerimiento, según corresponda⁸⁴, con arreglo a un esquema de “representación recíproca”⁸⁵. Sobre esta base, y

⁸¹ Véase en detalle MAÑALICH (2009) 134 ss.; también MAÑALICH (2010) 388 s., 390 ss.

⁸² Véase sin embargo VAN WEEZEL (2011) 245 s., en relación con el caso en que un agente “fabrica e instala la ‘máquina infernal’, pero entrega a un tercero, bajo condiciones que aquel mismo define, la presión del botón”; según Van Weezel, y bajo el criterio de la “magnitud de la configuración del hecho”, aquí el primer individuo tendría que ser “castigado como autor”, mientras que el segundo habría de ser “castigado como cómplice”. Semejante solución resulta incompatible, desde luego, con una comprensión de las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas como razones situacionalmente inmediatas para la acción.

⁸³ Véase MAÑALICH (2010) 396 ss., 399 ss., 404 ss.

⁸⁴ Ello es pasado por alto por VAN WEEZEL (2011) 220, cuando este sostiene que “en el ámbito de la autoría no se trata de fundamentar una ‘imputación recíproca’ de los aportes entre los coautores [...], sino de fundamentar la competencia común por el único verdadero objeto de imputación, la realización del tipo penal”. Pues todo el problema consiste, en primer lugar, en la *constitución* de la instancia de realización del tipo de delito por la vía de unificar –vía imputación recíproca– el comportamiento discreto de cada uno de los (en tal medida) coautores. Acerca de la función constitutiva de los presupuestos de adscripción de coautoría, véase MAÑALICH (2009) 140 ss.

⁸⁵ KINDEHÄUSER, Urs (2001). “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”. En Bohnert, Joachim et al. (coordinadores): *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach*. Berlín: Duncker & Humblot, pp. 627-653, pp. 645 ss.; coincidentemente HAAS (2008) 112 ss. Fundamental en este sentido ya BINDING (1915) 298 s. Véase sin embargo VAN WEEZEL (2011) 237 ss., según quien para “la fundamentación

siempre que cada uno de los intervenientes pertenezca al círculo de destinatarios de la norma en cuestión, a cada cual resultará personalmente imputable el quebrantamiento de la norma en el sentido de una “infracción de deber conjunta”⁸⁶.

Este bosquejo de los presupuestos de la adscripción de autoría hace posible esbozar, por contraste, los presupuestos de una imputación a título de *participación*. Pues el partícipe no quebranta, por sí mismo, norma alguna⁸⁷, lo cual significa: tampoco alguna “norma derivativa”. Al partícipe se imputa, antes bien, el quebrantamiento de la *misma* norma cuyo quebrantamiento es imputable al autor (o a los coautores), pero precisamente a título de *participación en una (única) infracción de deber por parte de otro(s)*, cuyo comportamiento representa un presupuesto constitutivo de la significación “accesoriamente” delictiva del comportamiento de aquel⁸⁸. En tal medida, a un partícipe por definición no resultará imputable la no omisión de la acción prohibida o la no ejecución de la acción requerida. Pues su contribución ha de consistir, más bien, en

de la mancomunidad” que es distintiva de la coautoría bastaría con una adaptación (subjetivamente) unilateral.

⁸⁶ En terminología dogmática, se trata del principio del “hecho global” (*Gesamttat*); fundamental ya BINDING (1915) 287 ss.; determinante para la discusión más reciente, DENCKER, Friedrich (1996). *Kausalität und Gesamttat*. Berlín: Duncker & Humblot, 284 pp., pp. 120 ss., 142 ss.; al respecto, véase también VAN WEEZEL (2011) 214 ss. Para una muy refinada clarificación de la estructura del principio del hecho global, entendido como una concreción de la categoría de la “unidad de acción” –o en su propia terminología: de la “doctrina de la co pertenencia de las acciones”–, véase ya BELING (1906) 333 ss., 390 ss., 404 ss., quien afirma, sin embargo, el carácter “hipotético” de la construcción de la correspondiente unidad de acción delictiva; para una enérgica crítica de esta última afirmación, véase BINDING (1915) 286 s., denunciando acertadamente el psicologismo implicado en la tesis de Belling. De ahí que resulte más satisfactoria la formulación de BIERLING (1905) 145 s., quien habla de la “combinación de una pluralidad de acciones individuales [...] de varios seres humanos en una única unidad de acción”.

⁸⁷ Sin embargo RENZIKOWSKI (1997) 131 ss.; análogamente ya STEIN, Ulrich (1988). *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín: Duncker & Humblot, 403 pp., pp. 85 s., según quien “la efectiva ejecución de la acción constitutiva del hecho principal [...] como tal solo afectaría la necesidad de pena” del propio hecho constitutivo del respectivo “delito de participación”. Una y otra posición, en tanto comprometidas con la tesis según la cual la inducción y la complicidad se corresponderían con la contravención de normas de comportamiento diferentes de la norma respectivamente quebrantada por el autor, representan variantes (algo heterodoxas) de un modelo favorable al así llamado “delito de participación”; fundamental para la crítica de tal modelo en su versión más tradicional, BLOY, René (1985). *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 399 pp., pp. 172 ss., 182 s., 191, 248 ss., quien acertadamente reconstruye la distinción entre autoría y participación como concerniente a la diferente modalidad de la imputación del quebrantamiento de una y la misma norma de comportamiento, a saber: como “hecho propio” y como “hecho ajeno”, respectivamente.

⁸⁸ Al respecto MAÑALICH (2009) 130 s.; véase también JOERDEN, Jan (1988). *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*. Berlín: Duncker & Humblot, 191 pp., pp. 87 s., 96 s., 124 s.

posibilitar o facilitar la no omisión o la no ejecución de la acción (principal) por parte del autor o los coautores: ya sea a través de la *ejecución* de una acción auxiliar para con la no omisión de la acción prohibida o la no ejecución de la acción requerida, según corresponda; ya sea a través de la *omisión* de una acción auxiliar para con la omisión de la acción prohibida o la ejecución de la acción requerida, según corresponda.

En estos términos, lo que distingue a la inducción y la complicidad, en tanto modalidades de participación, es la específica estructura de la contribución desempeñada a través de la ejecución o la omisión de la respectiva acción auxiliar⁸⁹. Así, responde como inductor quien *provee* una razón, o bien quien *no desactiva* una razón, que efectivamente (co-)determina a otro a ejecutar u omitir la acción respectivamente prohibida o requerida. Como cómplice, en cambio, responde quien *colabora* a que otro quede en (mejor) posición, o bien quien *no colabora* a que otro *no* quede en (mejor) posición, de ejecutar la acción prohibida u omitir la acción requerida, según corresponda.

5) OMISIÓN DEL GARANTE E INTERVENCIÓN DELICTIVA

Como se intentará mostrar a continuación, resulta imprescindible desambiguar la conexión existente entre el hecho de que una persona exhiba el estatus de garante en relación con uno o más bienes jurídicos ajenos, por un lado, y el hecho de que esa misma persona, *en tanto* garante, pueda resultar autora o partícipe de un determinado delito (comisivo u omisivo) por haber omitido una acción de cierta clase, por otro⁹⁰. Para ello, y sin pretensión alguna de exhaustividad, cabe circunscribir el problema a una muestra de casos ficticios –ejemplificativos de la así llamada “criminalidad de manual”–, en los cuales se haga fácilmente reconocible esa ambigüedad, de modo tal que, por vía de análisis, la misma pueda ser desactivada.

La selección de cada caso está motivada por una consideración de relevancia estructural: se trata de priorizar la detección de la manera en la cual los criterios generales para la adscripción de autoría y participación se hacen específicamente operativos en referencia a la posición relativa del “garante omitente”, lo cual ha de quedar determinado, a su vez, por una identificación precisa del respectivo objeto de imputación.

⁸⁹ Véase JOERDEN (1988) 96 ss., 114 ss.; VOGEL (1993) 89 ss.

⁹⁰ Véase sin embargo VAN WEEZEL (2011) 229 s., según quien “la fundamentación de la competencia” por la evitación de la realización de un tipo de delito “coincide con la fundamentación y límites de las posiciones de garante”.

5.1) GARANTE OMITENTE COMO AUTOR MEDIATO DE UN DELITO COMISIVO

Caso 2. El enfermero E tiene a su cargo un muy peligroso paciente P, que padece un cuadro de esquizofrenia aguda. E deja abierta la puerta de la habitación de P antes de partir rumbo a su casa por la noche; P logra salir a la calle, donde ataca violentamente a un tercero T, dejándolo gravemente herido.

Aquí cabe partir descartando la imputabilidad a E –desde ya: como autor directo– de un quebrantamiento de la norma que requiere el impedimento de una lesión corporal respecto de una persona de cuya salud corporal se es (situacionalmente) garante, en la forma de un delito de omisión impropia⁹¹. Pues para ello sería necesario que de E fuese previsible la no ejecución de una acción impeditiva del resultado de lesión corporal padecido por T, entendida como acción *principal*, esto es: como una acción cuya ejecución estuviese exigida “en sus propios términos” por la norma de requerimiento en cuestión. Pero este no es el estatus de la acción cuya omisión por parte de E pudiera venir en consideración aquí.

En efecto, la acción cuya omisión por parte de E parecería exhibir relevancia aquí se identifica con una acción consistente en cerrar la puerta de la habitación de P. Y el punto es que semejante acción no se encuentra sometida (“en sus propios términos”) a la norma de requerimiento del impedimento de una lesión corporal para una persona de cuya salud corporal se es (situacionalmente) garante, esto es: una acción cuya omisión pudiera convertir al garante, *ceteris paribus*, en autor *directo* de un correspondiente delito omisivo de lesión corporal⁹².

