

EL CONCEPTO DE OMISION Y LA NEGLIGENCIA*

WOLFGANG SCHÖNE
Universidad de Bonn

A

Con respecto al concepto de omisión existe actualmente acuerdo en que uno de sus criterios es la no realización de una determinada acción. Omitir no significa "no hacer nada", sino "no hacer algo" (1). También existe un acuerdo casi total en el sentido de que la acción no realizada tiene que haber sido posible para quien no actuó. Tan sólo Baumann (2) y Jescheck (3) parecen ser los únicos que desean renunciar a este elemento. Pero en lo demás, las opiniones divergen. Por una parte, se discute cómo han de ser determinados los presupuestos de la posibilidad de la acción. Por otra, hay controversia acerca de si la acción no realizada pero posible tiene que ser "esperada" u "ordenada" a fin de que se pueda hablar de una omisión.

I. De las cuestiones controvertidas aquí mencionadas, será considerada sólo brevemente aquélla vinculada con la pertenencia de una expectativa de acción al concepto de omisión; pues una nueva discusión de la "teoría de la expectati-

*La primera versión de este trabajo fue publicada en la *Juristenzeitung*, Tubinga 1977, pág. 150 ss. En este trabajo utilizo las expresiones "acción final" o "actividad final" como equivalentes de las expresiones alemanas "finale Handlung" o "finale Tätigkeit".

(1) Cfr. ya von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª edición, Berlín y Leipzig 1884, pág. 116; además, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga 1959, pág. 25, con bibliografía en la nota 6.

(2) Baumann (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª edición, Bielefeld 1975, pág. 203) está por cierto dispuesto a hacer concesiones a la opinión dominante, por lo que respecta a la "praxis jurídica", pero desea que la imposibilidad de actuar sea tratada *teóricamente* sólo al considerar la antijuridicidad.

(3) Jescheck (*Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Berlín 1972, pág. 170) considera como suficiente una capacidad "general" de acción; según él, "omite" también quien en concreto es incapaz de actuar en la medida en que una hipotética persona normal en su lugar pudiera haber realizado la acción.

va” (4) implicaría en lo esencial repetir los argumentos que ya en 1959 Armin Kaufmann adujera contra esta teoría (5). En todo caso, cabe agregar lo siguiente: La vitalidad de la teoría de la expectativa está manifiestamente vinculada con la vaguedad que presenta el concepto de omisión, “no realización de una acción posible”, en la medida en que la posibilidad de la acción es entendida únicamente en un sentido “físico-real”; si se reconocen también los componentes más precisos de la posibilidad de la acción, ya no hay necesidad de una delimitación más precisa a través de la característica de la “expectativa” (6). Sobre todo, parece no

(4) Cfr. por ejemplo, Blei, *Strafrecht, I. Allgemeiner Teil*, 16 edición, Munich 1975, pág. 69 y s.; Bockelmann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Munich 1975, pág. 129; Dreher, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 36 edición, Munich 1976, Nota 4 antes del § 1; Gallas, *ZStW 67 (1955)*, pág. 8 y s. y nota 28; Hardwig, *ZStW 74 (1962)*, pág. 29 y s.; Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª edición, Karlsruhe 1971, pág. 586; Rudolphi en Rodolphi-Horn-Samsón-Schreiber, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Parte general, Francfort 1975, nota 4 antes del § 13 y ss.; Stree en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 18 edición, Munich 1976, nota 139 antes de § 13 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición; Tubinga 1975, 16/8, pág. 654; Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª edición, Karlsruhe y Heidelberg 1976, pág. 133.

(5) *Dogmatik*, pág. 50 y ss.; del mismo autor “Unterlassung und Vorsatz” en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn 1963, págs. 207 y ss., 216. Cfr. además Grandeth, *Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Tesis doctoral, Friburgo de Brisgovia 1961, pág. 29; Grünwald, *Das unechte Unterlassungsdelikt*. Tesis doctoral, Gotinga 1956, pág. 16 y ss.; Rödiger, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlín-Heidelberg-Nueva York 1969, pág. 49 y s.; Schaffstein, “Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum” en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, Gotinga 1961, pág. 175 y ss., 201 y s.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 edición, Berlín 1969, pág. 201 y s.

(6) Naturalmente, “no tiene ningún sentido decir de un huésped en una reunión que transcurre en plena armonía que ‘omitió’ dar una bofetada al anfitrión” pero no como Gallas piensa (*ZStW 67 -1955-*, pág. 9 nota 28) porque la bofetada “no era de esperar desde ningún punto de vista” sino porque el huésped satisfecho ni remotamente pensaba en la posibilidad de una acción de este tipo y por tanto —en contra de la opinión de Gallas— no era capaz de realizar la acción de abofetear. También es equivoco, como lo hace Stree (Schönke-Schröder, nota 139 antes de los §§ 13 y ss.) decir que “en una determinada situación uno podría hacer millones de cosas”; pues referida a una determinada situación, el número de representaciones que pueden proporcionar fines de acción es extraordinariamente limitado. Lo que es evidente con respecto a la acción, es decir, que la persona no puede hacer muchas cosas simultáneamente, vale también con toda razón para la omisión: una persona concreta en una situación concreta puede omitir muy poco, es decir, sólo lo poco que en ese momento llega a su conciencia como (posible) fin de acción. El que los contenidos de conciencia (recíprocamente excluyentes) puedan ser millones, es otro asunto.

Mientras que las objeciones en contra del concepto de omisión de Armin Kaufmann apuntan más bien al hecho de que la capacidad de acción es concebida de manera demasiado estrecha y en cierto modo demasiado perfilada, parece —en la medida en que ello puede apreciarse— que sólo Engisch formula objeciones que se mueven en dirección contraria: “La delimitación del momento de la capacidad de acción como característica de la omisión no me parece estar libre de arbitrariedad. Por ejemplo, ¿un médico que no ha inyectado suero a un niño enfermo de difteria ‘no ha omitido’ esta medida curativa porque no había reconocido la enfermedad y por lo tanto tampoco el fin de la acción? ¿O

tener mucho sentido postular un concepto jurídico de omisión y luego incorporarle elementos que, desde el punto de vista jurídico, carecen de toda función independiente (7).

II. La segunda de las cuestiones controvertidas mencionadas al comienzo se refiere a los presupuestos bajo los cuales puede hablarse de la “posibilidad”

quiere Armin Kaufmann en un caso como éste incluir el diagnóstico correcto como medio para la realización del (abstractamente pensado) fin de la acción (curación del niño), con respecto a lo cual sólo se requiere *cognoscibilidad*? ¿Cómo deben ser delimitados recíprocamente el fin de la acción y los medios para su realización?” Cfr. JZ 1962, pág. 190.

La respuesta resulta de lo siguiente: *Lo que* se ha omitido se decide desde el fin reconocido de la acción, desde el cual han de averiguarse los medios de la acción; en el ámbito jurídico-penal, el Código Penal nos dice *cuáles* son las omisiones que deben averiguarse. Así, efectivamente, el médico no ha omitido inyectar el suero anti-diftérico; pues no había pensado en este fin de acción. Pero —y esto, y no la punibilidad de la omisión de una cierta inyección, es importante en cuanto se examina la punibilidad de acuerdo con los §§ 13, 212 del Código Penal— no ha realizado el fin de la acción conocido de evitar la muerte que quería cuando no ha emprendido *nada* a pesar de que eran cognoscibles el diagnóstico “difteria” y la terapia “inyección”. Si en cambio el médico ha tomado otra medida, objetivamente falsa, la existencia de una omisión de la acción *salvar la vida* fracasa debido a la realización de la voluntad de salvar. Naturalmente, esto no excluye de ninguna manera otra cuestión de subsunción con respecto a los §§ 13, 222 del Código Penal y por tanto con respecto a *otras* omisiones. Cfr. infra C II.

(7) Para indicar aquello que puede ser objeto de la evaluación como injusto y en caso de la promulgación de la norma y de la ley penal es incluido en la descripción del *tipo*, no es necesario el recurso previo a un punto de vista “de la moral, de la costumbre, del derecho” (Arthur Kaufmann, “Die ontologische Struktur der Handlung” en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlín 1966, págs. 79 y ss, 104, nota 81) y por tanto a un sistema normativo de otro tipo (Vogt, *ZStW* 63 -1951-, págs. 381 y ss., 383); ¿debe realmente ser accesible a la evaluación y descripción jurídicas sólo lo “evaluado previamente”?

La *antijuridicidad* es constituida mediante la contradicción de la no realización de una acción posible con respecto al ordenamiento jurídico y por cierto *sólo* con respecto a él; pues también de acuerdo con la opinión de los partidarios de la teoría de la expectativa, la omisión habrá de ser significativa desde el punto de vista jurídico-penal sólo cuando contradiga una expectativa *jurídica* de acción (Maurach, *Strafrecht, AT*, pág. 586; Rudolphi, SK, nota 4 antes del § 13; Sax, *JZ* 1975, 179). Si en este sentido se quiere hablar de una expectativa del ordenamiento jurídico habría que hacerlo en la misma forma que cuando se trata de la realización de una acción que contradice el ordenamiento jurídico. Expectativa no es entonces nada más que una metáfora para la pretensión de validez de *toda* norma jurídica de comportamiento, sin que importe que se trate de un mandato o de una prohibición; y la frustración de esta expectativa no es también nada más que una metáfora para la existencia de una contradicción con respecto a esta pretensión de validez, es decir, para la antijuridicidad misma (cfr. Armin Kaufmann, *Dogmatik*, pág. 55 y s.). Por lo tanto, con la expectativa no se proporciona un criterio adicional sólo para los delitos de omisión (cfr. también Grünwald, *Unterlassungsdelikt*, pág. 16 y ss.).

