

OMISIONES

Kai Ambos*

Abstract: *Un mero no hacer se convierte en una omisión criminal si el omitente (o sea, aquel que no actúa) tenía un deber jurídico y la posibilidad de impedir el consiguiente daño o violación de un interés jurídico. Entendida de ese modo, la responsabilidad por una omisión aparece de dos formas: como la otra cara de la responsabilidad por una conducta activa en forma de comisión por omisión (por ejemplo, matar dejando que una persona se ahogue en lugar de dispararle) o como una mera omisión (propia), con el delito de omisión de socorro como su forma más básica. La distinción posee una relevancia no solo académica pues la primera de esas formas implica, normalmente, condenas mucho más elevadas que la segunda. Si bien las fuentes del deber de actuar pueden variar —ley, contrato o expectativas sociales—, este se basa de todos modos en alguna forma de control por parte del omitente, ya sea respecto a la fuente del peligro o al objeto puesto en peligro. En cuanto a los deberes de actuar que resultan relevantes, existen grandes similitudes entre el derecho inglés (common law) y el alemán (derecho continental), tanto en términos del fundamento de la responsabilidad del garante como de los deberes jurídicos individuales. Del mismo modo, los presupuestos normativos subyacentes a favor o en contra del delito de omisión de socorro son, en gran medida, idénticos en las discusiones del derecho continental y del common law.*

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania (GAU), Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL). – El presente texto ha sido elaborado en el marco del proyecto “Anglo-German Dialogue” (<https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/anglo-german-dialogue>) y fue publicado, en una versión más corta, en el primer tomo publicado por la Cambridge University Press (Ambos et al. (eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, 17). Agradezco a Antony Duff, Matt Dyson, Findlay Stark, Carl-Friedrich Stuckenberg, Alec Walen y Thomas Weigend por sus comentarios críticos. Traducción del inglés realizada por Marisa Vazquez (Doctoranda en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y ex becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico –DAAD–); revisión de Gustavo Urquiza, doctorando y docente en la GAU.

I. La distinción básica entre actuar y omitir: hacia un enfoque normativo

Desde una perspectiva naturalística, la omisión es lo opuesto a la acción —es decir, es no-acción (no-hacer), ausencia de acción. Desde esa perspectiva, un acto o conducta activa puede ser fácilmente identificada por el gasto de energía generado, por ejemplo, a través de un movimiento corporal que causa cierto resultado en el mundo empírico. Por el contrario, una omisión carece de realidad física, no despliega ninguna energía (causal); en ese sentido, ella es simplemente inexistente.¹ Como consecuencia de ese enfoque naturalístico se ha sostenido que realmente las omisiones no pueden causar resultado alguno y, por lo tanto, que no pueden tener relevancia jurídica y mucho menos generar responsabilidad penal.²

Sin embargo, ese argumento es intrínsecamente erróneo. De hecho, se aproxima a una falacia naturalista pues de la mera existencia empírica de cosas (el 'ser') realiza una inferencia errónea con respecto al mundo moral de los fines y de los valores (el 'deber ser').³ Pero el hecho natu-

¹ Sobre esta postura denominada 'ontológica', basada en la distinción naturalística de Radbruch entre conducta activa y pasividad en términos de generación o no de energía (causal) véase: Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 70 [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 70]; Weigend, '§ 13' (2007), nm. 2 con referencias relevantes. Véase también: Kirchheimer, 'Criminal Omissions' (1942), 617-9; Gómez-Aller, 'Omissions' (2008), 431, refiriéndose además a Franz von Liszt y a Ernst Beling. Sobre el debate temprano del *common law* véase: Bentham, *Principles* (2000), p. 72 (acto positivo como 'movimiento o esfuerzo', negativo como 'mantener en reposo', es decir, 'abstenerse de mover'); también: Husak, *Philosophy* (1987), pp. 173 ss.; Moore, *Act* (1993), pp. 28 ss. (conceptualización movimiento/no-movimiento) y *passim*; crit. Fletcher, 'Irrelevance' (1994), 1443-54; Simester, *Theory* (1995), pp. 313 ss.

² Cf. Moore, *Act* (1993), pp. 267-78. Sobre la variedad de expresiones causales en este ámbito, especialmente 'causar como hacer que suceda', véase: Feinberg, *Harm* (1984), pp. 180-181.

³ El *locus classicus* del problema 'ser-deber ser' es el *Treatise of Human Nature* (1739, reimpresión 1896, p. 469 s.) de David Hume donde este afirma: 'En todo sistema de moralidad con el que me he encontrado hasta ahora, siempre he observado que el autor procede por algún tiempo según el modo ordinario de razonar y establece la existencia de un Dios, o realiza observaciones concernientes a los asuntos humanos; cuando de repente me sorprende al encontrar que, en lugar de las cópulas usuales de las proposiciones, es, y no es, no me encuentro con proposición alguna que no esté conectada con un *debe*, o con un *no debe*. Este cambio es imperceptible; pero es, sin embargo, de gran importancia. Porque como este *debe*, o *no debe*, expresa alguna nueva relación o afirmación, 'es necesario que...una razón deba ser dada; por lo que parece del todo inconcebible, cómo esta nueva relación puede ser una deducción de las otras, que son completamente diferentes a ella...Estoy convencido de que una pequeña atención subvertiría todos los sistemas vulgares de moralidad, y nos permitiría ver, que la distinción entre vicio y virtud no se basa meramente en las relaciones de objetos, ni es percibida por la razón.' Immanuel Kant en su *Critique of Pure Reason* lo formula —de manera más clara— como sigue: 'Porque en lo que concierne a la naturaleza, la experiencia nos da la regla en la mano y es fuente de la verdad; pero en lo que respecta a las leyes morales la experiencia es (¡desafortunadamen-

ralístico de que una omisión carezca de realidad física no responde a la cuestión normativa referida a si el omitente debería incurrir en responsabilidad penal por el resultado dañoso de su omisión. En otras palabras, la distinción naturalística entre acto y omisión —más precisamente, la existencia o ausencia de un movimiento corporal (no hacer)— no tiene relevancia moral ni normativa para el establecimiento de responsabilidad penal.⁴ De hecho, el reconocimiento de la responsabilidad penal en virtud de una ‘comisión por omisión’, tan bien expresado en el concepto francés ‘*commission par omission*’,⁵ deja en claro que el problema no se refiere a los movimientos corporales, sino a la cuestión normativa acerca de si y cuándo se puede esperar que alguien actúe,⁶ de modo tal que su omisión —entendida en un sentido jurídico como opuesta a un mero no-hacer naturalístico⁷— equivalga a la comisión de un delito. Esta es la razón por la cual la doctrina alemana —seguida por las doctrinas española y portuguesa— habla en este tipo de casos de una omisión ‘impropia’ (‘*unechte*’): es decir, no es realmente una omisión, sino más bien una