Para comprobar lo anterior, bastaría con preguntarse cuál sería la implicación de la tesis contraria para el caso en que, habiendo E omitido cerrar la puerta de la habitación de P y representándose E la concreta posibilidad de que este saliera del lugar y eventualmente agrediera a otra persona, P no hubiese dado un solo paso hacia afuera, de modo tal que la salud corporal de T no hubiese llegado a estar expuesta a peligro alguno asociado al comportamiento de P. Quien de cara a la formulación original del *caso 2* sostuviese que E sería autor directo de un delito de lesión corporal en omisión impropia, tendría consistentemente que afirmar, de

⁹¹ Así sin embargo KÜHL, Kristian (2002). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4^a edición. Munich: Vahlen, 946 pp., § 20/267.

⁹² El problema es enteramente pasado por alto por HOFFMANN-HOLLAND (2006), “Die Beteiligung”, p. 635, quien para casos de esta índole postula una adscripción de autoría directa por el respectivo delito de omisión impropia al garante en cuestión, lo cual se seguiría de la adopción del criterio del “control directo de la agresión al bien jurídico”. En la misma dirección argumenta ROXIN (2000) 471 s., aunque bajo una caracterización de los delitos de omisión impropia como “delitos de infracción de deber”.

cara a la variación recién propuesta, que aquí E sería autor directo de la correspondiente *tentativa* (acabada) de un delito omisivo de lesión corporal. Pues si se sostiene que la acción consistente en cerrar la puerta de la habitación de P era una acción inmediatamente requerida para E en tanto garante (por vigilancia) en pos de la salvaguarda de la salud corporal de T, entonces cabría identificar la (definitiva) omisión de esa acción con una tentativa acabada –en la terminología del CP chileno: con un “delito frustrado”– de lesión corporal (grave) en omisión impropia, en la medida en que la representación de la concreta posibilidad de que P saliera del lugar y eventualmente agrediera a un tercero bastaría, respecto de E, para una adscripción de dolo (eventual). Y esto, a pesar de que, bajo la presente variación, P no alcanzó siquiera a salir del hospital, con lo cual no llegó a estar mínimamente cerca de atacar a tercera persona alguna.

Lo contraintuitivo de tal solución habla decisivamente a favor de revisar la premisa de la cual ella se sigue. La premisa está constituida por la caracterización de la acción consistente en cerrar la puerta de la habitación de P como una acción requerida, “en sus propios términos”, para E en tanto garante. Pero la situación en la cual E deja la puerta sin cerrar es una situación en la cual todavía no se puede encontrar concretizada su eventual relación de garantía para con un bien jurídico que pudiera resultar menos-cabado por el futuro comportamiento de P. Lo cual significa: se trata aquí de una situación en la cual E no cuenta por sí mismo con una *oportunidad* para la ejecución de una *acción* de salvamento de un tercero (cuálquiera) que pudiera estarle requerida en virtud de su posición de garante por vigilancia en relación con P. De ahí que la acción consistente en cerrar la habitación, omitida por E, no pueda exhibir el estatus de una acción principal, cuya no ejecución pudiera resultarle imputable como la infracción de un deber impuesto por una correspondiente norma de requerimiento.

Antes bien, se trata aquí de la omisión de una acción *auxiliar* para con la no ejecución, por parte de P, de una acción *productiva* de un resultado de lesión corporal sobre T. Esto es, se trata de una acción que habría tenido que ser ejecutada por E para así colaborar con la no ejecución de una acción lesiva para T, que en definitiva llegó a ser ejecutada por P. Y esta última es una acción prohibida *sub specie* producción de un resultado de lesión corporal, cuya ejecución tendría que convertir a P, *ceteris paribus*, en autor directo de un delito comisivo de lesión corporal. En tal medida, y siendo E garante por ejercicio de una función de aseguramiento respecto del comportamiento potencialmente peligroso de P, parecería que E solo podría portar responsabilidad como *cómplice* (por omisión) en el delito comisivo de lesión corporal del cual P respondería como autor⁹³.

⁹³ Tal tendría que ser, en efecto, la solución para un caso en que, todo lo demás siendo igual, la posición de P estuviese ocupada por un reo R, plenamente capaz de culpabilidad, que

Pero en el *caso 2*, a P no se deja imputar el quebrantamiento de la prohibición de la producción de una lesión corporal a título de autoría directa, en la medida en que su (aguda) enfermedad mental lo privase de capacidad de culpabilidad. Y en este escenario, entonces, la omisión de la acción auxiliar consistente en el cierre de la puerta, por parte de E, fundamenta no meramente una adscripción de complicidad, sino ya una adscripción de autoría mediata respecto del delito de lesión corporal. Pues la omisión de esa acción auxiliar funciona aquí, en atención a la posición de garantía de E, como criterio de fundamentación de la específica competencia de E (en tanto “persona de atrás”) por la ejecución, por parte de P, de la acción corporalmente lesiva para T. Con ello, E resultaría *prima facie* responsable, en tanto garante, como autor mediato de un delito *comisivo* de lesión corporal, esto es, de un delito constituido por el quebrantamiento de una norma de prohibición, cuyo destinatario no necesita ocupar posición de garantía alguna⁹⁴.

La clave para la solución así obtenida se encuentra en una determinada comprensión de la estructura de imputación de la autoría mediata, que a su vez lleva a favorecer la tesis propia de la así llamada “solución global” para la identificación del inicio de la tentativa eventualmente imputable al autor mediato⁹⁵. Con arreglo a esa comprensión, el objeto de la eventual imputación a la persona del autor mediato se identifica con la ejecución o la omisión de alguna acción (principal) por parte de la persona de adelante, mientras que en el propio comportamiento (activo u omisivo) del autor mediato, en tanto persona de atrás, solo ha de identificarse la *base* para su específica competencia por el déficit de imputabilidad de un quebrantamiento de la norma respectiva a la propia persona de adelante⁹⁶. Ello es decisivo para desactivar la implicación contraintuitiva de la concepción rival para el caso en que la persona de adelante no llegase siquiera a disponerse a ejecutar u omitir la respectiva acción (principal):

estuviera cumpliendo sentencia por un conjunto de crímenes especialmente brutales, y la posición de E fuese ocupada por el gendarme G, encargado de la custodia de R.

⁹⁴ Nótese, de paso, que esta conclusión preliminar se deja establecer con total independencia de cuál sea el criterio de imputación subjetiva que fundamente la responsabilidad de P *qua* autor mediato, esto es: con independencia de que E se haya efectivamente representado, con un grado de probabilidad decisoriamente relevante, la posibilidad de que P llegase a salir del hospital y a atacar a alguna tercera persona (cualquiera), en cuyo caso cabría reconocer dolo; o bien de que, por falta de precaución y previsión, E no se haya representado esa misma posibilidad, en cuyo caso cabría fundamentar la imputación en una adscripción de imprudencia. A favor de la posibilidad constructiva de una imputación en autoría mediata a título de imprudencia, véase ya BINDING (1915) 280; BINDING, Karl (1919). *Die Normen und ihre Übertragung*. Léipzig: Felix Meiner, tomo IV, 681 pp., pp. 598 ss.; más recientemente RENZIKOWSKI (1997) 262 ss., 272 ss.; HAAS (2008) 143 ss.; VAN WEEZEL (2011) 306 ss.

⁹⁵ Latamente al respecto MAÑALICH (2009), *Nötingung*, pp. 150 ss.; también MAÑALICH (2010) 392 s.

⁹⁶ MAÑALICH (2010) 396.

puesto que el objeto de imputación se identifica con el respectivo fragmento de comportamiento de la persona de adelante, en semejante caso no cabe reconocer inicio alguno de una tentativa susceptible de imputación a la persona de atrás *qua* autora mediata.

5.2) GARANTE OMITENTE COMO AUTOR MEDIATO DE UN DELITO OMISIVO

Caso 3. Dos amigas, A y B, dan un paseo por la ribera de un río de aguas profundas, en un lugar muy próximo a la vivienda de la segunda; por padecer una paraplejia, A se desplaza en una silla de ruedas, que es empujada por B. Durante su recorrido, las dos amigas avizoran a un bañista en el río, C, quien desesperadamente grita pidiendo ayuda, alcanzando a vociferar que un calambre le impide seguir flotando; cuando B se dispone a zambullirse en el río para rescatar a C, A le dice, enfática y asertivamente, que no se deje engañar, puesto que C no sería más que un reconocido “loquito” de la zona, que recurrentemente fingiría sufrir percances de la más diversa índole para llamar la atención de sus congéneres. Convencida por lo dicho por A, B procede a retomar el paseo junto a esta; C muere ahogado.

La tesis que identifica el objeto de una eventual imputación a título de autoría mediata con un determinado fragmento de comportamiento de la respectiva “persona de adelante” hace posible ofrecer una solución para casos como el recién presentado, los cuales siguen siendo objeto de amplia controversia dogmática.

La primera constatación, empero, es negativa: resulta inviable una solución del *caso 3* consistente en la postulación de una imputación a A de la producción de la muerte de C en la forma de un delito comisivo de homicidio, en autoría mediata⁹⁷. Pues el carácter comisivo u omisivo del delito constituido por vía de imputación en autoría mediata queda determinado por el *objeto* de la correspondiente imputación, y no por el comportamiento (precedente) que la fundamenta, lo cual significa: ello depende de si lo que ha de ser imputable a la persona de atrás es la no omisión o la no ejecución de una acción ejecutada u omitida por la persona de adelante, respectivamente⁹⁸. En nuestro caso, el fragmento de

⁹⁷ Tal es, empero, la solución favorecida por JAKOBS (1991) 29/110, así como por VOGEL (1993) 295 s.; en igual sentido KÜHL (2002) § 20/267; implícitamente también ROXIN (2000) 520 s., aunque enfatizando la supuesta equivalencia entre tales casos y aquellos en los cuales la interrupción de un curso salvador fundamenta una autoría directa en relación con el respectivo delito comisivo.