El que pueda *reprocharse* a quien no actuó la no realización de una acción posible es una cuestión de su capacidad para motivarse de acuerdo con el ordenamiento jurídico; alguna otra expectativa no tiene aquí relevancia. Por lo tanto, el conocimiento de que la no realización de la acción contradice las expectativas de la moral o la costumbre puede en un caso particular proporcionar el fundamento *efectivo* para la evitabilidad de un error de mandato; pero en general no necesita de este fundamento.

de la acción no realizada. Aquí los acentos de la discusión se han desplazado en los últimos tiempos. Hoy ya no se trata tanto de *si* entre estos presupuestos se cuentan también elementos físicos (8), sino más bien de *cuáles* son estos elementos.

a) Prescindiendo de los conocimientos y capacidades *intelectuales* (9), se enfrentan aquí dos opiniones. Según Armin Kaufmann (10) y Welzel (11), es elemento constitutivo de la omisión la capacidad concreta para realizar una determinada acción final y su no realización. La "posibilidad" de acción es la capacidad para llevar a cabo una acción final; esta posibilidad existe cuando quien no actúa: 1) Tiene la representación de la existencia segura o posible de un fin de la acción. 2) Conoce o puede conocer los medios para la obtención de este fin. 3) Físicamente está en condiciones de realizar el plan que puede elaborar, sobre la base del conocimiento del fin de la acción y de la cognoscibilidad de los medios de la acción (12).

Según la opinión opuesta, las aquí esbozadas exigencias a la base de conocimiento de la capacidad individual de la acción van "demasiado lejos". Según ella, la omisión, a más de la posibilidad física (objetiva) de realizar una determinada acción, presupone "tan sólo la posibilidad de conocer tanto el fin de la acción como los medios de la acción" (13).

(8) De manera diferente también: Blei, *Strafrecht I*, pág. 276; Geilen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bochum 1976, pág. 233 con pág. 229; Granderath, *Rechtspflicht*, pág. 27; Heimann-Trosien Wolff en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo 1, 9ª edición, Berlín-Nueva York 1974. Introducción nota 128 y ss., especialmente 131; Maurach, *Strafrecht AT*, pág. 587; Schöнке-Schröder-Stree, *StGB*, nota 143 antes de los §§ 13 y ss.

Sin una clara toma de posición con respecto a los presupuestos síquicos de la posibilidad, por ejemplo, Bockelmann, *Strafrecht*, pág. 129; Dreher, *StGB*, nota 4 antes del § 1; Engisch, "Tun und Unterlassen" en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlín 1973, págs. 163 y ss., 175; Lackner, *StGB*, nota 2 a, c al § 13; Naucke, *Strafrecht, Eine Einführung*, Francfort 1975, pág. 288; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín-Nueva York 1976, pág. 165.

(9) Cfr. por ejemplo Lampe ZStW 79 (1967), págs. 476 y ss, 483; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 16/66, pág. 680 y s.; Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga 1971, pág. 30 y s; Wessels, *Strafrecht*, pág. 133.

(10) Dogmatik, pág. 35 y ss. especialmente pág. 40 y ss.

(11) *Strafrecht*, pág. 201.

(12) Así también Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires 1974, pág. 153; Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín 1969, págs. 94 y ss.; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973, pág. 170. Cfr. además Hellmuth Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart 1967, pág. 75 nota 3 y Bärwinkel (*Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1968, pág. 32) para quien la falta o la existencia de una *voluntad de realización efectiva* es decisiva.

(13) Rudolphi, *SK*, nota 3 antes del § 13; además, Gallas ZStW 67 (1955) págs. 40 y ss.; Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlín 1972, págs. 200 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2ª edición, Munich 1976, pág. 283, nota 1031. Grünwald quien en un primer momento (*Unterlassungsdelikt*, pág. 9 y ss) había referido la posibilidad de la acción a la realización de una decisión *pensada*, parece

b) Esto significa, por una parte: En la medida en que con respecto a la posibilidad de la acción se presuponen componentes síquicos, el acuerdo acerca del *concepto* de omisión ya es muy amplio. Lo único que se discute es si el conocimiento o la cognoscibilidad del fin de la acción forma parte de él (14). Pero, por otra parte, la divergencia que aún resta de ninguna manera es irrelevante. Si bien es cierto que no tiene consecuencia alguna en el ámbito de los delitos de omisión (cuasi) dolosos (15), conduce precisamente al centro de la cuestión acerca de la amplitud y de los presupuestos de la omisión culposa punible.

Esto requiere una explicación: si puede constituir una omisión sólo la no realización de una acción cuyo fin quien no actuó conocía, entonces —al menos a primera vista— parecería como si en todos los casos en los que amenaza producirse una lesión de un bien jurídico, que quien no actuó no ha conocido, tendría que quedar excluida la punibilidad por el no impedimento culposo, aun cuando la persona en cuestión podría perfectamente haber conocido la posibilidad de lesión del bien jurídico. En realidad, Armin Kaufmann parece sustentar esta opinión pues, de acuerdo con su concepción, “el delito culposo de omisión presupone que quien tenía la obligación de realizar la acción estaba dispuesto a cumplir el mandato, es decir, lograr el objetivo que le imponía el orden jurídico” (16). Por tanto, fuera del fracasado intento de cumplir con el mandato, no debería haber ninguna penalidad de la negligencia: ni en el caso en que no es realizada una acción que en cierto modo automáticamente hubiera tenido la consecuencia no final de evitar la reconocible lesión a un bien jurídico, ni en el otro caso, en el que no se realiza una acción, que proporciona al que no actúa conocimiento de la reconocible lesión al bien jurídico y, por tanto, lo hubiera puesto en condiciones de tomar y realizar una decisión de evitarlo (17). En cambio, la opinión opuesta, no sólo en el caso del fracasado intento de cumplimiento del mandato sino también en los otros dos grupos de casos mencionados al final, no tiene ninguna dificultad en armonizar un castigo a causa de un delito de omisión negligente con su concepto de omisión. Pues, según esta posición, “omite” también aquél a quien le era cognoscible tan sólo el objetivo de la acción no realizada.

ahora, por lo menos, exigir la cognoscibilidad de la finalidad de la acción (“Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts” en *Mayer-Festschrift*, pág. 281 y ss., 301).

(14) Según ambas posiciones, con respecto al *medio* de la acción basta la cognoscibilidad. La cuestión controvertida acerca de si en el caso de la cognoscibilidad del medio de la acción se trata de un *delito* (cuasi) doloso de omisión, como afirma Armin Kaufmann, o si, de acuerdo con la tesis contraria, puede estar dado sólo un delito culposo de omisión, no afecta el concepto de la omisión.

(15) El delito (cuasi) doloso de omisión presupone de acuerdo con toda concepción, la concepción (de la posibilidad) de la existencia de la finalidad de la acción.

(16) *Dogmatik*, pág. 170.

(17) Con respecto a este grupo de casos, ver la investigación paralela de Stuenkel en *JZ* 1977, págs. 217 y ss.

B

El intento de asumir una posición ante esta problemática puede tomar por lo pronto como punto de partida la consideración de los *resultados* de estas divergentes concepciones. Si fuera de los casos del fracasado intento de cumplimiento del mandato —el intencionado salvamento de quien se está ahogando fracasa porque no se arrojó a la debida distancia el salvavidas— no existiera ninguna necesidad de punibilidad, no sería difícil entonces decidirse de inmediato por el concepto más estrecho de omisión sustentado por Amin Kaufmann.

¿Qué podría decirse en esta dirección? Por lo pronto, ¿que en una serie de fallos, la concepción de la negligencia como “omisión del debido cuidado” (18) conduce a que una gran cantidad de formas de comportamiento sean tratadas como delitos de omisión, cuando en realidad se trata de la realización de acciones negligentes, es decir, de delitos por comisión (19)? Además, ¿que en un complejo de estados de cosas a menudo juegan un papel acciones y omisiones y que entonces puede lograrse un castigo adecuado ya a través de la aplicación de las disposiciones sobre delitos culposos por comisión, tanto más cuanto que éstas, según la opinión dominante (20), tienen prioridad en virtud de las reglas sobre concurso de delitos? Y además, ¿que con el castigo de delitos culposos de comi-

(18) Así, por ejemplo, Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tubinga 1951, pág. 62; Lange *ZStW* 63 (1951), pág. 505; cfr. también Henkel, “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip” en *Festschrift für Edmund Mezger* Munich 1954, págs. 249 y ss., 382; Herzberg, *Unterlassung*, págs. 237 y ss; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, pág. 160; Meyer-Bahlburg, *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral, Hamburgo 1962, págs. 4, 17; Kantorowicz, *Unechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt*, tesis doctoral, Heidelberg 1931, págs. 45 y ss.; Krauss, *ZStW* 76 (1964), págs. 44 y s.; Pfander, *Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral, Basilea 1967, 1; Röwer, *NJW* 1958, pág. 1528 y s.; Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 62, nota marginal 148. Ver además los esfuerzos de Radbruch (*ZStW* 24 -1904- pág. 346) y de Goldschmidt (*ÖZfStR* 1913, pág. 153) para aprehender la esencia de la negligencia con la ayuda de un recurso a las omisiones.