te!) la madre de la ilusión, y es de lo más reprochable, extraer o querer restringir las leyes acerca de lo que *debería* hacer a partir de lo que *se hace*. (‘Denn in Betracht der Natur gibt uns Erfahrung die Regel an die Hand und ist der Quell der Wahrheit; in Ansehung der sittlichen Gesetze aber ist Erfahrung (leider!) die Mutter des Scheins, und es ist höchst verwerflich, die Gesetze über das, was ich tun *soll*, von demjenigen herzuziehen, oder dadurch einschränken zu wollen, was getan *wird*.’); cf. Kant, ‘Vernunft’ (1903), 3-252, o en <www.korpora.org/kant/aa04/Inhalt4.html> 203, visitado por última vez el 6 de febrero de 2020; (énfasis añadido). Según Malec, ‘Is-Ought’ (2007), 11-2, la tesis de Hume puede ser reformulada del siguiente modo: ‘Las declaraciones deónticas están lógicamente separadas de las declaraciones no-deónticas, es decir, ni las declaraciones deónticas pueden derivarse de las declaraciones no-deónticas (tesis simple de Hume) ni las declaraciones no-deónticas pueden derivarse de las declaraciones deónticas (tesis inversa de Hume)... es imposible inferir obligaciones de hechos o inferir hechos de obligaciones. Intuitivamente, la tesis se sostiene. También es posible alguna argumentación formal. El verdadero significado de la tesis es que las llamadas ‘ciencias positivas’ no pueden ayudarnos con los dilemas morales. Lo que aquí importa es que se puede presentar una tesis similar con relación a las modalidades axiológicas: es imposible inferir valores de los hechos o inferior hechos de los valores’ (nota al pie omitida). Greene, ‘Implications’ (2003), 847 también ofrece una buena definición de la falacia naturalista: ‘el error de identificar lo que es natural con lo que está bien o es bueno (o, más ampliamente, el error de identificar propiedades morales con propiedades naturales)’.

⁴ El punto ha sido señalado con la mayor firmeza por Fletcher, ‘Irrelevance’ (1994), 1445, 1448, 1453. Él critica acertadamente la ubicación de la discusión sobre las omisiones en el ámbito del requisito del acto y en la consiguiente implicancia de que no puede haber responsabilidad penal, porque las omisiones no son actos voluntarios. En efecto, la cuestión es de agencia humana, la cual es independiente de la distinción acto/omisión (*ibid*, 1444). En el mismo sentido, véase: Gómez-Aller, ‘Omissions’ (2008), 431-4, 437, 444; crítica general del requisito de acto en Husak, ‘Act’ (2011), 107 ss.

⁵ Véase por ejemplo Bouzat y Pinatel, *Criminologie* (1963), pp. 121 ss.; con más detalle *infra* n. 46 y texto principal.

⁶ Sobre estas expectativas normativas preexistentes, subyacentes cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 6-7 [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 6-7; Simester, *Theory* (1995), p. 320; Duff, *Answering* (2007), p. 108.

⁷ Sobre esta yuxtaposición véase también Duff, *Answering* (2007), p. 108; Ashworth, *Obligations* (2013), p. 31.

forma de comisión, a saber, una que se lleva a cabo por medio de una omisión.⁸ Considérese la protección de la vida humana a través del delito universalmente reconocido de homicidio o asesinato: ¿puede constituir una diferencia jurídicamente (normativamente) relevante con respecto a la violación del respectivo interés jurídico o a la causación del respectivo daño que alguien sea muerto por medio de una acción o de una omisión? Pues tanto si A mata a B disparándole (una acción) como si (solo) la deja ahogarse en el mar a pesar de ser capaz de salvarla (una omisión), en ambos casos, B ha muerto por una conducta imputable a A, a pesar de la distinción naturalística entre acto y omisión (y de las condiciones adicionales respecto a la responsabilidad penal de A).

Por lo tanto, *respecto al interés jurídico violado o al daño causado*,⁹ es irrelevante si el resultado ha sido provocado por una acción o por una omisión, siempre y cuando haya sido ‘causado’ o ‘cometido’¹⁰ —en un sentido normativo—. Este es el caso si el omitente tenía la posibilidad material de intervenir¹¹ y tomó la decisión consciente de no hacerlo, aceptando así la posibilidad de un resultado perjudicial.¹² En otras palabras, desde

⁸ Véase, por ejemplo, Gómez-Aller, ‘Omissions’ (2008), 444. Sobre la explicación de la distinción entre omisión propia e impropia, véase *infra* secc. II.

⁹ Sobre los conceptos de daño y bien jurídico desde una perspectiva comparada cf. Ambos, ‘Function’ (2015), 301–29, con referencias adicionales.

¹⁰ No trataremos aquí la compleja cuestión acerca de la causalidad hipotética o negativa en casos de omisión según la cual puede decirse que la falta de actuación (no cumplimiento del deber de actuar pertinente) ha ‘causado’ el resultado dañoso puesto que la intervención activa (cumplimiento de este deber) lo habría evitado (es decir, el resultado no se habría producido si no fuera por esa omisión). En efecto, el concepto naturalístico de omisión subyacente ya había sido reemplazado por uno normativo a fines del siglo XIX con el renacimiento neokantiano (cf. Jescheck, ‘Unterlassungsdelikte’ (1965), en 115–6). Desde una perspectiva normativa, debe averiguarse —en línea con la teoría de la imputación objetiva— si el resultado dañoso ha sido producido por la falta de actuación del omitente y, consecuentemente, puede serle imputado. Para mayor información véase Duff, *Answering* (2007), p. 111 (causar ‘en el sentido de “causa” que es aquí relevante.’); Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 82–3, 111–2 (‘... la intervención habría hecho una diferencia.’); Horder, *Principles* (2016), pp. 129–30; para un test más estricto Law Commission, *Criminal Code* (1989), p. 51, art. (clause) 17(1)(b) (causar un resultado como omisión ‘de realizar un acto que *podría* impedir que ocurra ...’; énfasis añadido); crit. en ese sentido Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 57; contra cualquier causalidad ‘verdadera’ pero en cambio ‘doble’ imputación objetiva Luzón Peña, ‘Kausalität’ (2018), 520 ss.; para un enfoque normativo también Gómez-Aller, ‘Omissions’ (2008), 429–30, 444; desde una perspectiva internacional también Kolb, ‘Droit’ (2012), 195, 202–203 (‘imputation par le droit’, ‘considérations normatives’).

¹¹ Cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 8–15 (posibilidad material de actuar como prerequisite de la omisión) [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 8–15]; Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 4, 65; para una ‘defensa de imposibilidad’ desde una perspectiva del *common law* Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 122–4.