⁹⁸ Véase REINHOLD, Joachim (2009). *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*. Tubinga: Mohr Siebeck, 384 pp., pp. 170 ss., 175 ss.

comportamiento de B que pudiera fungir como objeto de una imputación a A, a título de autoría mediata, está constituido por la omisión de una acción de salvamento a favor de C, lo cual determina que, de ser A autora mediata de un homicidio, este tendría que exhibir la estructura de un delito omisivo.

Como alternativa a tal solución cabría quizá pensar en la imputación de un homicidio comisivo a A, pero en autoría directa. Ello dependería de la posibilidad de interpretar el engaño desplegado por A sobre B en el sentido de la interrupción de un curso causal salvador⁹⁹. Esto supondría asumir que la estructura del *caso 3* es idéntica a la de un caso en el cual X aturde de un golpe en la cabeza al salvavidas Y, cuando este se dispone a lanzarse al mar para rescatar al bañista Z, que enfrenta un peligro de morir ahogado. En este último caso, precisamente por la circunstancia de que la *vis absoluta* ejercida por X sobre Y impide adscribir a este último la no ejecución de acción alguna, es correcto caracterizar la acción ejecutada directamente por X como una acción *principal* bajo la descripción “producir la muerte de otro”¹⁰⁰.

Pero así no se deja caracterizar la acción (verbal) ejecutada “de propia mano” por A, consistente en el engaño que genera la creencia errónea de B en cuanto a que C no enfrentaría peligro de muerte alguno¹⁰¹. Tal acción de A, en relación con el condicionamiento causal de la muerte de C, solo puede exhibir el estatus de una acción auxiliar, o en palabras de Beling: de una acción “necesitada de complemento”. De ahí que la solución consistente en la imputación de un homicidio comisivo a título de autoría directa solo resulte compatible con la postulación de un concepto extensivo de autor, lo cual –en términos del aparato conceptual aquí favorecido– precisamente supondría renunciar a la distinción analítica entre acciones principales y acciones auxiliares. Y el problema que enfrenta semejante solución se deja heurísticamente sugerir a través de la “prueba de fuego” representada por la pregunta acerca de cuál tendría que ser la solución de un caso en el cual, todo lo demás siendo igual, la manipulación cognitiva desplegada por A sobre B hubiese sido ineficaz, de modo tal que B hubiese en efecto salvado la vida de C. En tal caso, y de defenderse la tesis de una autoría directa, habría que concluir que, a pesar del exitoso salvamento efectuado por B, a A sería imputable una tentativa acabada de un delito comisivo de homicidio, en la forma de un “homicidio frustrado”.

⁹⁹ Tal es la solución favorecida por KAUFMANN (1959) 196 s.; HAAS (2002) 268 s.; así también REINHOLD (2009) 175 ss.

¹⁰⁰ En perspectiva filosófica, véase BENNETT, Jonathan (1981). “Morality and Consequences”. En McMurrin, Sterling (editor): *The Tanner Lectures on Human Values II*. Salt Lake City: University of Utah Press, pp. 47-116, pp. 52 ss. Sobre el problema, y en referencia a la demarcación de los presupuestos de la autoría directa y la autoría mediata, véase MAÑALICH (2009) 310 ss., 318 ss.

¹⁰¹ Véase RENZIKOWSKI (1997) 110 s.

Que el engaño desplegado por A sobre B exhiba el carácter de una acción auxiliar para con la no ejecución, por parte de B, de una acción de salvamento de la vida de C, sugiere que una solución satisfactoria del caso tendría que pasar, más bien, por la comprobación de si a A es imputable la no ejecución de esa acción de salvamento, en la forma de un delito *omisivo* de homicidio, a título de autoría mediata. Para ello, es desde ya determinante que B, quien de hecho no ejecuta la acción de salvamento de la vida de C –no obstante haber estado físicamente capacitada para ello–, en efecto no cuenta como destinataria de la correspondiente norma de requerimiento¹⁰². Pues B no se encuentra en posición de garantía respecto de la vida de C. Pero lo mismo no se deja predicar de A. Pues al haber manipulado, mediante engaño, la representación de las circunstancias de la cual disponía B, A se ha constituido en garante, por injerencia, del salvamento de la vida de C *por parte de B*.

Lo que hay que enfatizar, entonces, es que –aun prescindiendo del hecho de que, en atención a su condición de parapléjica, A haya sido físicamente incapaz de ejecutar una acción (principal) impeditiva de la muerte de C– la posición de garantía de A se circunscribe aquí al aseguramiento de que B no dejase de ejecutar una acción de salvamento de la vida de C por disponer de una representación errada de la situación. Y tal acción de salvamento no llegó a ser ejecutada, sin que A haya revertido el error de B, que A misma condicionara mediante engaño, esto es: sin que A haya ejecutado una (posterior) acción auxiliar que hubiese suprimido la creencia errónea bajo la cual B en efecto no impidió la muerte de C. Así, cabría plantear la imputación a A de la no-ejecución de la acción impeditiva de la muerte de C, a título de autoría *mediata*, en la forma de un delito omisivo de homicidio (consumado).

Pero semejante construcción de un delito de omisión impropia en autoría mediata se ve enfrentada, a primera vista al menos, a una dificultad nada despreciable, a saber: la dificultad de fundamentar la específica competencia de A por la situación en la cual B omite impedir la muerte de C sin quebrantar la correspondiente norma de requerimiento. Desde este punto de vista, cabe reconocer una similitud estructural con los casos de una posible autoría mediata por “autolesión (activa u omisiva) del instrumento”¹⁰³. Pues también aquí el déficit del carácter delictivo del comportamiento de la persona de adelante queda determinado por la

¹⁰² Ello, con total independencia de que B pudiera ocupar el lugar del destinatario de una norma (general) de requerimiento de socorrer a otra persona en peligro, cuyo quebrantamiento –que respecto de B no sería imputable, al menos a título de dolo– pudiera ser constitutivo de un delito (común) de omisión de socorro, que bajo el derecho chileno, sin embargo, queda muy restrictivamente tipificado, como mera falta, en el art. 494 N° 14 del Código Penal, bajo la exigencia de que la persona en peligro se encuentre “en despoblado”.

¹⁰³ En detalle al respecto MAÑALICH (2009) 167 ss.; también MAÑALICH (2010) 405 ss.

circunstancia de que ella no ocupa el lugar de destinataria de la norma de cuyo eventual quebrantamiento se trata, en la medida en que esta haya de ser identificada con una norma que prohíbe la producción o requiere el impedimento del menoscabo para bienes jurídicos *ajenos*, norma que por definición no podrá verse (objetivamente) quebrantada a través de la ejecución de una acción lesiva para, o la omisión de una acción preservativa de, bienes jurídicos propios. De ahí que una imputación a título de autoría mediata dependa, en los casos de autolesión, de que la persona de atrás sea competente por un déficit de autonomía, por parte de la persona de adelante, en el ejercicio de libertad de disposición sobre sus propios bienes. Para ello, y precisamente por tratarse de la pregunta por la autonomía de semejante ejercicio de libertad de disposición, lo correcto es recurrir a los criterios de los cuales depende la efectividad de un consentimiento¹⁰⁴, entendidos como criterios de imputabilidad de la respectiva declaración de voluntad como un ejercicio autónomo de libertad de disposición al titular del bien jurídico protegido.

Pues bien, y volviendo al *caso 3*: la decisión de B en cuanto a ejecutar o no ejecutar una acción potencialmente preservativa de la vida de C también se encuentra referida a un ejercicio de libertad de disposición sobre bienes jurídicos propios, desde ya en lo concerniente a su libertad general de acción. Ello justifica recurrir a los mismos parámetros que en los casos de autolesión –esto es: a los parámetros bajo los cuales se juzga la efectividad de un consentimiento– para evaluar la autonomía de semejante ejercicio de libertad de disposición. Bajo estos parámetros, en la renuncia de B a ejecutar la correspondiente acción de salvamento es posible constatar un déficit de autonomía, constituido por su desconocimiento de que C efectivamente enfrenta un peligro de muerte susceptible de ser neutralizado a través de la ejecución de una acción de salvamento por su parte. Y a este respecto, la competencia específica de A por el déficit de autonomía –*sub specie* ejercicio de libertad de disposición sobre las propias posibilidades de acción– bajo el cual B en definitiva no llega a ejecutar tal acción de salvamento queda fundamentada por la omisión por parte de A, en posición de garante, de una acción (auxiliar) consistente en la reversión del error en el cual se encuentra B. Y esa posición de garante se encuentra a su vez fundamentada por injerencia, a saber: en virtud del engaño en tanto “actuar precedente”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A favor de la así llamada “solución del consentimiento”, véase MAÑALICH (2009) 174 ss., bajo una comprensión de la autolesión y el consentimiento (en una heterolesión) como modalidades estructuralmente divergentes de ejercicio de libertad de disposición (“por mano propia” y “por delegación”, respectivamente).

¹⁰⁵ Así quedaría desvirtuada la eventual objeción de que la solución aquí propuesta pudiera contravenir el principio *ne bis in idem*. Pues la maniobra engañosa –en tanto “actuar precedente”– fundamenta la posición de garantía por injerencia, bajo la cual la posterior omisión

Lo crucial aquí es enfatizar que la posición de garantía –por injerencia– en la cual queda situada A tras haber generado la creencia errónea de B es estrictamente relativa a la contingencia de que B ejecute o no ejecute una acción preservativa de la vida de C bajo el correspondiente déficit de autonomía¹⁰⁶. Esto hace posible diferenciar el *caso 3* del siguiente caso:

Caso 3'. Todo lo demás siendo igual, A ofrece dar una suma de \$500.000 a B si esta deja morir ahogado a C; motivada por el incentivo pecuniario, B renuncia a ejecutar acción de salvamento alguna; C muere por inmersión.