(19) Al respecto, Nowakowski *JZ*, pág. 335 y ss., 337; Armin Kaufmann, *ZfR* 1964, págs. 41 y ss., 46; Oehler, “Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit” en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Gotinga 1961, pág. 232 y ss., 241; cfr. también Engisch, *Gallas-Festschrift*, pág. 163 y ss., 184 y ss.; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín 1972, pág. 61 y s.; Roxin, *ZStW* 74 (1962), págs. 411 y ss., 413 y ss., 419; Schünemann, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?” en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Gotinga 1975, págs. 159 y ss., 162 nota 23; Spindel, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen” en *Schmidt-Festschrift*, pág. 183 y ss., 193 y s.; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, págs. 154 y ss., 172 y ss.; Kantorowicz (*Unterlassungsdelikt*, pág. 42 y ss.) sostiene, desde luego, que injustamente muchas omisiones negligentes serían consideradas y tratadas como casos de comisión.

(20) Cfr. por ejemplo, *BGH* St 3, 65 y ss., 68 = *JZ* 52, pág. 595; Furtner *NJW* 1961, pág. 1196; Grünwald, *Unterlassungsdelikt*, pág. 22; Kaun, *Die Beteiligung am Selbstmord als strafrechtliches Problem*, tesis doctoral, Hamburgo 1960, pág. 89; Mösl, *LK*, nota 25 al § 330 c; Roxin *ZStW* 74 (1962), pág. 417 nota 24; por lo que respecta al asunto mismo, también Kantorowicz, *Unterlassungsdelikt*, pág. 45 infra.

sión por omisión no auténticos se acumula la desazón jurídico-constitucional que resulta del hecho de que los criterios del debido cuidado no están formulados por escrito (21) y la indeterminación —que subsiste no obstante el § 13 del Código Penal— de los presupuestos de garantía (22)? Y, por último, ¿que en caso de la omisión de una serie de determinadas acciones existen responsabilidades penales o al menos disciplinarias que, si bien es cierto que no están vinculadas a la lesión de un bien jurídico, tienen un cierto efecto de amortiguamiento?

Cada uno de estos argumentos —considerado en sí mismo— es correcto.

(21) Cfr. también Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pág. 172.

(22) En mi investigación *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz* (Colonia 1974), con respecto a la situación jurídica antes de que entrara en vigencia la 2ª Ley de reforma del derecho penal, había sostenido la concepción de que el castigo de la omisión del evitamiento del resultado es anticonstitucional si del análisis particular de las disposiciones penales de la parte especial no resulta su aplicabilidad inmediata (págs. 277 y s., 354). Con respecto a la —entonces tan sólo proyectada— nueva regulación de la materia en el § 13 del Código Penal, admití que la praxis del castigo de la omisión del evitamiento del resultado fuera del mencionado marco, por primera vez tendría un fundamento legal (pág. 340), pero también frente a la mejorada situación legal expresé —aunque menos decididamente— mis “dudas desde el punto de vista jurídico-constitucional” (págs. 341, 357 y s.; cfr. también la cautelosa toma de posición de Lackner, *StGB*, nota 7 con respecto al § 13, Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 272, nota al margen 968; además, Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota 5, 6 al § 13). No obstante algunas opiniones en contrario, sigo manteniendo la opinión entonces expresada y agrego complementariamente:

Sería incorrecto creer que la aceptación de la anticonstitucionalidad pondría fin al análisis científico y práctico de la punibilidad de la omisión del evitamiento del resultado, tal como parece creer Wagner (GA 1975, págs. 380 y s.); pues en vista de indiscutibles necesidades político-criminales, sigue existiendo la tarea de “a través de análisis particulares de tipos y grupos de tipos de la Parte Especial, distinguir de una manera que satisfaga el mandato de “*nullum crimen sine lege*”, “la omisión impropia punible de la no punible” (Wagner, loc. cit.). Sólo la perspectiva sería diferente: En lugar de “justificar” una praxis, con respecto a la cual nadie puede negar una cierta sensación de insatisfacción, la ciencia prestaría su ayuda a la legislación.

La convicción de que “a una regulación en tipos particulares se oponen obstáculos insuperables” (Dreher, *StGB*, nota 1 al § 13; con una limitación esencial —“en todo caso actualmente todavía hoy”— coincidente también Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota 6 al § 13), se basa, según mi opinión, en una sobrevaloración de las necesidades político-criminales que no exigen en absoluto y sobre todo no en el derecho penal accesorio para cada tipo de comisión, un tipo paralelo de omisión, y en una subvaloración de las posibilidades de punición ya existentes y fácilmente ampliables, por ejemplo en el ámbito de los §§ 138, 323 c del Código Penal. Precisamente la comparación con las disposiciones penales de la negligencia pone claramente de manifiesto que en todo caso en los (cuasi) dolosas omisiones de evitamiento del resultado, la tensión entre el mandato del *nullum crimen* y las necesidades político-criminales puede ser solucionada en beneficio de una regulación puntual de prioridades que posiblemente deje pendientes algunos deseos de punibilidad pero que —y esto debe ser preferido— sea plenamente acorde con la Constitución, mientras que en los hechos mismos de negligencia el eludir la cuestión en una “regulación de puntos prioritarios” supera plenamente las (actuales) posibilidades legislativas. Aquí quedará expresamente abierta la cuestión acerca de si este hecho tiene o no influencia en la constitucionalidad del delito de negligencia.

Pero, ¿ha de considerarse realmente como suficiente el castigar disciplinariamente al funcionario policial que omite realizar la ronda prescrita, que le hubiera permitido escuchar la petición de socorro de la víctima del asesinato y, sin necesidad de estar permanentemente al “acecho” de situaciones de peligro, intervenir y salvarla? Y, ¿no se consideraría necesario un castigo por homicidio culposo por omisión en el caso del guardabarreras que, sin pensar en la posibilidad de un accidente, deja abierta las barreras cuyo cierre hubiera evitado el choque mortal? Naturalmente, con el sentimiento jurídico no es posible argumentar estrictamente. Pero, por lo menos, puede decirse lo siguiente: Si sólo los *resultados* de punibilidad fueran los que tienen que decidir acerca del concepto “estrecho” o “amplio” de la omisión, habría entonces algunos argumentos en favor del concepto que también en casos como los últimamente mencionados dejan abierta la posibilidad de un castigo (23).

C

Sin embargo, no son sólo los resultados de punibilidad los que deciden acerca de la corrección del concepto de omisión. Más bien, y en primer lugar, hay que examinar las *fundamentaciones* que se dan para las posiciones opuestas. Para ello, hay dos puntos de partida: El fenómeno de la capacidad de actuar (I) y la concepción de la negligencia (II).

I. a) Que la capacidad de actuar tiene como presupuesto el conocimiento del fin de la acción se infiere, según Amrin Kaufmann, de la consideración de la realización y el transcurso de la determinación final de la acción. Como la actividad final es un actuar conscientemente guiado desde el fin, sin la aprehensión del fin no puede llevarse a cabo el proceso de la planificación y la realización de la acción. Quien no sabe o no piensa que es posible que haya sucedido un accidente no puede prestar ninguna ayuda a los heridos. No omite ayudar (24).

Este análisis es aceptado también en un punto importante por la opinión opuesta, en el sentido de que tiene que haber conocimiento del fin de la acción antes de que pueda aprehenderse la acción no realizada (25). La controversia re-

(23) Véase la acentuación de las necesidades político-criminales en Granderath, *Rechtspflicht*, pág. 28; Grünwald, *Mayer-Festschrift*, pág. 300; Haffke *ZStW* 87 (1975), págs. 44 y ss., 59; Herzberg, *Unterlassung*, pág. 202; Maurach, *Strafrecht* AT, pág. 587; Schünemann, *Grund*, pág. 42.

(24) *Dogmatik*, pág. 40 y ss.

(25) Cfr. por ejemplo, Grünwald (*Mayer-Festschrift*, pág. 301) para quien —aunque no siempre— la capacidad para actuar se infiere de la capacidad para llegar al conocimiento de la situación tipificada; así también Haffke *ZStW* 87 (1975), pág. 63 y s.

Ver además Lampe *ZStW* 79 (1965), págs. 476 y ss., 483: El que aquel que en la oscuridad se encuentra con su enemigo mortal, a pesar de ser superior en habilidad y armamento (es decir, a pesar de la “libertad de acción”), sea “capaz de actuar” con respecto al matar dependería de que haya reconocido al enemigo. En esta posición hay naturalmente que tener en cuenta que Lampe tiene aquí en mira una capacidad de acción que está orientada hacia la *libertad de la voluntad de realización*, es decir, que la persona “puede querer

side en que, ya *antes* del estadio en el que quien no actúa tiene la concepción del fin, se habla de capacidad de actuar.

b) ¿Y qué pasa con las fundamentaciones que son esgrimidas para esta tesis opuesta?