¹² Cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 3 (argumentando que desde una perspectiva político-criminal —en contraste con un concepto ontológico de acción— tanto el agente activo como el pasivo pueden tomar la decisión de violar un determinado interés jurídico y solo esta decisión es determinante) [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 3].

una perspectiva normativa hay resultados que pueden ser vistos como el producto de omisiones, a saber, cuando la no-realización de un acto produce un daño a intereses jurídicos.¹³ En consecuencia, la responsabilidad penal no se basa en un acto sino en una comprensión de la conducta que abarca tanto los actos como las omisiones.¹⁴ La relevancia de la distinción se limita, por lo tanto, a la cuestión que surge si nos enfocamos en la manifestación que encarna la conducta respectiva cuando conceptualizamos la responsabilidad del agente, es decir, como acto u omisión;¹⁵ en cualquier caso, en ambos supuestos puede surgir la responsabilidad penal.

La perspectiva puede cambiar si dirigimos nuestra atención al *agente responsable* antes que al resultado dañoso. Normalmente no tratamos a la acción como algo equivalente a la no-acción. De hecho, nuestra intuición moral distingue entre ellas.¹⁶ Por eso, una persona que realiza un injusto activamente, por ejemplo, matando mediante un disparo, generalmente parece ser más reprochable que una persona que solo deja que la muerte ocurra, por ejemplo, no interviniendo para impedir que otro se ahogue. Ya he expresado ese desequilibrio *supra* al agregar la palabra 'solo' entre paréntesis: en la segunda alternativa de nuestro ejemplo, A 'solo' omitió actuar. Sin embargo, un examen más detenido de la distinción acto/omisión que *prima facie* parece intuitivamente convincente, revela que muchas de sus aparentes implicancias son erróneas. Tómese, por ejemplo, el argumento ya discutido críticamente según el cual los actos y las omisiones son diferentes: aunque desde una perspectiva naturalística esto es cierto, ello no implica la conclusión normativa de que las omisiones nunca sean moralmente incorrectas *per se*, o menos incorrectas que las acciones.¹⁷ Desde luego dejar que alguien muera es un injusto más grave que abofetear a alguien. Sin embargo, el fundamento de ese juicio normativo respecto a esas dos clases de conducta no es su forma, como acto u omisión, sino la *gravedad del daño* que proviene de ellas. Si el daño fuera idéntico —compárese el disparar mortalmente a alguien con dejarlo ahogarse— y el omitente tuviera la obligación de impedir el daño, entonces nuestro juicio normativo sobre la ilicitud de cada clase de conducta también debería ser el mismo. En otras palabras, la relevancia de la diferenciación no radica en la distinción (naturalística) entre

¹³ Cf. Ashworth, *Principles* (2013), pp. 111-2; Horder, *Principles* (2016), pp. 129-30.

¹⁴ Véase también la definición del MPC en § 2.01(1) MPC: 'conducta' que abarca 'acto' y 'omisión'.

¹⁵ Sobre la distinción entre acto y omisión en ese sentido véase Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 69 ss. [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 69 ss.]; Weigend, '§ 13' (2007), nm. 5 ss.; Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 57-61; también Horder, *Principles* (2016), pp. 117-8; Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 83-4.

¹⁶ Para una discusión crítica véase Simester, *Theory* (1995), pp. 311 ('la diferencia moral entre empeorar y no mejorar las cosas ...'), 321 ss.; contra una equivalencia también Duff, *Answering* (2007), ss. 113-4; Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 31, 78.

¹⁷ Contra la 'pretensión de significación moral' véase Feinberg, *Harm* (1984), pp. 166-72, 186.

acto y omisión, sino en el estatus normativo de la clase de conducta que está en juego,¹⁸ y en la gravedad del daño producido por ella.¹⁹ Además, incluso si uno sostiene que el omitente es menos responsable/culpable que el agente activo, él o ella todavía pueden ser responsables/culpables, aunque en un grado menor, ‘secundario’,²⁰ especialmente en los casos de simple omisión de socorro (analizados más detalladamente *infra*).

II. Dos formas de omisión: omisión propia y comisión por omisión

De las consideraciones anteriores se desprende que los delitos de omisión pueden aparecer en dos formas diferentes: como un delito de la parte especial (un delito especial, establecido legalmente), que hace punibles ciertas omisiones, o como comisión por omisión basada en una norma de la parte general.²¹ En el primer caso se crea un delito propio (genuino, auténtico o separado) de pura omisión (*délit de pure omission*;²² *echtes Unterlassungsdelikt*); el clásico delito de omisión de socorro —no asistir bajo ciertas circunstancias a otros ciudadanos en una situación de necesidad, en particular, si esa asistencia es posible sin tener que asumir un riesgo irrazonable— es tal vez el ejemplo más importante de esa omisión pura,²³ aunque no sea en modo alguno el único.²⁴

¹⁸ Tadros, *Responsibility* (2005), pp. 188–90, 208.

¹⁹ Feinberg, *Harm* (1984), p. 140.

²⁰ Cf. Tadros, *Responsibility* (2005), p. 196, quien habla de ‘secundaria antes que primariamente responsables’.

²¹ Sobre esa base especialmente Kaufmann, ‘Gleichstellung’ (1961), 173-5 ha argumentado que los delitos de omisión legales son siempre escritos (codificados en la parte especial) mientras que los delitos de comisión por omisión son no-escritos, aunque no como formas (inversas/negativas) de comisión sino como *delicta sui generis*.

²² También llamados a veces ‘*délit d’omission simple*’ o ‘*vraies infractions d’omission*’, véase por ejemplo Pradel, *Comparé* (2016), p. 76.

²³ Véase, por ejemplo, el artículo 223–6 del Código Penal francés (‘Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l’intégrité corporelle de la personne s’abstient volontairement de le faire est puni... Sera puni... quiconque s’abstient volontairement de porter à une personne en péril l’assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.’) y el § 323c Código Penal Alemán (‘Strafgesetzbuch’, ‘StGB’: ‘Quien en caso de accidentes, peligro común o emergencia no presta ayuda a pesar de ser necesario y esperable según las circunstancias, especialmente si es posible sin un peligro propio significativo y sin lesión de otros deberes importantes, será castigado con prisión de hasta un año o multa’). Véase también el Artículo 195 del Código Penal de España (‘Código Penal’) (*De la omisión del deber de socorro*), el Artículo 593 del Código Penal de Italia (‘Codice Penale’) (*Omissione di soccorso*) y el Artículo 162 § 1 del Código Penal de Polonia (‘Kodeksu Karnego’). Para una visión general véase también Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 137-8; Wittmann, ‘Hilfeleistung’ (2017), 367-9.