Para casos como este último, Kaufmann propone exactamente la misma solución que para el *caso 3*, a saber: la imputabilidad a A de un delito comisivo de homicidio, en autoría directa¹⁰⁷. Como bien observa Roxin, sin embargo, tal solución es incompatible con la adopción de un concepto restrictivo de autor¹⁰⁸.

La diferencia específica que cabe reconocer entre el *caso 3* y el *caso 3'*, en términos del modelo aquí defendido, consiste en que en el segundo no es reconocible déficit de autonomía alguno en la omisión de una acción impeditiva de la muerte de C por parte de B. Pues el ofrecimiento de una suma de dinero, por parte de A, no pone a B en una situación en la cual se ve comprometida la interpretación de su renuncia a la ejecución de una acción de salvamento como una administración “discursivamente autónoma” de su propia libertad de acción¹⁰⁹. De ahí que, en el *caso 3'*, la relevancia delictiva del ofrecimiento de la suma de dinero por parte de A quede circunscrita a su eventual significación como la ejecución de una acción auxiliar que provea a B de una razón eficaz para quebrantar alguna norma de requerimiento que pudiera fundamentar, respecto de B, un deber de ejecutar la acción (principal) de salvamento por ella efectivamente omitida. Lo cual quiere decir: en el *caso 3'*, A solo podría portar responsabilidad como inductora de un eventual delito omisivo imputable (en autoría directa) a B, lo cual supondría, en razón del principio de accesorie-

de una acción que revierta el error de B así condicionado fundamenta la competencia de A *qua* potencial autora mediata.

¹⁰⁶ Que se trate aquí de una imputación *qua* autora mediata tiene, desde ya, una consecuencia capital: de haber A sacado a B del error (condicionado mediante engaño) en un momento en el cual el salvamento (eficaz) de la vida de C todavía fuese posible, sin que B hubiese entonces procedido a salvar a C, A ya no sería autora mediata a de un delito omisivo de homicidio, puesto que ella ya no resultaría específicamente competente por la situación en la cual B ha “dejado morir” a C sin quebrantar la correspondiente norma de requerimiento.

¹⁰⁷ KAUFMANN (1959) 195 ss., 199 ss.; en igual sentido WELZEL, Hans (1967). *Das Deutsche Strafrecht*. 10^a edición. Berlín: Walter de Gruyter, 568 pp., p. 199.

¹⁰⁸ ROXIN (2000) 513 ss., 518 ss.

¹⁰⁹ En los términos aquí favorecidos, el ofrecimiento de la suma de dinero no deja de constituir una forma de influencia “discursivamente amistosa”, a diferencia de lo que sucedería, en cambio, si A se valiese de una coacción mediante amenaza sometida a prohibición jurídica. Lataamente al respecto MAÑALICH (2009) 341 ss., 361 ss., con ulteriores referencias.

dad de la participación, que la omisión de una acción de salvamento por parte de B en efecto exhibiera relevancia delictiva¹¹⁰. Al no ser B (situacionalmente) garante de la vida de C, queda descartada, sin embargo, la posibilidad de una inducción a un delito de homicidio en omisión imprópria. Ciertamente, esto dejaría subsistente la posibilidad de una inducción a un delito de omisión de socorro, pero esta posibilidad queda descartada bajo el derecho chileno vigente, que más allá de la muy acotada falta establecida en el art. 494 N° 14 del Código Penal no tipifica semejante delito (“genérico”) de omisión de socorro.

A diferencia de lo que sucede en el *caso 3'*, y según ya se sostuviera, en el *caso 3* sí es posible postular la imputabilidad a A, como autora mediata, de un homicidio omisivo. La razonabilidad de esta solución se deja comprobar, ulteriormente, en referencia a sus implicaciones de cara a la ya mencionada “prueba de fuego” representada por la pregunta acerca del inicio de la correspondiente tentativa. Si suponemos nuevamente que la manipulación cognitiva desplegada por A sobre B no hubiese sido exitosa, de modo tal que B de todas formas se hubiese lanzado al agua y en definitiva salvado la vida de C, y asumimos –con arreglo a la concepción de la autoría mediata aquí favorecida– que el inicio de la tentativa eventualmente imputable al autor mediato tiene que identificarse, en el sentido de la así llamada “solución global”, con el inicio de la ejecución o la omisión de la acción principal por parte de la persona de adelante¹¹¹, entonces en la variación del caso ahora considerada cabría negar que a A sea imputable, en autoría mediata, una tentativa de homicidio en omisión imprópria¹¹². Pues en la medida en que B hubiese procedido de inmediato –esto es: apenas advertido el peligro en que se encontraba C– a rescatar a C, quedaría descartada la constatación de *demora* alguna en la ejecución de la acción de salvamento, demora que sería imprescindible, empero, para reconocer el inicio de la tentativa de un homicidio omisivo susceptible de imputación a A en tanto autora mediata.

5.3) GARANTES OMITENTES COMO COAUTORES DE UN DELITO OMISIVO

Caso 4. Durante una excursión familiar, M y P, la madre y el padre de un pequeño niño N, que padece de obesidad mórbida, contem-

¹¹⁰ Acertadamente ROXIN (2000) 521 ss.

¹¹¹ Véase supra, 5.1.

¹¹² Cuando el objeto de la imputación está constituido por la no ejecución de una determinada acción, la respuesta a la pregunta por el inicio de la tentativa imputable al autor mediato pasa a depender de la respuesta a la pregunta por el inicio de la tentativa de los delitos de omisión imprópria. Al respecto, véase VOGEL (1993) 225 ss.: hay inicio de la tentativa siempre que, bajo la representación del garante, se dé ya un peligro concreto para el bien jurídico cuya salvaguarda es requerida y no sea segura la posibilidad de un posterior impedimento del resultado (p. 233).

plan impávidos como su grueso hijo común comienza a ser tragado por un pantano, del cual N es incapaz de salir por sí mismo. Ante la evidencia de que solo sujetando y jalando ambos a N cabría impedir que este se hunda definitivamente bajo el fango, P y M se miran por un instante; M articula una leve mueca con su rostro, ante lo cual P responde con un ademán de asentimiento, tras lo cual los dos se retiran trotando suavemente desde el lugar; N muere por inmersión.

Tanto M como P satisfacen la condición indispensable para ser autores de un posible delito omisivo de homicidio en la persona de su hijo N, a saber: el estatus (relacional) de garantes. En atención a la especificidad de una relación paterno- o materno-filial, que sirve como paradigma de una posición de garantía “por protección” –o en la terminología de Jakobs: por competencia institucional–, cabría pensar que el *caso 4* hubiera de ser resuelto en el sentido de que M y P serían, cada uno por separado, autores directos de *sendos* delitos de homicidio en omisión impropia. Pues lo distintivo de semejante relación de garantía sería, en efecto, que el garante siempre quedaría inmediatamente obligado, sin ulterior cualificación, a impedir el correspondiente menoscabo para el bien jurídico así garantizado¹¹³.

En semejante planteamiento se vuelve fácilmente reconocible el error categorial implicado en la confusión de la pregunta por la fundamentación de una posición de garantía, por un lado, con la pregunta acerca de los criterios para la imputación del quebrantamiento de una norma de requerimiento dirigida-a-garantes, por otro¹¹⁴. Pues que tanto M como P sean garantes –por protección– de la vida de N solo nos dice, por de pronto, que tanto M como P podrían ser autores de un delito de homicidio en omisión impropia, en la medida en que a cada uno de ellos sea imputable la no ejecución de una acción (eficazmente) impeditiva de la muerte de N.

En el *caso 4*, la acción impeditiva cuya omisión pudiera resultar imputable a M y la acción impeditiva cuya omisión pudiera resultar imputable a P es una y la misma, a saber: la acción consistente en sujetar y jalar a N desde el pantano. Y esta es una acción que M y P solo podían ejecutar *conjuntamente*, o puesto con mayor rigor: una acción que M solo estaba en situación de ejecutar bajo la condición de que P hiciera lo propio, y viceversa¹¹⁵. Con ello, es posible identificar el objeto de la posible imputa-

¹¹³ Véase por ejemplo HERZBERG (1977) 82 ss.; JAKOBS (1991) 29/59, 29/106; VOGEL (1993), *Norm und Pflicht*, pp. 285 s.

¹¹⁴ Un muy preclaro reconocimiento de la diferencia de ambas cuestiones se encuentra en RENZIKOWSKI (1997) 139 ss., 146 ss.

¹¹⁵ Nótese que ello deja intacto el hecho de que, desde el punto de vista del análisis causal, el caso es uno de causalidad alternativa. Pues tanto el fragmento de comportamiento omisivo

ción a uno y otro garante con la no ejecución conjunta de la acción situacionalmente sometida a la norma de requerimiento, de modo tal que el quebrantamiento de esta norma les sea imputable a título de *coautoría*¹¹⁶. Pues dada la situación en la cual se encuentra N, M y P son en efecto “co-garantes” de su supervivencia.

Por supuesto, la viabilidad de esta solución depende, adicionalmente, de que se vean satisfechos los demás presupuestos generales de una adscripción de coautoría, que en lo fundamental conciernen al reconocimiento del correspondiente esquema de “representación recíproca”, para lo cual no basta, según ya se sugiriera, la mera adaptación unilateral del comportamiento de alguno de los intervenientes al comportamiento del otro¹¹⁷. Y ello no es en absoluto problemático, dado que en la interacción puramente gestual mantenida entre M y P es a todas luces reconocible una “resolución común” a la omisión conjunta de la acción de salvamento, en la forma de un acuerdo concluyente¹¹⁸.