1) De los argumentos en contra de la dependencia de la capacidad de acción con respecto a la representación del fin de la acción, hay uno que puede ser rechazado de antemano. Es el que sostiene que de la existencia de los delitos de omisión se infiere que el conocimiento de la situación no es necesario para el concepto de la omisión (26). Sin embargo el que existan, y en qué medida, *delitos* de omisión por negligencia depende de lo que se entienda por omisión. El peligro de un círculo vicioso es aquí notorio.

2) Tampoco es convincente la objeción de Maurach contra la tesis de Armin Kaufmann: “Una madre que por indiferencia no se preocupa por su hijo que juega con fuego omite la acción debida de evitar el peligro de la misma manera que si la situación de peligro le fuera conocida positivamente” (27). Puede ser que la madre merezca castigo y puede ser, además, que la deficiente atención sea una omisión que ofrezca para ello un punto de apoyo. Pero que la madre que no sabe nada en absoluto acerca del peligro que corre su hijo omite *salvar la vida* es algo que Maurach puede sostener sólo porque la omisión postula una voluntad que no tiene que estar dirigida a la pasividad sino que sólo tiene que excluir la acción debida (28). Pero, ¿debe “no haber duda” que la voluntad de zurrir medias, acción que se lleva a cabo en lugar de salvar al hijo que se está quemando sin que lo note, transforma la falta de la acción de salvamento en omisión de salvar una vida? ¿No comete acaso Maurach con sus premisas una falacia similar a la de Luden cuando quería apoyar la causalidad de la omisión en la acción que *simultáneamente* se realiza?

3) Según Baumann, el conocimiento de la situación “ciertamente” tampoco puede pertenecer al concepto de omisión. En caso contrario, “no sería posible omitir la corrección de errores no percibidos” (29). Efectivamente, mientras

lo que está en su poder realizar”. Independientemente de cuestiones de terminología, aquí están objetivamente vinculadas dos cosas que hay que separar: la libertad de querer o no querer algo que se encuentra en el ámbito de posibilidad de realización y el poder de realización presupuesto para esta posibilidad de decisión, que no es concebible sin el conocimiento del fin de la acción, tal como lo testimonia de manera bien clara el ejemplo de Lampe. Con otras palabras: el conocimiento del fin de la acción es por cierto *también* un presupuesto de la decisión entre el querer y el no querer, pero no es sólo esencial para esta decisión.

De manera similar a Lampe también ya Wolff (*Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg 1965, pág. 46) quien por cierto no quiere eliminar la “parte subjetiva” del concepto de omisión, pero luego se ve obligado a tomar en cuenta toda la motivación.

(26) Blei, *Strafrecht I*, pág. 276.

(27) *Strafrecht AT*, pág. 587; de acuerdo Grandérath, *Rechtspflicht*, pág. 27.

(28) *Strafrecht AT*, pág. 587.

(29) *Strafrecht*, pág. 203.

no se note el error, no es posible una acción de *corrección* y no se omite la *corrección*. Pero, ¿es ésta una objeción en contra del tomar en cuenta el conocimiento del fin en el concepto de omisión? En la medida en que Baumann quisiera ver como injustamente excluidas las posibilidades de responsabilidad por la *corrección* no realizada de un error, habría que señalar que, al menos allí donde son posibles *controles* de errores, o bien estos conducen al conocimiento del error —y entonces, al interrumpir la actividad, a la omisión de la *corrección*— o bien son omitidos y entonces, como omisión de los *controles*, pueden ser convertidos en fundamento de la responsabilidad.

4) Gallas sostiene que del omitente se espera un “comportamiento de contenido final” y que “sólo una finalidad pensada y sólo su no realización” determinan el juicio de desvalor (30). Esto parece conducir también a la posición de Armin Kaufmann. Pues según ella para la existencia de la finalidad es esencial el conocimiento del fin de la acción; y en el caso de la finalidad “esperada” o “pensada”, la situación no puede ser diferente. Sin embargo, Gallas ve las cosas de otra manera, es decir, que antijurídico “puede ser sólo la no realización de un hacer, cuya realización era objeto *posible* de una actividad de la *voluntad* del omitente” (31). La consecuencia de esto: Al omitente le tiene “que haber sido posible la *decisión* de actuar, es decir, tiene que o bien hacerse representado la acción debida como fin posible de su voluntad, o bien haber podido imaginarlo mediante la tensión debida de sus fuerzas síquicas (atención, memoria, etc.)” (32).

Frente a esto ya Armin Kaufmann había objetado que la cuestión acerca de si alguien es capaz de realizar la acción *a* tiene que ser separada de la cuestión acerca de si este alguien, a través de una acción *b* podría haber logrado su capacidad para la acción *a* (33). Y efectivamente: Mientras no se preste atención, mientras no se esfuerce la memoria, la actividad de la voluntad no tiene ningún objeto: la acción es imposible (y por lo tanto no puede ser omitida). Cuando Gallas habla aquí de un “objeto posible de la actividad de la voluntad” y de la posibilidad de la decisión, la palabra “posible” es usada en otro sentido que posiblemente está vinculado con la —equivoca— concepción de la omisión como juicio de un determinado observador (34). En la medida en que por cierto el fin de la voluntad no es conocido pero es cognoscible, un observador puede decir que la acción es “posible”, en el sentido de que puede llegarse a la acción si el proceso de esforzar la memoria, etc. efectivamente conduce a la representación del fin de la acción. Pero si esta condición no se cumple, y así sucede en los casos de la “cognoscibilidad”, es también entonces *seguro* que *esta* posibilidad *no* se da.

5) La ambigüedad del concepto de posibilidad juega también un papel en

(30) ZStW 67 (1955), pág. 40.

(31) ZStW 67 (1955), pág. 40.

(32) ZStW 67 (1955), pág. 41.

(33) *Dogmatik*, pág. 41.

(34) ZStW 67 (1955), pág. 9; al respecto Welzel, *Strafrecht*, pág. 201 y s.; Wolff, *Kausalität*, pág. 46, nota 26.

la posición de Stratenwerth. Según su opinión, el delito doloso y culposo de omisión presupone la capacidad “individual” de realizar una acción determinada (la acción debida) (35). En la discusión acerca de las exigencias individuales de la capacidad de acción debe valer: “Como en el exámen de la tipicidad debe determinarse sólo la acción cuya realización le era *posible* al actor, aquí tiene que bastar también la posibilidad del conocimiento, la cognoscibilidad. Todo lo demás es una cuestión de dolo y negligencia” (36). Por tanto, la cognoscibilidad del fin de la acción no es, según Stratenwerth, ningún presupuesto sólo del *delito* de omisión sino ya del *concepto* de omisión.

Esta presentación del concepto de omisión tiene que sorprender porque su derivación no se distingue en absoluto de la que lleva a cabo Armin Kaufmann: “Es una acción cuya no realización constituye el núcleo del delito de omisión y esta acción debida no puede tener otras características como no sean precisamente las de una acción” (37). Y: “El que alguien pudiera haber intervenido actuando se juzga de acuerdo con la peculiaridad de la acción humana” (38). Si a pesar de esto se llega a conclusiones divergentes, ello se debe, en mi opinión, a la siguiente frase: “Las acciones reales y posibles no se distinguen por su estructura, sino por su modo de ser” (39). Si en una acción final concreta se modifica el modo de ser de la “realidad”, resulta entonces: O bien se llega a la irrealidad, es decir, a la negación de la acción inclusive todos sus presupuestos y por lo tanto no se llega a la “posibilidad”, o bien la modificación se refiere a la realidad de la realización de sus presupuestos y entonces queda la exigencia del conocimiento de la finalidad de la acción, ya que la estructura de la acción, a la que pertenece este conocimiento, no ha de quedar afectada por el cambio en el modo de ser. Pero como Stratenwerth designa a la cognoscibilidad del fin de la acción como presupuesto de la posibilidad, queda sólo la explicación de que él —sin quererlo— modifica las *estructuras* de aquello a lo que se refiere el enunciado “real” o “posible”. Se trata pues de *otra* posibilidad diferente a aquélla de la acción no realizada: la posibilidad de *hacer* posible la realización de la hasta ese momento imposible acción final.

6) La falacia según la cual la posibilidad de la acción, con respecto al fin de la acción, tiene como presupuesto también sólo la posibilidad del conocimiento, puede estar vinculada al concepto de “finalidad potencial”. Quizás tiene razón Schünemann cuando afirma que la asociación “finalidad potencial - conocimiento potencial” está más próxima (40) que el pensamiento de Armin Kaufmann con

(35) *Strafrecht*, pág. 316, nota al margen 1168. Con razón señala Stratenwerth (*Strafrecht*, pág. 283, nota al margen 1031) que “capacidad de acción” no significa una propiedad general de la persona, sino la capacidad para realizar una acción bien concreta en una situación dada.

(36) *Strafrecht*, pág. 283, nota al margen 1031.

(37) *Strafrecht*, pág. 61, nota al margen 144.

(38) *Strafrecht*, pág. 61, nota al margen 144.

(39) *Strafrecht*, pág. 61, nota al margen 144.

(40) *Grund*, pág. 41 y s.

respecto a la finalidad “irreal” y la potencialidad “real” (41). Pero esta referencia vale sólo para una fuente posible de equivocación y no para el asunto mismo.