²⁴ Véanse, por ejemplo, los siguientes delitos de omisión propia en el StGB: § 123 alt. 2 (‘permanece allí sin autorización’), § 138 (‘omisión de denunciar delitos planeados a las

En el caso de la comisión por omisión, una disposición de la parte general²⁵ define los requisitos en virtud de los cuales los delitos de conducta activa pueden ser cometidos a través de una omisión que cause un resultado ('delito de omisión inauténtico' o 'impropio', *délit de commission par omission, unechtes Unterlassungsdelikt*). Esta clase de omisión puede ser entendida como la otra cara de una conducta activa (por ejemplo, matar, agredir, etc. mediante un acto o una omisión).²⁶ En esencia, más allá de la distinción formal entre estas dos formas de omisión, la diferencia concierne al objeto de atribución (*imputatio*): mientras que en el caso de un delito impropio de omisión se responsabiliza al agente por el resultado no impedido (por ejemplo, no haber impedido la muerte de su hijo), en el primer caso (delito propio de omisión) el agente es responsabilizado por no realizar la conducta socialmente esperada y legalmente codificada (por ejemplo, ayudar a una persona necesitada),²⁷ fundamentada en el incumplimiento de los niveles de cuidado o diligencia socialmente esperados.²⁸

autoridades'), § 142 (2) ('no ... hace posible estas determinaciones de modo inmediatamente posterior'); véase también Gómez-Aller, 'Omissions' (2008), 426-9.

²⁵ Repárese en que también hay disposiciones de la parte especial que criminalizan resultados ocasionados por una omisión, por ejemplo, el § 225 (1) StGB (dañar a una persona descuidando el deber especial de protección).

²⁶ Respecto a esta teoría inversa véase, por ejemplo, Stuckenberg, 'Causation' (2014), 479; previamente Schmitt, 'Unterlassungsdelikte' (1959), 432-3; Jescheck, 'Probleme des Unterlassungsdelikts' (1993), 120-1; pero véase crit. Kaufmann, *Dogmatik* (1959), pp. 241 ss. (con relación a los delitos de omisión propia).

²⁷ Harzer, *Situation* (1999), pp. 84, 88, 192 ss. habla en ese sentido (con relación al delito de omisión de socorro del § 323c) de una 'Gefährdungsabwendungspflicht-/tendenz', que es un deber/una tendencia a impedir el peligro resultante; en sentido similar Kühl, 'Solidaritätsbegriff' (2013), 96 (deber de asistir, no de impedir el resultado dañoso); sin embargo, defendiendo un deber de impedir el resultado dañoso, aunque con carácter excepcional, incluso en casos de delitos de omisión propia, especialmente en el delito de omisión de socorro (§ 330c StGB antigua versión) Herzberg, *Unterlassung* (1972), pp. 22-6; la misma visión respecto al § 330c en Kaufmann, 'Gleichstellung' (1961), 173.

²⁸ Sobre la distinción clásica entre el deber de impedir el resultado dañoso y el deber de realizar cierta conducta cf. Jescheck, 'Unterlassungsdelikte' (1965), 122 (con referencias a otras jurisdicciones); id., 'Probleme des Unterlassungsdelikts' (1993), 118-9; para una discusión crítica de las diferentes teorías delimitadoras cf. Herzberg, *Unterlassung* (1972), pp. 21 ss. (simpatizando con la teoría aquí defendida); Kahlo, *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* (1990), pp. 26 ss. (haciendo hincapié en la equivalencia del resultado causado por la omisión en el caso de los delitos impropios de omisión y, consecuentemente, considerando a la comisión por omisión como un problema de la 'causalidad por omisión').

Mientras que esta doble distinción prevalece, a pesar de ciertas controversias²⁹ en las jurisdicciones del derecho continental,³⁰ en las jurisdicciones del *common law* ella es en el mejor de los casos reconocida,³¹ aunque no aceptada completamente. De hecho, muchos autores del *common law* no distinguen claramente entre delitos de omisión impropios y propios, como se establece arriba³² —lo que puede estar relacionado con la notoria ausencia de estos últimos, especialmente de los delitos de omisión de socorro.³³ En cualquier caso, desde la perspectiva tradicional del *common law* la discusión gira en torno al establecimiento de un deber de actuar, que parece ser visto como una excepción a la regla general de ‘ausencia de un deber’ (*no duty*), con base en lo cual se rechaza una

²⁹ Así, por ejemplo, la yuxtaposición alemana ‘echt-unecht’ ha sido criticada (cf. Schmidhäuser, ‘Unterlassensbegriffe’ (2001), 761; Harzer, *Situation* (1999), pp. 83-4; Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 16; Freund, ‘§ 13’ (2016), nm. 60), pero al menos el calificativo ‘unecht’ puede ser razonablemente entendido como una *commission par omission* dentro del ámbito de aplicación del § 13 StGB (conc. en ese sentido también Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 60 *in fine*). Crit. también Fletcher, *Rethinking* (1978), p. 422, np. 8 (rechazando la distinción como confusa).

³⁰ Para las jurisdicciones de habla alemana, véase Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 16 ss. [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 16 ss.]; Jescheck y Weigend, *Strafrecht* (1996), pp. 605-8; respecto a Francia, véase Pradel, *Général* (2016), pp. 346-7 (pero nótese que la responsabilidad por ‘*commission par omission*’ no es reconocida, *infra* n. 49 y texto principal); para las jurisdicciones de habla española, véase Muñoz Conde y García Arán, *Derecho* (2015), pp. 254 ss.; Mir Puig, *Derecho* (2016), pp. 321 ss.; para las jurisdicciones de habla portuguesa, véase Dias, *Direito* (2007), p. 913; para Italia, véase Pulitanò, *Diritto* (2017), pp. 205 ss. Desde una perspectiva comparada, véase Pradel, *Comparé* (2016), pp. 76-8; desde una perspectiva del derecho penal internacional, véase Duttwiler, ‘Liability’ (2006), 4 ss. Para una tercera categoría de ‘omisiones de gravedad media’ u ‘omisiones puras de un deber especial de actuar’, véase también Silva Sánchez, ‘Omisión’ (2000), 153 ss.; id., ‘Dreiteilung’ (2011), 641 ss.; conc. Gómez-Aller, ‘Omissions’ (2008), 421-2, 446-51.

³¹ Véase Fletcher, ‘Irrelevance’ (1994), 1447 ss. (comisión por omisión vs. delitos de falta de actuación); id., *Rethinking* (1978), p. 422; id., *Concepts* (1998), p. 46; Duff, *Answering* (2007), p. 108 (‘comisión por omisión’ y ‘mera’ omisión); conc. Allen, *Textbook* (2017), p. 40; véase también Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 46 ss. (distinguiendo entre delitos de mera/pura omisión y delitos de omisión que causan un resultado); Robinson, ‘Liability’ (1984), 101-2 que organiza todo su trabajo en torno a la distinción, y Ashworth, ‘Liability’ (1989), 433 que distingue entre ‘delitos de falta de realización de ciertos actos requeridos’, ‘delitos expresados en términos de actos, para los cuales pueden bastar omisiones’, y, como una tercera categoría intermedia, ‘delitos híbridos de acto-omisión’ (por ejemplo, conducir sin licencia o sin el debido cuidado).