5.4) GARANTE OMITENTE COMO COAUTOR DE UN DELITO COMISIVO

Caso 5. El amigo de la familia A se introduce en la habitación en la cual M, un menor de diez años de edad, duerme una siesta después de un almuerzo dominguero, y procede a bajarle los pantalones y la ropa interior; el padre de M, P, ha “ofrecido” este servicio a A a cambio de su ayuda financiera con el pago de unas deudas; con la connivencia de P, A alcanza a acariciar los genitales y el ano de M, para después abandonar tranquilamente el dormitorio.

Ya se ha sostenido, a propósito del análisis del *caso 1*¹¹⁹, que la norma que prohíbe toda “acción sexual” que recaiga sobre una persona menor de 14 años no se deja transformar en una norma dirigida-a-garantes

de M como el fragmento de comportamiento omisivo de P cuentan, cada uno con independencia del otro, como un componente necesario de una condición mínima suficiente, *ceteris paribus*, para el acaecimiento de la muerte de N. Véase BIRNBACHER y HOMMEN (2012) 158 ss.; también Sofos (1999) 220 s., 222 s.

¹¹⁶ En este sentido ya STRATENWERTH, Günter (1976). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2^a edición. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 348 pp., 14/1067; también KÜHL (2002), § 20/268; coincidentemente MIR PUIG (2005) 15/25.

¹¹⁷ En contra de la posibilidad de una “coautoría unilateral”, véase solo KINDHÄUSER (2001) 649 s.

¹¹⁸ Lo cual no necesita resultar equiparable a un “concierto previo”, tal como lo exige el art. 15 Nº 3 del CP chileno, para la adscripción de coautoría respecto de quienes no intervienen ejecutando (u omitiendo) la correspondiente acción principal. Para la correspondiente propuesta de exégesis, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2011). “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, pp. 279-310, pp. 284 ss.

¹¹⁹ Véase supra, 2.

que requiera el impedimento de la ejecución de semejante acción por parte de otro. Esto basta para descartar, también en referencia al *caso 5*, la posibilidad de que a A fuese imputable, en autoría directa, un delito omisivo de abuso sexual de menor impúber.

Ahora bien, el *caso 5* representa nada más que una variación del *caso 1*. La diferencia específica radica en que, bajo el *caso 5*, la contribución omisiva de P ya no exhibe la forma de una mera adaptación unilateral, sino que se inserta en un “esquema común de interpretación” del comportamiento de P y de A. Esto hace posible postular la imputabilidad de un (único) delito comisivo de abuso sexual tanto a A como a P, a título de coautoría¹²⁰, para lo cual es determinante, según también ya se sostuviera, que el abuso sexual no exhiba el carácter de un delito de propia mano. Pues ello hace posible postular, *ceteris paribus*, la imputabilidad del comportamiento de cada uno de los dos intervenientes tanto a sí mismo como al otro, de lo cual resulta la constitución de un quebrantamiento *conjunto* de la prohibición en cuestión.

A favor de esto último habla decisivamente la circunstancia de que el comportamiento del garante P, consistente en la omisión de una acción eventualmente impeditiva de los tocamientos efectuados por A sobre M, resulte del todo equivalente a una contribución activa que pudiese consistir, verbigracia, en el impedimento de una acción (ajena) a su vez impeditiva de tales tocamientos del menor por parte de A. En efecto, imagínese la siguiente variación del caso:

Caso 5'. Todo lo demás siendo igual, A se encuentra en la casa de P junto a B, su compañera sentimental que tolera de buena gana la peculiar “manifestación de su cariño por los niños” que suele mostrar A. Una vez que este se dispone a ingresar al dormitorio del pequeño M, P intenta impedir que A alcance a su hijo durmiente, pero su esfuerzo es intimidatoriamente neutralizado por B, que saca un arma de fuego de su cartera y conmina a P a salir de la casa, lo cual es aprovechado por A para acariciar los genitales y el ano de M.

Lo que interesa aquí es constatar que la intervención activa desplegada por B, consistente en una neutralización de la maniobra potencialmente impeditiva, por parte de un garante por protección, de los tocamientos efectuados por A, exhibe inequívoca relevancia como “contribución ejecutiva”, y ya precisamente en los términos del art. 15 Nº 1 del Código Penal. Pues aquí B “impide que el hecho se evite”. Luego, si ese es el estatus de una contribución consistente en una neutralización del impedimento

¹²⁰ A favor de semejante posibilidad constructiva, aun cuando en referencia a casos divergentes al aquí considerado, véase solo VOGEL (1993) 285; HOFFMANN-HOLLAND (2006) 635 s.

por parte de un garante (por protección) dispuesto a ello, el mismo estatus tendría que ser predecible de la omisión de semejante acción impeditiva por parte del propio garante. Y en esto precisamente consiste la contribución omisiva –“ejecutivamente decisiva”– que P presta como coautor, en el *caso 5*, al quebrantamiento de la prohibición del abuso sexual de menor impúber.

5.5) GARANTE OMITENTE COMO AUTOR DIRECTO DE UN DELITO OMISIVO

Caso 6. El adulto P observa sin inmutarse, desde la ventana del *living* de su casa, cómo su hijo H, de ocho años de edad, es brutalmente golpeado por un dúo de adolescentes que hace un tiempo lo someten a recurrentes sesiones de *bullying*; H, cuya absoluta incapacidad de defenderse avergüenza a su padre, queda gravemente herido.

A diferencia de lo sostenido en referencia al *caso 5*, en el *caso 6* se ven a todas luces satisfechos los presupuestos para la formulación, por vía de transformación, de una norma de requerimiento (dirigida-a-garantes) del impedimento de un resultado a partir de la correspondiente norma de prohibición. Pues la prohibición de la producción de lesiones corporales es una prohibición de acciones “resultativas”. Y en tanto garante, P puede ocupar el lugar de destinatario de la norma de requerimiento así obtenida, en relación con la salvaguarda de la salud corporal de H. Por ende, la pregunta que ha de ser respondida reza como sigue: ¿se deja imputar a P la no ejecución de una acción impeditiva del resultado de lesión corporal efectivamente sufrido por H, en la forma de un delito omisivo de lesión corporal, a título de autoría directa?

Desde luego, y con independencia de lo anterior, respecto de P de todas formas cabría plantear una adscripción de complicidad (por omisión) en el delito comisivo de lesión corporal imputable –a título de coautoría– a los dos adolescentes. Pero que en efecto P haya de llegar a ser condenado como cómplice del delito comisivo en cuestión dependerá de que no haya de serlo como autor (directo) de un correspondiente delito de omisión impropia. Pues de ser este último el caso, la complicidad omisiva en el delito comisivo y el delito omisivo imputable a título de autoría directa se encontrarían en una relación de concurso aparente, que llevaría a descartar –en virtud del criterio de la subsidiariedad tácita– una condena por complicidad¹²¹.

¹²¹ Bajo el derecho chileno, se trataría de un concurso aparente fundamentado (y “resuelto”) por subsidiariedad tácita, toda vez que la cláusula de subsidiariedad expresa incorporada en el art. 16 CP (“y no hallándose comprendido en el artículo anterior”) es relativa a una posible autoría –en términos del art. 15 Nº 1 y Nº 3– o una posible inducción –en términos

Es en referencia a casos como este que en la discusión comparada tiende a estar centrada la controversia acerca del estatus delictivo de la omisión, por parte de un garante, del impedimento de “un delito ajeno”. Al respecto existen soluciones para todos los gustos, que van desde la tesis de que aquí solo cabría reconocer complicidad en el delito comisivo ajeno¹²², pasando por diversas variantes de posiciones intermedias o diferenciadoras¹²³, hasta la tesis de que, en principio al menos, siempre cabría postular la autoría directa del garante respecto de un correspondiente delito de omisión impropia, el cual se encontraría en relación de “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*) respecto de la posición del autor del delito comisivo en cuestión¹²⁴.

Ninguna de las dos tesis “extremas” resulta compatible con el punto de partida aquí favorecido, en razón de que cada una de ellas incurre, de modo inverso, en el error categorial consistente en hacer colapsar la distinción entre la pregunta por un posible delito omisivo de garante(s), por un lado, y la pregunta por una intervención omisiva de garante(s) en algún delito (comisivo u omisivo), por otro. De ahí que las mejores posibilidades estén del lado de las tesis diferenciadoras. La más representativa de estas últimas se corresponde con la así llamada “teoría del contenido del deber”, que a su vez exhibe –a lo menos– dos subvariantes. En su versión más tradicional, la teoría del contenido del deber recurre a la ya

del art. 15 Nº 2– en relación con el *mismo* delito respecto del cual se deja adscribir complicidad. En nuestro caso, empero, se trata de una posible adscripción de autoría (directa) a P respecto de un delito *distinto* de aquel respecto del cual puede adscribirse complicidad, a saber: un delito omisivo de lesión corporal, que no coincide con el delito comisivo de lesión corporal susceptible de ser imputado (en coautoría) a los dos adolescentes.

¹²² Paradigmáticamente RANFT, Otfried (1982). “Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 94, pp. 815-863, pp. 823 ss., 828 ss.; coincidentemente, aunque con alguna vacilación, KÜHL (2002) § 20/230 ss., 20/270.