Schünemann tampoco piensa de manera diferente: Aquí —en el asunto mismo— existe una diferencia ontológica según que no se persiga una finalidad *conocida* o una finalidad *no conocida* y que sólo se encuentra dentro del “campo de alcance fáctico”. Pero la “relevancia lógico-objetiva” de esta diferencia no resultaría de su existencia sino de la *relación de correspondencia* con un principio normativo. El valor de referencia adecuado para la lógica objetiva del estado de cosas ontológico “cognoscibilidad del fin de la acción” sería no la punibilidad, sino la violación del cuidado debido. Dentro del marco de esta relación se mostraría que el conocimiento del fin de la acción constituye negligencia consciente y la cognoscibilidad negligencia inconsciente y que por ello, cada vez que se castiga la negligencia en tanto tal, basta la mera cognoscibilidad del fin de la acción. Se mostraría, además, que el verdadero problema residiría en la cuestión de saber cuando en concreto existe el deber de prestar atención a fines reconocibles de acción (42).

Ahora bien, por cierto que habrá de lograrse acuerdo en el sentido de que existen deberes de prestar atención a la existencia de determinados fines de acción y que la determinación de sus presupuestos es sumamente problemática. Ya hace años, Armin Kaufmann señaló la posibilidad de que existan normas que impongan el deber de adquirir capacidad para una determinada acción (43).

La cuestión es sólo saber qué se sigue de allí para el *concepto* de omisión. La respuesta reza: nada. Pues el reconocimiento de deberes de prestar atención a los fines de la acción conduce inmediatamente, una vez más, al punto de partida: ¿Se produce la violación de un deber, que en el caso de un mandato de acción sólo puede consistir en una omisión, sólo cuando quien no actúa ha pensado en el fin de la acción “buscar fines de acción”, como diría Armin Kaufmann, o basta que la idea de utilizar las dotes de observación para la averiguación de fines de la acción, y que quedara fuera de la representación actual, se encontrara “en el alcance fáctico”, como tendría que decir coherentemente Schünemann?

No hay forma de evitarlo: El que por ejemplo el bañero sea capaz de salvar a quien se está ahogando y a quien no ha visto no puede depender del deber de mirar a su alrededor para si hay personas que se están ahogando; pues en este caso —en contra de lo que sostiene Schünemann— la “cognoscibilidad” no sería un “estado de cosas ontológico”. Y si no se quisiera destacar el deber sino

(41) Con esto se muestra que la omisión es una forma de comportamiento humano y que posee un sustrato real. En verdad, la existencia de la acción es negada pero la capacidad para esta acción necesita de una constatación positiva; está sometida a un juicio existencial. Así pues, en el caso de la finalidad potencial —para decirlo puntualmente— la ‘finalidad’ es irreal, es un mero elemento de referencia; sin embargo la ‘potencialidad’ tiene realidad” (*Dogmatik*, pág. 49).

(42) Schünemann, *Grund*, págs. 41 y ss.

(43) *Dogmatik*, pág. 41, nota 88.

el sustrato óntico de la violación del deber, ya no resulta una “definitivo” de la capacidad sino un “regressus ad infinitum”: La salvación omitida de una vida es la no realización de una acción de salvamento, no obstante poseerse la capacidad para ella. Referida al fin de la acción “salvar”, la capacidad está dada cuando quien no actúa ve al que se está ahogando u omite mirar a su alrededor para ver si hay personas que se estén ahogando. Quien no mira es capaz de realizar la acción de mirar a su alrededor para ver si hay alguien que se está ahogando cuando, o bien hace de este mirar el fin de su acción u omite una acción que le haría pensar en el mirar a su alrededor. Para la realización de esta acción no realizada es capaz. Aquí se ve al mismo tiempo que “conocimiento” y “cognoscibilidad” no son de ninguna manera estados de cosas ónticamente similares. Ambos se diferencian no sólo en virtud de la —fácilmente perceptible— negación del conocimiento, sino también y precisamente por el grado de descriptibilidad que en la “cognoscibilidad”, a diferencia de “conocimiento” —dicho con suma cautela— es extraordinariamente bajo. Pero más aún: Si se *supone* que un “principio normativo” es el que decide acerca de la relevancia lógico-objetiva de las diferencias ontológicas y se *supone* además que este principio normativo es la “falta del cuidado, es decir, el injusto culposo”, no “se muestra” en absoluto que el conocimiento del fin de la acción constituye negligencia consciente y cognoscibilidad negligencia inconsciente; y esto es lo que Schünemann tendría que haber mostrado en primer lugar. Pues el resultado no es de ninguna manera tan evidente y tan poco discutido como para que pueda renunciarse a una justificación al respecto. Pero todo intento de proporcionar esta fundamentación plantea más cuestiones de las que responde: ¿Cómo es que el conocimiento del fin de la acción corresponde a la negligencia consciente si luego Schünemann coincide con Armin Kaufmann y también con Welzel en el sentido de que su concepto de omisión orientado al conocimiento reproduce el presupuesto mínimo de la omisión dolosa? (44) ¿Existe la diferenciación de negligencia consciente e inconsciente en el ámbito de las omisiones? ¿Cómo puede súbitamente la “cognoscibilidad” convertirse en presupuesto del injusto, si según la propia opinión de Schünemann no constituye ningún elemento de la omisión (45), es decir, ningún elemento del objeto de prueba, sin cuya existencia, según la opinión del *mismo* autor, no puede ser examinada la tipicidad, la antijuridicidad y la culpa en el caso particular? (46).

El catálogo de cuestiones podría ampliarse aún más y extenderse a las premisas según las cuales la violación del cuidado es un “principio normativo” y que en la lógica objetiva lo decisivo son los principios normativos. Pero en la medida en que queda pendiente la derivación de la crítica a la tesis de Schünemann, parece más adecuado examinar la tesis contraria de Armin Kaufmann. Según Schünemann, Armin Kaufmann desea aparentemente obtener su concepto de capacidad de acción a partir de los presupuestos lógico-objetivos de la punibilidad y, con ello, extiende demasiado el alcance de la correspondencia entre

(44) *Grund*, pág. 43.

(45) *Grund*, pág. 30 y s.

(46) *Grund*, pág. 32.

punibilidad y finalidad potencial. Pero así como es seguro que sólo puede ser castigada la omisión de acciones posibles individuales, también es seguro que “el legislador puede amenazar la imposición de una pena para el caso en que alguien no realice la acción que se encuentra dentro de su alcance fáctico, por no tener conciencia del fin evidente. Si, por ejemplo, un bañero no presta atención y por ello no escucha el grito de socorro; notoriamente no se ve que “exista ninguna razón para que no deba ser castigado... por homicidio culposo”. Aun cuando al bañero sólo le sea cognoscible la existencia del niño, es posible hablar, sin violar la lógica lingüística y la lógica objetiva, de su capacidad para realizar la acción de salvamento (47).

Por lo que respecta al aspecto lingüístico, ya se ha indicado que el estado de cosas al que Schünemann desea aplicar la designación “*capacidad de acción*” se distingue, en su estructura y descriptibilidad, del estado de cosas que — abreviadamente— es descrito como conocimiento del fin de la acción. Ahora bien, puede perfectamente suceder que en el primer caso se *hable* de “capacidad”; pero la extensión del concepto a este estado de cosas no debe inducirnos a error y dejar de tener en cuenta que posiblemente ya no valgan todas las consecuencias que normalmente son vinculadas al concepto de negligencia. La argumentación a partir de los conceptos —“porque (igualmente) capacidad de acción, también omisión”— no reemplaza la demostración objetiva.

Por lo que respecta a las cosas mismas hay que admitir con Schünemann “que el legislador puede amenazar con la pena para el caso de que alguien no realice la acción que se encuentra a su alcance fáctico por no tener conciencia de la finalidad evidente” (48). ¿Qué podría impedir al Parlamento Federal sancionar un texto de este tenor? Pero el legislador *no lo ha hecho*. En la ley aparecen sólo las palabras “por negligencia” o “negligentemente”, que no dicen lo más mínimo acerca de la cognoscibilidad de la finalidad de la acción. Y aun cuando el legislador quisiera utilizar las palabras de Schünemann para el establecimiento de una pena, quedaría siempre abierta la cuestión de saber si esta regulación sería la correcta. Si para esta decisión ha de ser relevante la *lógica objetiva*, entonces, para una respuesta positiva, habría que aportar más que la referencia a la existencia del texto legal o la observación de que “simplemente no se ve que haya ninguna razón” (49) para que no deba castigarse.

Esta observación y finalmente la objeción de que Kaufmann habría extendido demasiado el alcance de la correspondencia entre punibilidad y finalidad potencial (50) permiten ver claramente qué es lo que mueve en realidad a Schünemann a sostener que argumenta desde el punto de vista de las estructuras lógico-objetivas: el temor de que si la “punibilidad” se orienta por la finalidad poten-

(47) *Grund*, pág. 42.

(48) *Grund*, pág. 42. El subrayado es mío.

(49) *Grund*, pág. 42.

(50) *Grund*, pág. 42.

cial, en el sentido de Armin Kaufmann, conduzca a resultado que no son aceptables para el sentimiento jurídico.