³² Véase por ejemplo Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2012), p. 227 (discutiendo si el acusado en Pope podía ‘ser condenado por homicidio criminal’ con fundamento en una disposición de mal samaritano y de este modo equiparando un delito de mera omisión de socorro con la comisión por omisión), quienes, sin embargo, ahora están a favor de una disposición de buen samaritano, v. Kadish, Schulhofer and Steiker, *Criminal Law* (2017), 243-4; Klotter y Pollock, *Criminal Law* (2013), p. 51 (discutiendo ambos en el ámbito de los deberes legales).

³³ Sobre la predominante ausencia de ‘disposiciones del mal samaritano’ *infra* n. 45 con texto principal.

responsabilidad general por una falta de actuación.³⁴ En el mejor de los casos, una distinción entre ilicitud y reprochabilidad podría implicar diferentes niveles de castigo, donde la simple omisión de socorro recibiría el castigo más leve.³⁵ De todos modos, la posibilidad de una comisión por omisión punible ya era reconocida en el siglo XIX,³⁶ aunque el razonamiento se encontraba más bien en línea con el enfoque lingüístico de la jurisprudencia inglesa, sobre lo cual se discutirá *infra*.³⁷

En el caso de un delito de *omisión propia*, se responsabiliza al agente por haber cumplido con la conducta tal como es definida en el delito pertinente. En otras palabras, la conducta penal relevante es definida completamente en el respectivo delito. Muchos de esos delitos propios de omisión pueden ser encontrados en las leyes penales, tanto en las jurisdicciones del derecho continental como en las del *common law*.³⁸ Ellos pueden ser identificados buscando la conducta *omisiva* en la definición del delito. La responsabilidad más amplia en ese sentido es la generada por los ya mencionados delitos generales de omisión de socorro. Tales delitos son bien conocidos en las modernas jurisdicciones del derecho continental,³⁹ pero han sido tradicionalmente rechazados por las jurisdicciones del *common law*,⁴⁰ especialmente en el derecho inglés,⁴¹ y también -algo sorprendente dada la gran influencia alemana allí- en China y Japón.⁴² El recurso a la parábola del 'buen samaritano'⁴³

³⁴ Sobre la visión tradicional regla-excepción véase Stewart, 'Failure' (1998), 393-4; Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 73-4.

³⁵ Distinguiendo entre cinco niveles de criminalización Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 37, 69-73.

³⁶ Véase III.2.

³⁷ Cf. Hughes (1857), tal como es citado por Smith, 'Liability' (1984), 97 (matar —asesinato u homicidio no premeditado (murder or manslaughter)— 'como la consecuencia directa de la ...omisión de cumplimiento de un deber ...').

³⁸ Respecto a Alemania, véase Bosch, 'Vorbemerkung', (2019), nm. 134 con una enumeración de los delitos pertinentes (respecto a Francia, véase Leroy, *Général* (2010), pp. 185-6 de acuerdo con quien el Código Penal ('Code Pénal', (CP)) prevé solo seis delitos genuinos de omisión (Artículos 223-6 (1), (2) y Artículos 223-7, 227-5, 434-1, 434-11). Si bien esto puede ser controvertido, al ser una cuestión de interpretación, (por ejemplo, Bouloc y Matsopoulou, *Droit* (2016), p. 103, también se refieren al Artículo 434-3 CP), en cualquier caso hay solo algunos de esos delitos en el CP. Respecto a Inglaterra/Gales, véase por ejemplo, Allen, *Textbook* (2017), pp. 40-1; respecto a EEUU, véase Stewart, 'Failure' (1998), 406 ss.

³⁹ Véase ya Maihold, 'Nothilfepflicht' (2013), 137-8; Wittmann, 'Hilfeleistung' (2017), 367-9.

⁴⁰ Cf. Feldbrugge, 'Samaritans' (1965), 630 ss.; Stewart, 'Failure' (1998), 387-8, 392-4, 407; Schiff, 'Samaritans' (2005), 77 ss. (con un análisis comparativo del derecho alemán, francés, español e italiano, entre otros); véase también Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2017), pp. 238-45; Kaplan, Weisberg y Binder, *Criminal Law* (2017), p. 128.

⁴¹ Cf. Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 39-40; id., 'Liability' (1989), 424-30; id., 'Retungspflicht' (2013), 115 ss.

⁴² Cf. Wittmann, 'Hilfeleistung' (2017), 363-5.

⁴³ El término se remonta a la parábola del *buen samaritano* relatada en Lucas 10:25, 30-4: 'Un hombre bajaba de Jerusalén a Jericó, cuando fue atacado por ladrones. Lo des-

muestra los matices religiosos y moralistas del debate: mientras que el ‘mal’ samaritano no asiste a otro que se encuentra en una situación de necesidad, el ‘buen’ samaritano cumple con la obligación moral y tal vez jurídica (de conformidad con la ley o la jurisprudencia) de ayudar.⁴⁴ En cualquier caso, por una parte, la codificación excepcional de leyes del mal samaritano en algunas jurisdicciones de EEUU⁴⁵ y, por otra, la crítica basada en principios contra tal responsabilidad penal por parte de académicos de las jurisdicciones del derecho continental muestran que la discusión no ha acabado en absoluto. De hecho, como veremos en la sección final de este trabajo, los presupuestos normativos subyacentes a ambas posturas tienen mucho en común y esta coincidencia atraviesa los límites jurisdiccionales.

pojaron de sus ropas, lo golpearon y se fueron, dejándolo medio muerto. Resulta que un sacerdote bajaba por el mismo camino, y cuando vio al hombre, pasó por el otro lado. Así también, un levita, cuando llegó al lugar y lo vio, pasó por el otro lado. Pero un samaritano, que iba de viaje, llegó a donde estaba el hombre; y cuando lo vio, se compadeció de él. Fue hacia él y vendó sus heridas, vertiendo aceite y vino. Luego puso al hombre sobre su asno, lo llevó a una posada y lo cuidó.’

⁴⁴ Curiosamente, los delitos comunes de omisión de socorro se denominan disposiciones del ‘mal samaritano’ y a veces disposiciones del ‘buen samaritano’ (para las primeras véase, por ejemplo, Feinberg, *Harm* (1984), p. 185; para las últimas, por ejemplo, Gómez-Aller, ‘Omissions’ (2008), 421). Prefiero el primer término puesto que estas disposiciones penales castigan a la persona que no se adecua al estándar del buen samaritano, esto es, al mal samaritano. Por otra parte, el término ‘disposición del mal samaritano’ es menos ambiguo puesto que las leyes del buen samaritano también pueden ser disposiciones que excluyan o limiten la responsabilidad por daños civiles causados mientras se suministra cuidado de emergencia, véase por ejemplo, Section (s.) 2305.23 Ohio Good Samaritan Law o s. 2 Ontario’s Good Samaritan Act (2001).