¹²³ Véase por ejemplo, y con variaciones, HERZBERG (1977) 82 ss., 96 ss., JAKOBS (1991) 29/101 ss.; VOGEL (1993) 281 ss.; KÖHLER, Michael (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg y Berlín: Springer, 713 pp., pp. 537 s.; ROBLES (2007) 55 ss. Con matices también FREUND (1992) 227 ss., 234 ss., 247 ss. Desde un punto de vista sustancialmente diferente argumenta SILVA (2004) 117 ss., las consecuencias de cuyo planteamiento terminan siendo sumamente próximas, empero, a la solución consistente en la postulación, por principio, de un delito de omisión impropia imputable en autoría directa al garante que no impide la perpetración del delito ajeno.

¹²⁴ Véase KAUFMANN (1959) 291 ss.; STRATENWERTH (1976) 14/1075 ss.; BLOY (1985) 214 ss.; ya ROXIN (2000) 483 ss., 501 ss., aunque favoreciendo una reducción del marco penal al correspondiente a una complicidad en el delito (comisivo) ajeno; también ROXIN, Claus (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Múnich: C.H. Beck, tomo II, 899 pp., 31/140 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ (1984) 607 s. En general, la única restricción aquí prevista concierne a la posibilidad de que determinados presupuestos típicos específicos no se vean satisfechos en la persona del garante que omite impedir la ejecución de la acción delictiva ajena, en cuyo caso cabría hacer responsable al primero como cómplice en el delito (comisivo) del segundo.

mencionada distinción entre posiciones de garantía por desempeño de una función de vigilancia o aseguramiento (de una fuente de peligro), por un lado, y posiciones de garantía por desempeño de una función de protección (de un bien jurídico), por otro¹²⁵. En su versión más novedosa, la teoría del contenido del deber aparece formulada en términos de la distinción entre posiciones de garantía fundamentadas en virtud de “competencia por organización”, por un lado, y posiciones de garantía fundamentadas en virtud de “competencia institucional”, por otro¹²⁶.

Como lo ha advertido Renzikowski¹²⁷, el problema está en que la teoría del contenido del deber puede llegar a identificar la solución correcta, mas sin fundamentarla adecuadamente. Lo que se necesita aquí es un criterio que vuelva operativa la distinción analítica entre acciones principales y acciones auxiliares, en pos de establecer si la acción impeditiva omitida por el garante exhibe el estatus de una acción principal o bien solo el estatus de una acción auxiliar. Pues solo en el primer caso estará justificada, en relación con el “garante omitente”, la imputación de un quebrantamiento de la correspondiente norma de requerimiento, a título de autoría directa. El criterio para ello se deja articular como sigue: para que la omisión del impedimento de la ejecución, por parte de otro, de una acción lesiva para el bien jurídico garantizado cuente como la omisión de una acción principal por parte del garante, es necesario que la posición de garantía no se encuentre específicamente referida al peligro de menoscabo asociado al comportamiento del eventual autor del respectivo delito comisivo, sino más bien –en principio al menos– a cualquier fuente de peligro¹²⁸. Y esto es algo que solo se deja afirmar, *prima facie*, si el garante lo es por desempeño de una función de protección¹²⁹, lo cual para-

¹²⁵ Véase supra, nota 61.

¹²⁶ JAKOBS (1991) 29/29 ss., 29/57 ss.; para su recepción en la discusión chilena, véase PIÑA (2010) 153 ss., 165 ss.

¹²⁷ RENZIKOWSKI (1997) 146 ss., 149; coincidentemente KÖHLER (1997) 538.

¹²⁸ Para caracterizar las posiciones de garantía que se dejan identificar de este modo, HOFFMANN-HOLLAND (2006) 636 s., propone hablar de posiciones de garantía “independientes-de-la-situación”. Esto desconoce, sin embargo, que toda relación de garantía resulta ser situacionalmente relativa; la pregunta, antes bien, consiste en cuál de las dos variables que definen la respectiva relación de garantía está necesitada de concretización situacional. Véase supra, 3.

¹²⁹ A pesar de lo sugerido por HOFFMANN-HOLLAND (2006) 628 s., en contra de ello no se dejaría esgrimir la objeción de que también un garante por vigilancia o aseguramiento podría resultar autor al omitir la neutralización del comportamiento lesivo para otros de la persona cuyo control le corresponde, en caso de que esta actúe ilícitamente, pero de modo no culpable. Pues lo que Hoffmann-Holland pasa por alto es que entonces se trataría de una autoría mediata del “garante omitente” respecto del delito comisivo constituido por vía de imputación del comportamiento de la persona de adelante.

digmáticamente se da tratándose de quien ocupa una posición de garantía en el marco de una relación paterno- o materno-filial¹³⁰.

Siendo este último el estatus de la posición de garantía de P respecto de H en el *caso 6*, se justifica entonces postular la imputación a P, a título de autoría directa, del quebrantamiento de la correspondiente norma de requerimiento, en la forma de un delito omisivo de lesión corporal, el cual resulta enteramente independiente –en el sentido de una “autoría paralela”– del delito comisivo de lesión corporal imputable (en coautoría) a los dos adolescentes. Y no está de más notar aquí que el título de imputación constituido por la autoría directa no se encuentra simplemente determinado por la naturaleza de la posición de garantía de P en tanto garante por protección, sino además y decisivamente por la circunstancia –contingente– de que solo él venga en consideración como garante que ha omitido la respectiva acción (principal) de salvamento. Pues piénsese en la siguiente variación del *caso 6*:

Caso 6'. Todo lo demás siendo igual, H es atacado por cuatro adolescentes, mientras su padre P y su madre M observan el suceso desde la cocina de la casa familiar, en circunstancias de que solo uniendo sus fuerzas podrían P y M haber impedido la golpiza resultante en la lesión de H.

Puesto que P y M son aquí garantes, por desempeño de una función de protección, de la salud corporal de H, este es un caso cuya estructura resulta ser idéntica a la del *caso 4*, de modo tal que la solución debe ser la misma: puesto que, para adecuar su comportamiento a la correspondiente norma de requerimiento, P y M tendrían que haber ejecutado conjuntamente una (única) acción preservativa de la salud corporal de H, el quebrantamiento de esa norma, en la forma de un único delito de omisión impropia, les sería aquí imputable a título de coautoría.

5.6) GARANTE OMITENTE COMO CÓMPlice DE UN DELITO COMISIVO

Caso 7. A, dueño y detentador de una escopeta inscrita a su nombre, regresa de una poco exitosa jornada de caza de perdices, “muerto de hambre”. Al ingresar a su hogar, deja el arma y un cartucho de municiones sobre la mesa del comedor, y atraviesa el pasillo hasta llegar a la cocina, donde abre el refrigerador para prepararse algo de comer, mientras oye gritos provenientes de la habitación de H, su hijo granulón, que se resiste a dejar el hogar paterno. A advierte de inmediato que H está discutiendo, una vez más, con su “polola” P. Súbita-

¹³⁰ Al respecto LASCURAÍN (2002) 140 ss., aunque favoreciendo un esquema de fundamentación unilateralmente “utilitarista”.

mente, y mientras todavía está ocupado de los preparativos culinarios en la cocina, A percibe fuertes pasos en la zona del comedor hasta que alguien parece tomar el arma y cargarla; fastidiado, A permanece en la cocina, hasta que escucha un disparo: de un escopetazo, H ha volado los sesos de P.

La solución de este caso se deja construir por contraste con aquella ya ofrecida para el *caso 6*. Pues en el *caso 7*, la posición de garantía de A es relativa al control del arma de fuego que él ha dejado sobre la mesa del comedor, lo cual quiere decir: se trata de una posición de garantía por vigilancia o aseguramiento. Esto significa que el componente de la relación de garantía que resulta situacionalmente concretizado se corresponde con la identificación del bien jurídico que ha de quedar garantizado frente a la fuente de peligro representada por el potencial uso del arma de fuego de cuyo aseguramiento por parte de A se trata. Desde este punto de vista, lo que ha de impedir A es que alguna otra persona tenga acceso al arma para así quedar en posición de menoscabar algún bien jurídico ajeno, de modo tal que la acción impeditiva del acceso de H a la escopeta, omitida por A, solo puede exhibir el estatus de una acción *auxiliar* para con la omisión de una acción letal por parte de H, esto es: de una acción auxiliar cuya omisión ha puesto a H en posición de ejecutar la acción letal sobre P.

Esto último admite ser fundamentado, a su vez, por vía de contraste con la solución propuesta para el *caso 5*. En este último contexto, la caracterización de la intervención omisiva del garante como constitutiva de coautoría –en el sentido del art. 15 Nº 1 del CP– se obtenía en atención a cuál sería el estatus de una “correspondiente” contribución activa, tal como ello se planteaba en el *caso 5*¹³¹. Pues bien, si recurrimos al mismo método de comparación para la solución del *caso 7*, la respuesta parece ser clara. En efecto, si X, una persona a cargo del aseguramiento de un arma de fuego, facilitara esta a Y de modo tal que Y quedase en posición de efectuar un disparo letal sobre Z, la contribución activa de X solo resultaría constitutiva de complicidad, en tanto modalidad de intervención accesoria en el quebrantamiento de la norma imputable en autoría directa a Y¹³¹. Consistentemente, lo mismo habría de valer entonces tratándose de la correspondiente contribución omisiva por parte de X, consistente en el no impedimento de que Y accediera al arma de fuego. Puesto en terminología dogmática: lo que aquí opera es una “prohibición de sobrevalorar-

¹³¹ Esto descansa en que, estructuralmente, no hay espacio para la fundamentación de coautoría (respecto de un eventual delito comisivo) allí donde no hay distribución alguna de la “carga ejecutiva”, entendiendo por tal –en los términos del art. 15 Nº 1 CP– tanto aquella que se despliega “de una manera inmediata y directa” como aquella se despliega sea en términos de la carga de ejecución “impidiendo o procurando impedir que se evite”; al respecto MAÑALICH (2011) 284 ss.

ción” de la contribución omisiva de un garante cuya contribución activa “equivalente” resultaría nada más que constitutiva de complicidad (o en general, de participación)¹³².