En este punto coincide la argumentación de Schönemann con las de Rudolphi (51), Herzberg (52) y también de Granderath: Con la opinión de que el representarse a la orientación posible de la acción sería necesario como base del conocimiento de la determinación final, “se limitaría demasiado estrechamente desde el comienzo el concepto de omisión y la omisión negligente inconsciente de una intervención debida no podría ser incluida sin dificultades” (53). Pero justamente esto es lo que todavía tiene que ser investigado.

7) Pero antes, algunas observaciones con respecto a las consideraciones de Herzberg. Este autor pide con razón que se tome en serio la exigencia de la capacidad de acción a fin de que el concepto de omisión no se amplie ilimitadamente (54). El que tome como criterio de la omisión no el “conocimiento” sino la “cognoscibilidad” se debe, por una parte, al temor de que a algunas personas que no hayan actuado “no se les podría pedir que rindieran cuentas debido a la falta de un comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal” y, por otra, tomando en cuenta “la comparación con el hacer positivo posibilitada por el concepto negativo de acción”. Cuando alguien que caminando pisa sin darse cuenta y destroza una lente de contacto que yacía en la calle, hay aquí una acción causal con respecto a la destrucción de la cosa. Pero sería sistemáticamente incoherente en casos de no realización de una acción hacer de la percepción de la situación típica el criterio del concepto de acción (55).

No habrá de analizarse aquí una vez más (56) el concepto negativo de acción de Herzberg (57). Por ello, basta lo siguiente: Si Herzberg en su ejemplo quisiera tomar en serio la fórmula “acción causal con respecto a la destrucción de la cosa” (58), coincidiría con el principio de los finalistas que niegan aquí una acción de *destrucción de una cosa* y aceptarían una acción final de caminar con la consecuencia causal, no final, de destrucción de una cosa. Pero esto significaría: Así como en caso de no conocimiento de la existencia de la lente existe una acción de destrucción de una cosa, así también, en caso de que este conocimiento falte, no puede hablarse de una omisión de la conservación de la cosa (por ejemplo, desviando los pasos). El que el resultado de Herzberg sea diferente se debe a lo siguiente: En contra de su propia formulación, también en el caso en

(51) SK, nota 3 antes del § 13.

(52) *Unterlassung*, pág. 202.

(53) Granderath, *Rechtsflicht*, pág. 28.

(54) *Unterlassung*, pág. 203

(55) *Unterlassung*, pág. 202; igualmente Haffke ZStW 87 (1975), pág. 63.

(56) Cfr. Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, págs. 258 y ss., 266 y ss.

(57) Cfr. al respecto también Engisch, *Gallas-Festschrift*, págs. 193 y ss.; Samson NJW, 1973, pág. 1313; Stratenwerth, “Unbewusste Finalität” en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin 1974, págs. 289 y ss., 296 y s.

(58) *Unterlassung*, pág. 202.

que falta una representación del objeto en el que se actúa, Herzberg supone una *acción de destrucción de una cosa* y utiliza *este* concepto del hacer activo en la comparación con la omisión. Con ello, la polémica acerca del contenido del delito de omisión remite directamente, una vez más, a las discusiones acerca del concepto de acción. En mi opinión, aquí hay que dar preferencia al concepto finalista de la acción, sin que esto haya de ser aquí fundamentado especialmente.

En cambio habré de entrar a analizar las consideraciones de Herzberg acerca de la cognoscibilidad (59) que posiblemente ofrecen un punto de apoyo para acercar recíprocamente las diferentes concepciones. En efecto, Herzberg concibe el descubrimiento del fin de la acción como un rendimiento que puede ser llevado a cabo sólo cuando haya un *motivo* para investigar la existencia de la situación tipificada. Este motivo presupone “también y sobre todo” una norma de deber ser —aunque no necesariamente jurídica— que tiene que estar previamente dada o haber sido creada por la situación concreta. Por lo tanto, el que A haya omitido en sentido jurídico salvar a B depende de que se hayan o no presentado algunos indicios de que alguien podía estar en peligro.

Llama por lo pronto la atención el que se hable de una omisión en “sentido jurídico” como si hubiera otra omisión, por ejemplo, en “sentido natural”, para la cual serían decisivos *otros* presupuestos. Queda sin embargo abierta la cuestión de si Herzberg realmente quiere hacer una distinción de este tipo y, en caso afirmativo, por qué otorga a uno de los dos conceptos de omisión preferencia para el ámbito del derecho.

Pero, sea como sea, la discusión del concepto de omisión en “sentido jurídico” conduce a la otra cuestión de saber qué papel juega al respecto el “motivo” en particular. Así como Herzberg hace depender la omisión, por una parte, de los indicios que se presentan y, por otra, vincula el motivo “también y sobre todo” con una norma de deber ser, *dos* principios parecen tener importancia acumulativa: Por una parte, el motivo para descubrir el fin de la acción podría ser que sin la correspondiente norma de deber ser no existe “ninguna razón”, ninguna necesidad de averiguación, y por otra, que tienen que ser *conocidos* determinados síntomas, indicios, para la existencia de la situación tipificada a fin de que pueda llevarse a cabo la tarea de descubrir un fin de acción.

Con respecto a las normas de deber ser, que han de constituir un presupuesto de este motivo, hay que partir del hecho de que su objeto no es la realización de un determinado fin de acción (por ejemplo, evitar una muerte) sino el descubrimiento de un fin desconocido de acción. De otra manera, no puede entenderse la referencia al que reside en el descubrimiento de una finalidad de acción. Por lo que respecta a la existencia de tales normas, cabe por lo pronto formular ciertas dudas acerca de que una “situación concreta” pueda crear normas de deber ser; y, además, no es nada claro que normas *extrajurídicas*, cuyos criterios permanecen abiertos, deben tener el efecto de constituir omisiones en sentido *ju-*

(59) *Unterlassung*, pág. 202 y s.

ridico. Naturalmente, Herzberg podría aquí responder que estas dudas sólo afectan a una parte de las normas de deber ser por él supuestas. Pero, aun cuando se conceda la existencia de determinadas normas jurídicas que ordenan prestar atención en situaciones tipificadas, no queda demostrado con ello de manera alguna su relevancia para la capacidad de actuar y, por tanto, para el concepto de omisión.

En efecto, no puede haber ninguna duda acerca de que es imposible una inferencia directa desde el “deber de prestar atención” al “poder-salvar”. Más bien lo que se muestra es que, tanto el cumplimiento como el no cumplimiento del deber de prestar atención, son irrelevantes para la capacidad de salvamento cuando, no obstante haber prestado atención, no se llega a la representación (de la posibilidad) de la existencia de un fin de salvamento. En cambio, si la acción de observación condujera a la representación (de la posibilidad) de un fin de salvamento, entonces por cierto que con el cumplimiento del deber de observación estaría dado el conocimiento de la finalidad de la acción (y la inactividad subsiguiente sería una omisión del salvamento); pero, precisamente cuando no se realiza la observación no existe aquel conocimiento sin el cual no es posible trazar un puente desde el “prestar atención” al “salvar”. Como esta falta de conocimiento no puede ser sustituida a su vez por el deber de observación, habría que averiguar una vez más si el observador que no actuó “era capaz de realizar la acción de observación...”. Sigue pues en pie lo que ya había que decir con respecto a razonamientos similares de Schünemann: Para que alguien sea capaz de realizar una acción cuyo fin se encuentra fuera de su representación, la existencia de una norma de deber ser que prescribe prestar atención al correspondiente fin de la acción, no ofrece ningún criterio utilizable.

Naturalmente, con esto no se ha dicho nada acerca del otro principio “fáctico”, es decir, que no se trata de una omisión cuando quien no actúa conoce positivamente el fin de la acción sino ya cuando hay síntomas que, en cierto modo, imponen la representación del fin de la acción. Aquí, por lo pronto, es correcto que la posibilidad “físico-real” de llevar a cabo un determinado proyecto de acción no alcanza por sí misma para constituir la capacidad para la realización de una determinada acción cuando se la amplía con las fuerzas intelectual-espirituales de la respectiva persona; pues estas fuerzas necesitan un punto de apoyo para poder desarrollarse en concreto. Además, puede ser correcto que haya casos en los cuales el conocimiento de indicios provoca un proceso de reflexión y de análisis que concluye con la representación de un fin de acción —por ejemplo, “salvar”— y permite luego la planificación y realización del salvamento propiamente dicho. Pero sería erróneo creer que el conacimiento de “indicios” desencadena, en cierto modo automáticamente, un proceso de este tipo; ya por ello no es posible hablar de capacidad de acción (con respecto al salvamento) sólo sobre la base de un “conocimiento de indicio”. Pero, sobre todo, se carece de todo criterio que permita hablar de un “motivo”; pues el “motivo” —a diferencia del conocimiento de un determinado fin de acción— no está delimitado a partir de sí mismo. En los casos de mera cognoscibilidad, en los cuales se queda en el desconocimiento del fin de la acción, más bien lo único que en realidad puede decirse es que las circunstancias conocidas *no* eran suficientes para la ob-

tención del conocimiento. Con ello, en un punto decisivo, el concepto de omisión carecería de un perfil claro y quedaría el peligro de que, a más de a quien es capaz de actuar, se atribuya una “omisión” a quien es *incapaz* de actuar y hasta quizás le sea imputada. Así pues, si para la capacidad de acción hay que presuponer una base de conocimiento —y en esto estamos de acuerdo con Herzberg— entonces esta base de conocimiento sólo puede ser la (posibilidad de) representación del fin de la acción.