⁴⁵ De acuerdo con Schiff, ‘Samaritans’ (2005), 92 ss. cinco jurisdicciones de EEUU tienen leyes del ‘mal samaritano’, por ejemplo, Wisconsin en la s. 940.34 Wisconsin Statute & Annotations o Minnesota en la s. 604A.01 Minnesota Statute & Annotations; Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2017), p. 242-3 hablan de seis jurisdicciones con delitos menores; véase también Klotter y Pollock, *Criminal Law* (2013), pp. 51-2. En Canadá no hay disposiciones del ‘mal samaritano’ en el Código Penal (federal), sin embargo, la s. 2 de la Carta de Derechos Humanos y Libertades de Quebec dice: ‘Todo ser humano cuya vida esté en peligro tiene un derecho a la asistencia. Toda persona debe acudir en auxilio de cualquiera cuya vida está en peligro, ya sea personalmente o pidiendo ayuda, dándole la asistencia física necesaria e inmediata, a menos que implique un daño para sí mismo o para una tercera persona, o tenga otra razón válida.’. Además, la Canadian Law Reform Commission recomendó un delito ‘simple de socorro’ (Law Reform Commission of Canada, *Omissions* (1985), pp. 19-20: ‘... recomendaríamos la sanción legal de un deber de socorro. Esto podría hacerse de dos formas diferentes. La ley podría incluir dentro de la sección “deber” de la Parte General una disposición que cree un deber “simple de socorro” paralelo a los otros deberes allí incluidos. Alternativamente, podría prever en la Parte Especial, ..., un delito especial de omisión de provisión de socorro. En definitiva, favorecemos la segunda alternativa’). En Australia, solo la s. 155 de la Criminal Code Act of the Northern Territory of Australia contempla una regla de ‘mal samaritano’ y dice: ‘Cualquier persona que, siendo capaz de proveer rescate, resucitación, tratamiento médico, primeros auxilios o socorro de cualquier clase a una persona necesitada de urgencia y cuya vida pueda ser puesta en peligro si no es provisto, y no lo haga insensiblemente es culpable de un delito...’.

Por el contrario, la responsabilidad por *delitos de omisión impropios*, basada en una definición general de omisión,⁴⁶ es derivada de los delitos comisivos de resultado —como su reverso— y, por ende, resulta mejor aprehendida por el concepto arriba mencionado de *comisión por omisión*. Estos delitos pueden ser adecuadamente denominados ‘delitos impropios de omisión’ porque, como se explicó *supra*, son castigados como comisiones antes que como omisiones; esto es, como la otra cara del delito comisivo. El agente es responsabilizado por el resultado dañoso que no impidió. Un ejemplo clásico es el que se ha discutido *supra*: A deja que B se ahogue y sería responsable de homicidio por omisión si fuera el padre de B, es decir, si tuviera una posición de garante (protector) respecto a la vida de B (y concurrieran las otras condiciones de la responsabilidad, especialmente, la posibilidad razonable de salvar la vida de B).

Es importante destacar, sin embargo, que esta clase de responsabilidad por omisión no está exenta de controversias. En las jurisdicciones del *common law* —debido a la distinción moral entre acto/omisión⁴⁷— aquella se limita esencialmente a los clásicos delitos de resultado contra la vida y la integridad física (causar un daño especialmente grave), por ejemplo, asesinato, homicidio no premeditado y la causación de una lesión (grave) (*murder, manslaughter, (serious) injury*).⁴⁸ En las jurisdicciones del derecho continental, tal responsabilidad no goza de un apoyo sin reservas. En el derecho francés se invoca una comprensión relativamente estricta del principio de legalidad, en particular de sus componentes de *lex certa y stricta* (prohibición de analogía), los cuales son difíciles de conciliar con una definición general de omisión, para limitar así la responsabilidad por delitos de comisión por omisión.⁴⁹ Esta postura tam-

⁴⁶ Artículo 13(1) StGB alemán: ‘Quien se abstenga de evitar un resultado que pertenezca al supuesto de hecho, solo es punible en virtud de esta ley, si es jurídicamente responsable de asegurar que el resultado no ocurra, y si la omisión equivale a la realización de los elementos del supuesto de hecho legal por medio de un hacer’. En España la disposición correspondiente es el Artículo 11 CP (‘Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación’) y el Artículo 40(2) en el CP Italiano (‘Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale e cagionarlo’). Véase también el § 2 del StGB austriaco, el Artículo 2 del Kodeksu Karnego Polaco, el Artículo 10(2) del CP Portugués y el Artículo 18 del Código Penal Coreano (‘형법’) (para más ejemplos véase Duttwiler, ‘Liability’ (2006), 39–41, 43–5, incluyendo el derecho de la Sharia Islámica en 42). Sin embargo, en algunas jurisdicciones del derecho continental estos casos están cubiertos por la responsabilidad por conducta negligente, por ejemplo, en Chile (Artículo 492 CP, véase Politoff, Koopmans y Ramírez, ‘Chile’ (1999), 78s., probablemente debido a la influencia francesa (véase *infra* n. 63).

⁴⁷ *Supra* n. 16 y texto principal.

⁴⁸ Cf. Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 48-51; sobre la controversia en torno al ataque/la agresión por omisión (*assault/battery by omission*) *ibid.*, p. 77; también Smith, ‘Liability’ (1984), 98-100; Simester et al., *Criminal Law* (2016), p. 81.

⁴⁹ Cf. Pradel, *Général* (2016), pp. 346 (‘*interprétation stricte*’, Artículos 111–4 Code Pénal); Jescheck, ‘Unterlassungsdelikte’ (1965), 130-1; Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017),

bién es adoptada en Bélgica,⁵⁰ en algunas ex colonias francesas y belgas en África⁵¹ e incluso por importantes autores alemanes.⁵² Curiosamente, sin embargo, la responsabilidad general por omisiones era reconocida en el derecho consuetudinario francés (*Ancient Droit*), aunque inspirada en la religión, cuando alguien había tenido la oportunidad de impedir el acaecimiento del resultado dañoso (*'Qui peut et n'empêche, pêche'*);⁵³ en otras palabras, la no-evitación del resultado dañoso —en el sentido de un delito de omisión impropia— era el fundamento de la responsabilidad penal. A pesar de ello, el Code Pénal ('CP') de 1810 no adoptó la regla⁵⁴ y esta sigue siendo la situación de la ley al día de hoy. Si bien se reconoce ampliamente —quizás desde el famoso caso de la 'mujer encerrada de Poitiers'⁵⁵— que en el supuesto de un daño grave la '*commission par omission*' merece un reproche *moral*, al mismo tiempo existe un consenso generalizado respecto a que la responsabilidad *penal* solo puede surgir si el legislador determina de manera precisa la conducta a ser tenida en cuenta para la responsabilidad por omisiones.⁵⁶ Esto parece apuntar en la dirección de los delitos de omisión propia, excluyendo cualquier delito de comisión por omisión. De cualquier modo, el enfoque francés tiene algo de cierto dada la incertidumbre generada por una regla general de omisión impropia como la del § 13 del StGB alemán, en particular respecto al alcance preciso de los deberes de garante (abordados con