Con ello, y en referencia al *caso 7*, A solo puede resultar responsable a título de complicidad (omisiva) respecto del delito comisivo de homicidio imputable a H como autor directo.

5.7) GARANTE OMITENTE COMO INDUCTOR DE UN DELITO OMISIVO

Caso 8. Habiendo salido de viaje al extranjero, la modelo de alta costura M ha dejado a su pequeña hija H a cargo de la institutriz T. Transcurrida una semana, M logra establecer conexión telefónica con T, quien le informa que hace ya tres días ha renunciado a proseguir con el infructuoso esfuerzo de hacer comer a H. M, que no ve con malos ojos el prospecto de que su hija “baje la pancita”, nada dice al respecto, poniendo término a la conversación telefónica. A su regreso del viaje, dos semanas después, M encuentra a H con un agudo cuadro de anemia y desnutrición, que la lleva a estar hospitalizada por más de una quincena.

Este último caso resulta especialmente ilustrativo de la necesidad de diferenciar con nitidez los presupuestos de la constitución de un eventual delito de omisión impropia, por un lado, de la identificación del título de intervención delictiva que pudiese venir en consideración tratándose de la “omisión de un garante”, por otro. Pues el *caso 8* ofrece una muestra de que es posible que una persona en posición de garante no resulte responsable como autora, sino solo como partícipe, de un delito de omisión impropia en tanto delito especial de garante.

Tal es, en efecto, el título de imputación que viene en consideración respecto de M. No obstante tratarse de una garante por desempeño de una función de protección –en virtud de la correspondiente relación materno-filial– de la salud corporal de H, a M no se deja imputar la no ejecución de una acción impeditiva del resultado de lesión corporal pade-

¹³² Véase VOGEL (1993) 282 ss.; así también ya HERZBERG (1977) 98 s. Al respecto también RENZIKOWSKI (1997) 139 ss., 142 ss., quien acertadamente muestra que el corolario de ello está constituido por la proposición –cabría decir: “inversa”– según la cual la mera participación –esto es: la intervención accesoria– en un eventual delito ajeno no fundamenta una posición de garantía por injerencia que pudiera convertir al partícipe del delito comisivo en autor de un delito de omisión impropia al no impedir este la perpetración del delito comisivo en cuestión. Hay que advertir, empero que la apelación a la ya mencionada prohibición de sobrevaloración puede resultar normológicamente imprecisa, en tanto no se clarifique si la autoría del garante así descartada se encontraría referida –en la forma de una autoría directa– a un delito omisivo o bien –en la forma de una coautoría por contribución omisiva– al delito comisivo asimismo imputable al tercero.

cida por H, en tanto acción principal. Pues la única persona que estaba en posición inmediata de ejecutar semejante acción impeditiva era T, a quien, en atención a su respectiva posición de garante por desempeño – en virtud de la *asunción* – de una función de protección, cabría imputar el correspondiente delito omisivo de lesión corporal, en autoría directa. Frente a ello, y estando a miles de kilómetros de distancia, M solo podría haber ejecutado una acción auxiliar para con el impedimento del deterioro de la salud de H por parte de T, consistente en determinar (verbalmente) a T a persistir en el forzamiento de la alimentación de H. Pues la contribución omisiva de M resulta equivalente a la contribución activa que sería atribuible a M en caso de que ésta hubiese determinado a T a omitir el forzamiento de la alimentación de H, siempre que T no hubiese estado ya resuelta a ello¹³³. Y puesto que semejante contribución activa solo resultaría constitutiva de inducción, la ya mencionada “prohibición de sobrevaloración” lleva a que lo mismo tenga que predicarse de la contribución omisiva de M en el *caso 8*, cuyo estatus es el de una inducción (por omisión) a un delito omisivo de lesión corporal¹³⁴, imputable a T en autoría directa.

6) RECAPITULACIÓN

Las implicaciones del modelo teórico aquí propuesto para la articulación y solución de los problemas asociados a la ambigüedad de la conexión entre las categorías “omisión del garante” e “intervención delictiva”, pueden ser resumidas en las siguientes siete proposiciones:

1^a. Un delito de omisión impropia es un delito especial-de-garante, constituido por el quebrantamiento de una norma de requerimiento del impedimento de un resultado de cierta clase, susceptible de ser formulada, por vía de transformación, a partir de la “correspondiente” norma de prohibición de la producción de semejante resultado.

2^a. Las así llamadas “posiciones de garantía” cumplen dos funciones normológicamente diferenciables, a saber: i) la de fungir como criterio de demarcación del círculo de destinatarios de una norma de requerimiento cuyo quebrantamiento pudiera ser constitutivo de un delito de omisión impropia; y ii) la de dotar de potencial relevancia a determinadas formas

¹³³ El *caveat* se explica por el hecho de que, estando T ya resuelta a abandonar el forzamiento de la alimentación de H, T ya no podría ser determinada a ello, cuya situación sería entonces –cabría decir– la de un *omnimodo non-facturus*.

¹³⁴ Véase al respecto JOERDEN (1988) 118 s.; VOGEL (1993) 289 ss.; también JAKOBS (1991) 29/104.

de comportamiento omisivo en tanto modalidades de intervención (principal o accesoria) en algún delito comisivo u omisivo.

3^a. La ambigüedad sistemáticamente exhibida por esa conexión solo se deja disolver a través del recurso a un aparato teórico que haga trasladable la distinción analítica entre acciones principales y acciones auxiliares al contexto de la “omisión del garante”.

4^a. Un garante G responderá como autor del quebrantamiento de una norma de requerimiento dirigida-a-garantes, en la forma de un delito de omisión impropia, en la medida en que a él sea imputable la no ejecución de la acción impeditiva del resultado, en tanto acción *principal*; ello tendrá lugar a) a título de autoría directa y “por defecto”, si G cuenta inmediatamente con la oportunidad para la ejecución de la correspondiente acción impeditiva; b) a título de autoría mediata, en cambio, si G es específicamente competente por la situación en la cual alguna otra persona (“de adelante”) no ejecuta tal acción sin quebrantar de modo imputable esa misma norma; o c) a título de coautoría, finalmente, si G se encuentra en posición de ejecutar la acción impeditiva en conjunto con (al menos) algún otro garante, siempre que el comportamiento de uno y otro se halle vinculado por un esquema común de interpretación.

5^a. Específicamente, y como implicación de la proposición anterior, un garante G que omite impedir la producción de un menoscabo, por parte de un tercero T, para el bien jurídico respectivamente garantizado puede responder como autor directo de un correspondiente delito de omisión impropia, siempre que se satisfagan las siguientes condiciones copulativas, a saber: i) que a partir de la norma prohibitiva quebrantada por T se deje formular, por vía de transformación, una correspondiente norma de requerimiento susceptible de ser quebrantada por G; ii) que la acción impeditiva de la producción del menoscabo, que no ha sido ejecutada por G, exhiba el estatus de una acción principal, lo cual dependerá de la estructura situacional de la respectiva relación de garantía; y iii) que G cuente con la correspondiente oportunidad para la ejecución de tal acción impeditiva, en tanto acción principal.

6^a. Con independencia de lo anterior, la omisión por parte de G del impedimento de la producción del menoscabo del bien jurídico garantizado por parte de T puede fundamentar, respecto de G, responsabilidad en referencia al correspondiente delito comisivo, a saber: a) a título de autoría mediata, si la omisión de ese impedimento fundamenta la competencia específica de G por una situación en la cual T ejecuta la acción productiva del menoscabo sin quebrantar de modo imputable la respectiva norma de prohibición; b) a título de coautoría, si la omisión de ese impedimento exhibe, por equivalencia, “relevancia ejecutiva” para con el quebrantamiento de la norma prohibitiva; o c) a título de participación (en la forma de inducción o de complicidad), si tal no impedimento solo puede ser interpretado como la omisión de una acción auxiliar para con

la omisión de la acción productiva del menoscabo del bien jurídico por parte de T, en los términos de la así llamada “prohibición de sobrevaloración”.

7^a. Asimismo, un garante G₁ puede resultar responsable como partípice por omisión (sea en la forma de inducción, sea en la forma de complicidad) respecto de un delito de omisión impropia imputable a título de autoría a otro garante G₂, en la medida en que G₁ omita una acción auxiliar para con el impedimento, por parte de G₂, del menoscabo del bien jurídico respectivamente garantizado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BELING, Ernst (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 548 pp.
- BENNETT, Jonathan (1981). “Morality and Consequences”. En McMurrin, Sterling (editor): *The Tanner Lectures on Human Values II*. Salt Lake City: University of Utah Press, pp. 47-116.
- BENNETT, Jonathan (1988). *Events and Their Names*. Oxford: Clarendon Press, 243 pp.
- BIERLING, Ernst Rudolf (1905). *Juristische Prinzipienlehre*. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), tomo III, 394 pp.
- BINDING, Karl (1915). *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*. Munich y Léipzig: Duncker & Humblot, I, 563 pp.
- BINDING, Karl (1919). *Die Normen und ihre Übertretung*. Léipzig: Felix Meiner, tomo IV, 681 pp.
- BIRNBACHER, Dieter (1995). *Tun und Unterlassen*. Stuttgart: Reclam, 389 pp.
- BIRNBACHER, Dieter y Hommen, David (2012). *Negative Kausalität*. Berlín: De Gruyter, 179 pp.
- BLOY, René (1985). *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 399 pp.
- BRENNENSTUHL, Waltraud (1975). *Handlungstheorie und Handlungslogik*. Kronberg: Scriptor, 325 pp.
- BRENNENSTUHL, Waltraud (1980). “Ziele der Handlungslogik”. En Lenk, Hans (coordinador): *Handlungstheorien interdisziplinär I*. Múnich: Wilhelm Fink Verlag, pp. 35-66.
- BUNG, Jochen. “Sichtbare und unsichtbare Handlungen”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 120, pp. 526-544.
- BURKHARDT, Björn (1996). “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die ‚Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven‘”. En Wolter, Jürgen y Freund, Georg (coordinadores): *Straftat, Strafzumessung und*

- Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem.* Heidelberg: C.F. Müller, pp. 99-134.
- COUSO, Jaime (2012). “Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. 1, pp. 91-133.
 - COX, Juan Pablo (2012). *Delitos de posesión*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 306 pp.
 - CURY, Enrique (2005). *Derecho Penal Parte General*. 8^a edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica, 812 pp.
 - DANTO, Arthur (1973). *Analytical Philosophy of Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 226 pp.
 - DE LA VEGA, Orlando (2010). *El delito de omisión y su explicación causal*. Bogotá: Universidad de los Andes-Temis, 124 pp.
 - DENCKER, Friedrich (1996). *Kausalität und Gesamttat*. Berlín: Duncker & Humblot, 284 pp.
 - ENGISCH, Karl (1931). *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 87 pp.
 - FREUND, Georg (1992). *Erfolgsdelikt und Unterlassen*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 363 pp.
 - FREUND, Georg (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2^a edición. Berlín y Heidelberg: Springer, 552 pp.
 - FRISCH, Wolfgang (1988). *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C.F. Müller, 694 pp.
 - FRISCH, Wolfgang (2006). “La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático”. En Frisch, Wolfgang y Robles, Ricardo: *Desvalorar e imputar*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, pp. 1-60.
 - GIMBERNAT, Enrique (2013). *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 498 pp.
 - GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1984). *Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Civitas, 623 pp.
 - GRÜNWALD, Gerald (1958). “Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 70, pp. 412-432.
 - GUZMÁN DALBORA, José Luis (2007). *Estudios y defensas penales*. 2^a edición. Santiago: LexisNexis, 476 pp.
 - HAAS, Volker (2002). *Kausalität und Rechtsverletzung*. Berlín: Duncker & Humblot, 356 pp.
 - HAAS, Volker (2008). *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*. Berlín: Duncker & Humblot, 174 pp.
 - HAAS, Volker (2011). “Die Beteiligung durch Unterlassen”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2011, pp. 392-397.

- HÄLSCHNER, Hugo (1887). *Das gemeine deutsche Strafrecht*. Bonn: Adolph Marcus, tomo II, 1111 pp.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2011). “Comentario al art. 1º”. En Couso, Jaime y Hernández, Héctor (coordinadores): *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing, pp. 7-105.
- HERZBERG, Rolf Dietrich (1977). *Täterschaft und Teilnahme*. Múnich: C.H. Beck, 168 pp.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus (2006). “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 118, pp. 620-638.
- HRUSCHKA, Joachim (1979). “Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit”. En Kaufmann, Arthur et. al. (coordinador): *Festschrift für Paul Bockelmann*. Munich: C.H. Beck, pp. 421-436, pp.
- HRUSCHKA, Joachim (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2ª edición. Berlín: Walter de Gruyter, 444 pp.
- IZQUIERDO, Cristóbal (2006). “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, pp. 329-343.
- JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2ª edición. Berlín: Walter de Gruyter, 944 pp.
- JOERDEN, Jan (1988). *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*. Berlín: Duncker & Humblot, 191 pp.
- KADISH, Sanford (1985). “Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine”. *California Law Review*, vol. 73, pp. 323-410.
- KAUFMANN, Armin (1959). *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Gotinga: Otto Schwarz & Co., 338 pp.
- KINDHÄUSER, Urs (1989). *Gefährdung als Straftat*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann, 399 pp.
- KINDHÄUSER, Urs (1997). “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 12.2.1997 – 2 StR 28/97”. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, pp. 272-276.
- KINDHÄUSER, Urs (2001). “Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft”. En Bohnert, Joachim et al. (coordinadores): *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach*. Berlín: Duncker & Humblot, pp. 627-653.
- KINDHÄUSER, Urs (2007). “Zum Begriff der Beihilfe”. En Dannecker, Gerhard et al. (coordinadores): *Festschrift für Harro Otto*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, pp. 355-371.
- KINDHÄUSER, Urs (2011). “Infracción de deber y autoría”. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 14, pp. 41-52

- KÖHLER, Michael (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg y Berlín: Springer, 713 pp.
- KÜHL, Kristian (2002). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4^a edición. Munich: Vahlen, 946 pp.
- LASCURAÍN, Juan Antonio (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 173 pp.
- MACKIE, John Leslie (1980). *The Cement of the Universe*. Oxford: Clarendon Press, 329 pp.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009). *Nötigung und Verantwortung*. Baden-Baden: Nomos, 415 pp.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010). “La estructura de la autoría mediata”. *Revista de Derecho PUCV*, vol. 34, pp. 385-414.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010). “Norma e imputación como categorías del hecho punible”. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 12, pp. 165-185.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011). “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho UACH*, vol. 24, pp. 87-115.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011). “Ontología sexual y derecho penal”. En Centro de Estudios Críticos Universitarios: *En Reversa*. Santiago, Párrafo, pp. 75-95.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011). “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, pp. 279-310.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012). “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. *DOXA*, vol. 35, pp. 663-690.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012). “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”. *Política Criminal*, vol. 7, pp. 357-377.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012). “Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en El concepto de derecho de H.L.A. Hart”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012, pp. 571-585.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013). “Condiciones generales de la punibilidad”. *Revista de Derecho UAI*, vol. 3, pp. 253-287.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013). “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno”. En van Weezel, Alex (editor): *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, pp. 715-742.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013). “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. En Mañalich, Juan Pablo (coordinador): *La*

- antijuridicidad en el derecho penal.* Montevideo y Buenos Aires: BdF, pp. 177-283.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014). *Norma, causalidad y acción.* Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 173 pp.
 - MAYER, Max Ernst (1915). *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts.* Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 552 pp.
 - MELLOR, David Hugh (1995). *The Facts of Causation.* Londres y Nueva York: Routledge, 251 pp.
 - MIR PUIG, Santiago (2005). *Derecho Penal Parte General.* 7^a edición. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 781 pp.
 - MOORE, Michael (1993). *Act and Crime.* Oxford: Oxford University Press, 413 pp.
 - MOORE, Michael (2009). *Causation and Responsibility.* Oxford: Oxford University Press, 605 pp.
 - NAGLER, Johannes (1938). “Die Problematik der Begehung durch Unterlassung”. *Gerichtsaal*, vol. 111, pp. 1-121.
 - NOVOA, Eduardo (1984). *Fundamentos de los delitos de omisión.* Buenos Aires: Depalma, 214 pp.
 - PAWLIK, Michael (2012). *Das Unrecht des Bürgers.* Tübingen: Mohr Siebeck, 510 pp.
 - PHILIPPS, Lothar (1974). *Der Handlungsspielraum.* Frankfurt del Meno: Vittorio Klostermann, 191 pp.
 - PIÑA, Juan Ignacio (2010). *Derecho Penal. Fundamentos de la responsabilidad.* Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing, 258 pp.
 - PUPPE, Ingeborg (1980). “Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 92, pp. 863-911.
 - PUPPE Ingeborg (2011). “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht”. *Rechtswissenschaft*, vol. 4, pp. 400-442.
 - RADBRUCH, Gustav (1967). *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem.* Editado por Kaufmann, Arthur. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 175 pp.
 - RANFT, Otfried (1982). “Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 94, pp. 815-863.
 - REINHOLD, Joachim (2009). *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe.* Tübingen: Mohr Siebeck, 384 pp.
 - RENZIKOWSKI, Joachim (1997). *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung.* Tübingen: Mohr Siebeck, 330 pp.
 - RIGGI, Eduardo (2009). *Interpretación y ley penal.* Barcelona: Atelier, 393 pp.
 - ROBLES, Ricardo (2007). *Garantes y cómplices.* Barcelona: Atelier, 155 pp.

- RODRÍGUEZ, Luis (2000). *Delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 330 pp.
- ROJAS, Luis Emilio (2010). “Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?”. *Revista de Derecho UACH*, vol. 23, pp. 233-254.
- ROXIN, Claus (2000). *Täterschaft und Tatherrschaft*. 7^a edición. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter, 764 pp.
- ROXIN, Claus (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Munich: C.H. Beck, tomo II, 899 pp.
- SILVA, Jesús María (2003). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2^a edición. Montevideo y Buenos Aires: BdF, 502 pp.
- SILVA, Jesús María (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 301 pp.
- SOFOS, Themistoklis (1999). *Mehrfachkausalität bei Tun und Unterlassen*. Berlín: Duncker & Humblot, 283 pp.
- SOLER, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino*. 4^a edición. Buenos Aires: Tea, tomo III, 416 pp.
- STEIN, Ulrich (1988). *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín: Duncker & Humblot, 403 pp.
- STRATENWERTH, Günter (1976). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2^a edición. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 348 pp.
- VAN WEEZEL, Alex (2011). *Límites de la imputación penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 464 pp.
- VOGEL, Joachim (1993). *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlín: Duncker & Humblot, 405 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963). *Norm and Action*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 214 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1971). *Explanation and Understanding*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 230 pp.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1983). *Practical Reason. Philosophical Papers I*. Oxford: Basil Blackwell, 213 pp.
- WALTER, Tonio (2004). “Positive und negative Erfolgsdelikte – Handeln und Unterlassen”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, pp. 555-584.
- WELZEL, Hans (1967). *Das Deutsche Strafrecht*. 10^a edición. Berlín: Walter de Gruyter, 568 pp.