Y este resultado no puede evitarse tampoco compensando la falta de conocimiento, que falta en la mera “cognoscibilidad” de la representación del fin de la acción, a través de la obligación de averiguar los conocidos puntos de apoyo. Naturalmente puede suceder que, a su vez, los síntomas constituyan la situación típica en el sentido de (otro) tipo de omisión, que resulte de un “mandato de observar”. Pero la capacidad de observar no sería todavía ninguna capacidad de realizar sobre la base del resultado de la observación de otra acción porque la observación *no* tiene que tener *necesariamente* un conocimiento como consecuencia. Dicho con otras palabras: Por cierto que se habría *omitido* el observar (hasta violando un deber), pero no estaríamos frente a la omisión de un salvamento. Este simplemente no habría tenido lugar.

Si se supone que el motivo en el sentido de “conocimiento de los indicios” es fácticamente suficiente para inferir el fin de la acción, sería entonces incoherente hablar de una omisión del salvador sólo en el caso de la existencia de un “deber de averiguación” y con respecto a quien no está afectado por un deber de este tipo concederle que no ha omitido el salvamento a pesar de que, en virtud de los indicios conocidos, podría haber estado perfectamente en condiciones fácticas de haber conocido la finalidad de la acción. ¿O se quiere decir que *efectivamente* los indicios no pueden ser examinados en absoluto cuando no se produce una motivación a través de una norma de deber ser? Pero, ¿qué sucede cuando la norma de deber ser no era conocida? Y, ¿no hay acaso otros motivos para procurarse conocimiento, que no sean normas de deber ser? ¡Basta tan sólo pensar en los curiosos crónicos!

Y esto significa: Ni el conocimiento de indicios, ni la existencia de deberes de observación, ni una combinación de ambos, proporcionan presupuestos que, cuando se dan, permitan decir *siempre y sin excepción* que existe la capacidad para realizar una acción final. Por ello, no pueden ser tampoco el criterio del concepto de omisión.

8) De manera similar a Herzberg, y antes que él, había argumentado Grünwald: como puede mostrarse con ejemplos, también en los casos en los que quien no actuó no había reconocido la situación tipificada, puede constatarse que “le era posible tomar la decisión de intervenir y realizarla”. Por tanto, se dice a continuación, “hay que reprocharle (la no intervención) porque sobre la base de su conocimiento, podía y debía llegar a tener conciencia del peligro”. En verdad, afirma, es correcta la opinión de Armin Kaufmann en el sentido de que la capacidad de llegar al conocimiento de la situación tipificada no es todavía la capaci-

dad de actuar; pero de una de estas capacidades se infiere la otra. Así pues, también en el caso de la cognoscibilidad de una situación tipificada puede darse un delito de omisión (negligente) (60).

En esta posición se nota también claramente hasta qué punto la preocupación de que la tesis de Armin Kaufmann puede conducir “a una reducción del ámbito de lo punible” (61), trae consigo una confusión del “nivel del comportamiento” con el “nivel del delito”. Puede perfectamente reprocharse *si* “quien no actuó, sobre la base de su conocimiento, podía y debía llegar a tener conciencia del peligro” (62). Pero, ¿puede el reproche tener por objeto la *no intervención* si el deber ser se refiere a la *adquisición de la conciencia del peligro*? Y, sobre todo: ¿Bajo qué presupuestos *puede* quien no actuó obtener la conciencia del peligro, que no obstante la base de conocimiento no posee? Esto no resulta de los citados ejemplos y hay que señalar que también en este ámbito de la obtención del conocimiento tiene que valer lo que dice Grünwald con respecto a la prevención del peligro: no obstante la representación del fin, falta la capacidad de acción cuando los medios no son cognoscibles (63).

Al final queda todavía la tesis de que la capacidad para actuar se infiere de la capacidad para adquirir el conocimiento. Grünwald tendría razón con su comprensión de la capacidad de acción si esto fuera *siempre* así; pero esta conexión tampoco existe para él “naturalmente en cada caso” (64). Y por cierto falta —como hay que agregar inmediatamente— no sólo cuando, no obstante el conocimiento de la finalidad de la acción, no fueran cognoscibles los medios de la acción. La razón puede también ser otra: La capacidad para llegar al conocimiento de una situación es en verdad sólo la capacidad para llevar a cabo una acción dirigida a la obtención del conocimiento, cuyo éxito no se encuentra totalmente en el poder del actor.

c) Con esto se puede ya trazar un balance provisorio: Ni la existencia de delitos negligentes de omisión, ni la dirección de la voluntad del que no actúa ni la preocupación por la exclusión de la corrección de errores, logran atestiguar que la cognoscibilidad de la finalidad de la acción sea irrenunciable para el concepto de omisión. La inferencia desde la exigencia de finalidad potencial a la suficiencia de conocimiento potencial se basa en una utilización diferente del concepto de potencialidad y resulta ser un malentendido. Y allí donde deban existir *deberes* de “observación”, “averiguación”, etc., no son ellos los que pueden ofrecer una base de sustentación para la *capacidad* de acción porque con su mera existencia no están en condiciones de compensar una falta de conocimiento.

En gran parte debido a esta razón, gana terreno la concepción de que los

(60) *Mayer-Festschrift*, pág. 300 y s.

(61) *Mayer-Festschrift*, pág. 300.

(62) *Mayer-Festschrift*, pág. 301.

(63) *Mayer-Festschrift*, pág. 301, nota 63.

(64) *Mayer-Festschrift*, pág. 301, nota 63.

presupuestos de la capacidad de acción tienen que obtenerse sólo de la inteligencia en el proceso de la producción de una acción y de que en caso del desconocimiento del fin de la acción, la “cognoscibilidad” que debe constituir la capacidad de actuar, necesita de una “base de conocimiento”, de un “motivo” a fin de que pueda ser llevado a cabo el aporte que consiste en la obtención del conocimiento faltante. Sin embargo, este paso en la dirección correcta no va lo suficientemente lejos. Sigue faltando el criterio para saber a partir de qué nivel de conocimiento y bajo qué otras condiciones existe la *seguridad* de que efectivamente ha de llegarse a la representación del fin de la acción. Y como este criterio, sin el cual siempre podría hablarse sólo de una capacidad de acción *posiblemente* existente, no es cognoscible, la “cognoscibilidad” del fin de la acción no basta para afirmar la capacidad de actuar y, por tanto, no es suficiente para la definición del concepto de omisión.

II. Esta confirmación de la opinión de Armin Kaufmann parece en realidad conducir a que tiene que aceptarse un concepto de omisión cuyas consecuencias para la punibilidad contradicen el ya unánime sentimiento jurídico. Pero precisamente esta tesis, de que la orientación del concepto de omisión según la exigencia de la representación del fin de la acción abriría lagunas en el ámbito de la punibilidad, requiere a su vez ser examinada.

Tal como ya se ha citado, según Armin Kaufmann, “el delito negligente de omisión presupone que quien estaba obligado a realizar la acción estuviera dispuesto a cumplir el mandato, es decir, lograr el fin impuesto por el ordenamiento jurídico” (65). Con otras palabras, según Armin Kaufmann la omisión negligente es “mal cumplimiento” de un mandato. Y, naturalmente, sólo puede hablarse de “mal cumplimiento” siempre que esté dado el deseo de cumplimiento y, con ello, el conocimiento del fin de la acción. Por cierto que esto no excluye que el mal cumplimiento también pueda realizarse dentro del marco de la evaluación del fin de la acción, es decir, cuando se abandona apresuradamente, sin mayor examen, una representación de la posible existencia de un fin de acción (66); pero si no se ha tenido en absoluto la conciencia del fin de la acción, queda excluida la punibilidad a causa de un delito de negligencia (67).

Armin Kaufmann apoya su explicación de la omisión negligente en el por él desarrollado y denominado “principio de inversión” (68), no sin, desde luego, haber llamado antes la atención acerca del hecho de que el estado actual de la dogmática de la negligencia todavía puede constituir una fuente de errores (69). Efectivamente, desde el año 1959 ha avanzado considerablemente el desarrollo en este campo. Y últimamente Struensee ha mostrado que el principio de inversión no se opone de manera alguna a la aceptación de delitos negligentes de omi-

(65) *Dogmatik*, pág. 170.

(66) Cfr. Armin Kaufmann, *Dogmatik*, pág. 173.

(67) Cfr. también *Dogmatik*, pág. 41, nota 88.

(68) *Dogmatik*, págs. 87 y ss.

(69) *Dogmatik*, págs. 166 y ss.

sión, también fuera de los casos del fracasado intento de cumplimiento de un mandato (70).

Y a esto hay que referirse. Lo que Struensee pone de manifiesto bajo el aspecto de la relación del principio de inversión y la negligencia puede también ser mostrado desde otro punto de partida. En el ámbito de la comisión, un mismo concepto finalista de la acción permite vincular a los fenómenos por ella captados, tanto delitos dolosos como culposos. No otra es la situación en el ámbito de la omisión. Lo que describe el concepto de omisión de Armin Kaufmann puede ser una base no sólo para delitos (cuasi) dolosos sino también culposos, sin que fueran trazados límites desde el *concepto* de omisión. La diferencia entre delitos dolosos y culposos no se basa precisamente en apartamientos estructurales dentro de la respectiva forma de comportamiento “acción” u “omisión”, sino que se sigue más bien de la vinculación con respectivamente otros *contenidos* de la finalidad realizada (acciones) o (en el caso de las omisiones) no realizada pero posible.