pp. 41 ss. De manera crítica respecto al principio de legalidad también Fletcher, *Concepts* (1998), 47–8; Romano, *Commentario* (2004), Artículo 40 nm. 80–1; Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 46; distinguiendo entre tres enfoques (armonizador, rechazo formal e indiferencia) al respecto Jescheck, 'Unterlassungsdelikte' (1965), 128–32 (quien está a favor de la primera postura y, por lo tanto, no ve un problema de legalidad insuperable).

⁵⁰ Cf. Hennau y Verhaegen, *Droit* (2003), p. 156; previamente Jescheck, 'Unterlassungsdelikte' (1965), 130 ss.

⁵¹ Cf. Duttwiler, 'Liability' (2006), 41.

⁵² Véase especialmente Kaufmann, 'Gleichstellung' (1961), 175–6 (argumentando que la criminalización de los delitos de omisión impropia, si bien está generalmente prevista por una norma como el § 13 StGB, viola el principio *nullum crimen*).

⁵³ 'Quien es capaz pero no impide comete un pecado', según lo afirmado por Antoine Loysel (1536–1617), véase Bouloc y Matsopoulou, *Droit* (2016), p. 212, nm. 231; también citado por Duttwiler, 'Liability' (2006), 37; Schrägle, *Unterlassungsdelikte* (2017), p. 41.

⁵⁴ Bouzat y Pinatel, *Criminologie* (1963), p. 122.

⁵⁵ En este caso (*'Séquestrée de Poitiers'*, 1901) una madre había encerrado a su hija por veinticuatro años en una habitación. El hermano, que frecuentemente visitaba la casa, fue acusado de lesiones por no detener los malos tratos de su madre contra su hermana. No pudo ser condenado por '*commission par omission*' debido a la ausencia de una regla general sobre responsabilidad por omisión (véase Schmidt-Künzel, *Unterlassungsdelikte* (1971), pp. 136 ss.; Bell, Boyron y Whittaker, *Principles* (2008), p. 215; desde un enfoque novelístico, véase Gide, *Séquestrée* (1930)).

⁵⁶ Cf. por ejemplo Mayaud, *Droit* (2018), p. 207 ('C'est au législateur de déterminer, dans sa souveraineté, et au nom des contraintes qui pèsent sur lui en termes de légalité et de prévisibilité, quel type de comportement mérite d'être pris en compte pour une infraction déterminée').

más detalle *infra*).⁵⁷ Así, Bouzat y Pinatel acentúan la diferencia entre un juicio moral y la responsabilidad penal del omitente y sostienen, en particular, que la prueba de la necesaria '*intention mauvaise*' sería con frecuencia muy '*délicate*', es decir, sería demasiado difícil de probar.⁵⁸ En una línea más filosófica, Desportes y Le Gunehec sostienen que el enfoque francés se basa en una '*conception individualiste*'. Una consideración tan individualista implica que la decisión de intervenir para socorrer —en general y no solamente en el caso de una omisión de socorro de cualquiera— es una cuestión de conciencia extremadamente personal que no puede ser materia de regulación jurídica.⁵⁹ En el mismo sentido, Bouloc y Matsopoulou advierten que castigar cada falta de intervención voluntaria y culpable pondría en peligro la '*liberté individuelle*', pues no se podría trazar un límite estricto entre una omisión legal y una ilegal.⁶⁰ Esto nos lleva de regreso a la 'posición convencional' del *common law* tradicional (que rechaza una responsabilidad general por omisión de socorro),⁶¹ pero deja sin responder la pregunta acerca de por qué el derecho francés contiene entonces una disposición del mal samaritano en el Artículo 223-6 del Code Pénal.⁶² Además, si bien la concepción francesa individualista y legalista tiene como resultado que la comisión por omisión (intencional) sea no punible como tal, sin embargo, la conducta relevante queda cubierta por una responsabilidad general por negligencia.

⁵⁷ Para un resumen de la crítica con referencias adicionales, véase Gómez-Aller, 'Omissions' (2008), 426–9.

⁵⁸ Bouzat y Pinatel, *Criminologie* (1963), p. 122 ('La preuve de l'intention mauvaise y est en effet particulièrement délicate. . . . il est aisé de voir que celui qui refuse de sauver l'homme qui se noie peut toujours dire qu'il a été pris d'un malaise, d'une crampe subite, et qu'il lui était impossible de se jeter à l'eau. Comment faire la preuve contraire?').

⁵⁹ Desportes y le Gunehec, *Droit* (2009), p. 398 ('Le législateur du XIX^e siècle considèrerait que l'obligation d'aider son prochain devait être laissée à la conscience de chacun, qu'elle relevait de la responsabilité morale et non de la responsabilité pénale').

⁶⁰ Bouloc y Matsopoulou, *Droit* (2016), pp. 103s. ('Certains voudraient que l'on aille plus loin et qu'un texte général permette de frapper toutes les abstentions coupables volontaires. À notre avis, un tel texte serait dangereux, car il serait très difficile de savoir où faire commencer l'inaction coupable. Sans doute, il n'y pas de droit à l'égoïsme ou à l'indifférence, mais ce serait dangereux pour la liberté individuelle que exiger de manière générale et vague, et sous sanction pénale, un esprit d'initiative de la part des citoyens, sans préciser exactement dans quels cas ces initiatives peuvent être exigées et leur absence entraînerait des sanctions pénales').

⁶¹ Véase *supra* n. 41 y texto principal.