Algo más detalladamente. En el año 1959, según Armin Kaufmann, el delito negligente de comisión estaba “caracterizado, en todo caso en los tipos de causación, por la causación de un resultado que no está abarcado por la voluntad de realización” (71). De acuerdo con nuevos conocimientos (72), la comisión negligente si bien es cierto que no es falsamente caracterizada por esta referencia a la causación no final de un resultado, sí lo es incompletamente. En efecto, lo decisivo es la realización de una acción final cuya consecuencia (potencialmente) *no* final del perjuicio de un bien jurídico constituye el *motivo* para que esta acción *en tanto tal* y en toda su finalidad sea clasificada como contraria al cuidado, se la haga objeto de una norma de prohibición, que no es idéntica con la prohibición de producción de un resultado y se castigue su realización como “delito negligente de comisión”; y desde luego, según la posición de *lex lata*, respecto a la negligencia sin consecuencia sólo cuando a la antinormatividad antijurídica y reprochable se agregue la aparición del resultado. Esta estructura del delito negligente de comisión es encubierta simplemente por la circunstancia de que las violaciones de las correspondientes normas de prohibición, debido a su elevado número, no (pueden) ser tipificadas en leyes penales a tal efecto y por ello los presupuestos del tipo de la violación del debido cuidado tienen en cierto modo que ser formulados por la jurisprudencia y la ciencia con la ayuda de reflexiones cuasi-legislativas y a menudo en cierto modo a posteriori.

Consecuentemente, en los delitos negligentes de omisión, no es decisivo que no se realice el evitamiento del *resultado*. Lo esencial es más bien que se omita una acción *final* cuya consecuencia (potencialmente) *no* final de la evitación del resultado la hace aparecer como acorde al cuidado y por tanto contraria al cuidado a su no realización. Y aquí puede tratarse —algo que interesa en primera

(70) Cfr. JZ 1977, págs. 217 y ss.

(71) *Dogmatik*, pág. 169.

(72) Cfr. por ejemplo, ya Armin Kaufmann ZfR 1964, págs. 41 y ss.

línea— de un acto de examen o de obtención de conocimiento con respecto a la existencia de una situación tipificada de un delito doloso. Además, entran en consideración también otros actos como, por ejemplo, el cerrar una barrera de ferrocarril, etc., cuya realización por “sí misma” hace desaparecer la violación de un bien jurídico. Y, finalmente, juegan también un papel —problemático por cierto— aquellos actos que podrían haber provocado la conservación del bien jurídico si hubieran sido realizados en lugar de otras acciones con esta misma finalidad (73). Así como en el ámbito del hacer activo la acción final que está prohibida y tipificada por ser contraria al cuidado tiene que tener como fin de la acción el resultado —la violación o la puesta en peligro del bien jurídico—, así tampoco en el ámbito de la pasividad la acción que está ordenada como acorde al cuidado y cuya no realización satisface el tipo de la omisión, puede tener como fin el resultado (la conservación del bien jurídico). Lo único que se requiere es que quien no actúa conozca el fin *de la* acción que le impone la norma del cuidado y *que* con respecto a *esta* acción también estén dados los otros presupuestos de la capacidad de acción (74).

La producción del resultado —al igual que en los delitos culposos de comisión— juega el papel de una condición objetiva de punibilidad (75): la no realización de la acción final acorde al cuidado es castigada —al menos de acuerdo con el derecho vigente— no obstante la antijuridicidad y la reprochabilidad, sólo cuando no se ha producido el fin de evitar un resultado perseguido por la nor-

(73) Cfr. al respecto Struensee, loc. cit.

(74) Aquí se ve la relativa justificación de la opinión contraria: Para la solución jurídico-penal del estado de cosas, para la cual la “cognoscibilidad de la finalidad de la acción” es sólo una fórmula abreviada, las “normas de deber ser”, bajo la forma de mandatos de observación, de explicación, de indagación, como así también los “motivos”, las “situaciones tipificadas” que corresponden a *estos* mandatos y su conocimiento, juegan un papel decisivo. El malentendido comienza cuando el delito negligente de omisión es vinculado con el mandato de evitamiento del resultado que subyace al delito de omisión (cuasi) doloso. Cfr. al respecto también Struensee, loc. cit.

(75) La clasificación del resultado como condición objetiva de punibilidad pone de manifiesto que el *tipo* del delito negligente es formado a partir de las características de la realización de una acción final prohibida como contraria al cuidado o de la no realización de una acción final ordenada como acorde al cuidado, a pesar de la capacidad de acción y, en esta *medida*, no se puede partir de la causación del resultado o del no evitamiento, aplicando el principio de inversión. Con este criterio coincide también la observación de Welzel (*Strafrecht*, pág. 207), que quizás debido a su brevedad no es fácilmente comprensible, en el sentido de que Kaufmann, en el delito negligente tiene un concepto estrecho de tipo, que deja sin efecto las objeciones de Frünwald (*Mayer-Festschrift*, págs. 300 y ss.). Esta respuesta puede darse también a Haffke (*ZStW* 87 - -1975-, págs. 59 y ss., especialmente pág. 61, nota 57), Cfr. al respecto, más detalladamente Struensee, loc. cit.

Naturalmente, no sólo con respecto a la tipicidad sino también con relación a la *punibilidad* puede pensarse en una inversión: Mientras que la violación reprochable de la prohibición de una acción contraria al cuidado es sólo punible si se produce el resultado (el daño al bien jurídico) que debía ser evitado, la violación reprochable del mandato de una acción acorde con el cuidado es sólo punible si no se ha producido el resultado de la conservación del bien jurídico, que debía tener lugar.

ma y se ha producido una lesión del bien jurídico (76). Y tampoco la cognoscibilidad del resultado no deja de tener importancia. Ella es un presupuesto real, fáctico, para que quien no actuó haya tenido conciencia de la antijuridicidad de su omisión y pueda serle reprochada su inactividad (77).

Esto significa: La —necesaria— adecuación de la concepción esbozada por Armin Kaufmann para la omisión negligente al modelo que *el mismo* autor desarrollara para la comisión negligente vuelve innecesaria una corrección del *concepto* de omisión en el sentido de la opinión contraria y posibilita el castigo en los casos cuyo tratamiento correcto puede reclamar para sí esta opinión. El problema que sigue quedando por resolver (desde ambas posiciones) se encuentra en otro ámbito: hay que determinar las normas de cuidado y cuyo cumplimiento traería consigo también la conservación del bien jurídico.

D

La concepción del delito negligente de omisión que se acaba de esbozar permite, finalmente, una toma de posición con respecto a un argumento que hasta ahora no había sido tratado y que juega un gran papel en la opinión opuesta. El concepto de omisión debería —en todo caso— abarcar la cognoscibilidad del fin de la acción ya que en caso contrario se carecería de una base sistemática común para el delito doloso y para el delito negligente de omisión (78). La tendencia básica de todas las correspondientes manifestaciones (79) puede ser muy bien reproducida con las palabras que Schünemann utiliza para su concepto de la posibilidad individual de acción: “En tanto el concepto básico general, tiene que ser mantenido libre de los elementos que sólo aparecen en el delito doloso de omisión o sólo en el delito de omisión negligente” (80).

(76) Las manifestaciones críticas de Schünemann (*Schaffstein-Festschrift*, págs. 169 y ss.) en contra de la inclusión del resultado en las condiciones objetivas de la punibilidad, merecen una discusión más prolija que la que aquí puede llevarse a cabo. Por ello, provisoriamente puede tan sólo formularse la objeción de que los argumentos de Schünemann *quizás* podría ser aducidos para una punibilidad general de la negligencia sin resultado, pero *ciertamente* no pueden fundamentar por qué la producción del resultado, en tanto tal, constituye un *injusto*. El que la lesión del bien jurídico constituye el motivo para el dictado de normas que imponen el cuidado y *en esta medida* es importante para el injusto, es otro asunto; y lo mismo sucede con el hecho de que el resultado que realmente se produce confirma como correcta esta motivación legislativa.

(77) Cfr. Armin Kaufmann, *ZfR* 1964, pág. 52; al respecto, Horn, *Verbotsirrtum*, págs. 74 y ss.

(78) Cfr., por ejemplo, Rudolphi, *SK*, nota al margen 3 antes del § 13; Schönke-Schröder-Stree, *StGB*, nota al margen 143 antes de los §§ 13 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 283 y s., nota al margen 1031.

(79) El conocimiento o la cognoscibilidad de la finalidad de la acción sería, se dice, tan sólo una cuestión del dolo o de la negligencia.

(80) *Grund*, pág. 30.

Ahora ya no resulta difícil aceptar esta exigencia: La no realización de una acción final, no obstante la correspondiente capacidad de acción que depende de la representación del fin de la acción es, por ser *el* concepto de omisión, el denominador común de *todo* delito de omisión (tanto del “doloso” como del “culposo”).