⁶² El Art. 223-6 CP contiene dos párrafos que distinguen entre la omisión de impedir un delito contra la integridad corporal de una persona (párr. 1) y la omisión de asistir a una persona en peligro (párr. 2). Además, el Art. 223-5 castiga la obstaculización de la ayuda a una persona en peligro y el Art. 223-7 la omisión de adoptar medidas contra un desastre natural que ponga en peligro a las personas; véase también Rebut, *Omissions* (2017), nm. 16. Sobre los orígenes en la ocupación alemana durante la Segunda Guerra Mundial Vranken, 'Duty' (1998), 937.

cia⁶³ (resultado), o por uno o varios delitos de omisión propia del CP.⁶⁴ Así, por ejemplo, nuestro caso de homicidio caería bajo el delito común de omisión de socorro.⁶⁵

III. Comisión por omisión: El deber de actuar y su fundamento

La supuesta diferencia moral entre acción y omisión es la razón por la cual la responsabilidad por omisión siempre depende de un deber jurídico de actuar que, a su vez, se basa en una expectativa normativa prejurídica. En otras palabras, el deber jurídico convierte una expectativa preexistente en una obligación jurídica. En principio, esto es cierto tanto para los delitos de omisión propia como para los delitos de omisión impropia (*comisión por omisión*), pero en este último caso, la equivalencia con la respectiva conducta activa y la imputación del resultado dañoso no evitado requieren un deber jurídico de actuar especialmente exigente, expresado como *Garantenpflicht*, *deber de garante* u *obbligo di garanzia* en jurisdicciones no angloparlantes relevantes.⁶⁶ La persona que tiene tal deber puede ser llamada ‘garante’ (*Garant* en alemán, *garante* en italiano, *guarantor* en inglés); él/ella tiene la respectiva posición (*Garantenstellung*,

⁶³ En el caso de la conducta negligente, el acto y la omisión son tratados del mismo modo y solo importa el resultado dañoso, cf. Véron, *Droit* (2015), p. 96; Mayaud, *Droit* (2018), pp. 207-8; véase también Duttwiler, ‘Liability’ (2006), 38. Esto se corresponde con el derecho canadiense, véase *infra* n. 99-101 y el texto principal.

⁶⁴ Cf. Pradel, *Général* (2017), pp. 345-7; Debove y Falletti, *Précis* (2016), pp. 115-6; véase también Elliot, *French* (2001), p. 61; Jescheck, ‘Unterlassungsdelikte’ (1965), 144-6; id., ‘Probleme des Unterlassungsdelikts’ (1993), 116; Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 151-2 (demostrando que la responsabilidad por omisión de socorro asume en parte la función de una responsabilidad por omisión impropia).

⁶⁵ Artículo 223-6 CP, véase ya *supra* n. 39; cf. Pradel y Danti-Juan, *Droit* (2017), p. 52. Esta disposición, sin embargo, prevé una sanción mucho más baja que el delito análogo de omisión impropia, por ejemplo, los §§ 212, 13 StGB (donde la sanción es tomada del delito principal).

⁶⁶ El requisito de deber parece haber sido mencionado por primera vez a comienzos del siglo XIX por el autor alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach en su manual de derecho penal, véase von Feuerbach, *Lehrbuch* (1803), § 24 pp. 24-5, con referencia a Winkler, *Dissertation* (1776): ‘So ferne ein anderes Subject ein Recht auf wirkliche Aeusserung unsrer Thätigkeit hat, in so ferne giebt es Unterlassungsverbrechen (*del. omissio-nis*, im Gegensatz zu *del. commissionis*). Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht; so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen *besonderen Rechtsgrund*, (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur *Begehung* begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher.’ [‘En tanto y en cuanto otro sujeto tenga un derecho a una expresión real de nuestra actividad, en tal medida hay un delito de omisión (*del. omissio-nis*, por oposición a *del. commissionis*). Como, sin embargo, la obligación original del ciudadano solo se dirige a omisiones; entonces un delito de omisión siempre presupone una *razón jurídica especial* (ley o contrato), por medio de la cual se fundamenta la obligación de actuar. Sin esta última nadie puede transformarse en delincuente por omisión’, énfasis del autor].

posición de garante, posizione di garanzia), que, de alguna manera, es la otra cara del respectivo deber.

Aunque la fundamentación filosófica y teórica de tal deber de actuar es posiblemente el tema más difícil y polémico de la denominada parte general del derecho penal,⁶⁷ se encuentra ampliamente aceptado que este deber especial ha de existir para compensar la distinción entre acto y omisión en los casos de omisión impropia, es decir, de responsabilidad por el resultado dañoso no evitado. Sólo entonces puede ser justificada la equivalencia normativa entre la causación activa del daño y la falta de evitación de ese mismo daño y este último resultado imputado al agente como una omisión *punible*. De otra manera, en ausencia de tal deber, la mera inacción no equivale a una comisión por omisión, aunque, en el mejor de los casos, puede constituir el fundamento de la responsabilidad por una omisión propia.⁶⁸

1. Deberes de garante en el derecho continental

La doctrina moderna de las jurisdicciones del derecho continental hace referencia a dos conjuntos de obligaciones como fundamentos de tal deber: por un lado, este es impuesto a personas con una responsabilidad especial respecto a ciertas fuentes de peligro (por ejemplo, productos peligrosos o plantas industriales) que implica un *deber de supervisarlas y asegurarlas* (*Überwachungs-/Sicherungspflicht*); es decir, son ‘garantes supervisores’. Por otro lado, se impone un deber a personas que, debido a su especial posición protectora respecto a ciertos intereses jurídicos (por ejemplo, los padres respecto a sus hijos o el director bancario respecto a los activos de los clientes del banco) poseen un *deber protector* respecto a ellos (*Schutz-/Obhutspflicht*); es decir, son ‘garantes protectores’.⁶⁹ Esa

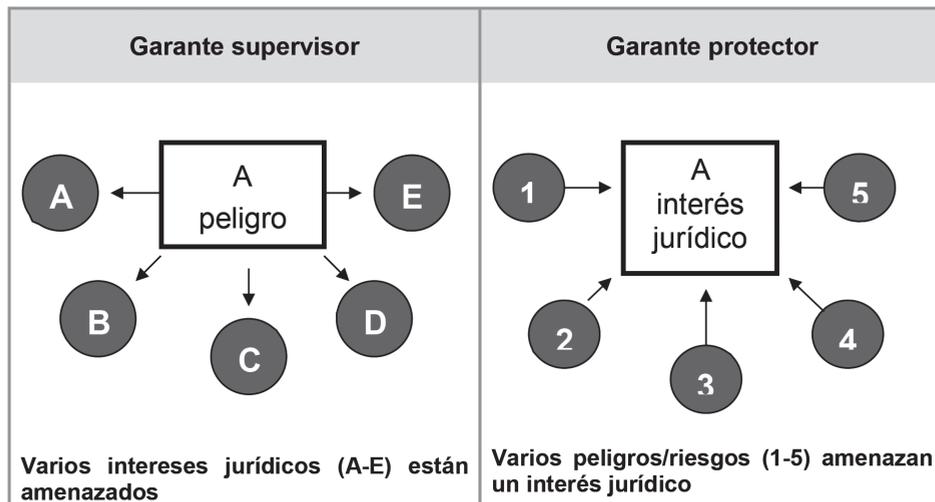
⁶⁷ Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 2 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 2], quien habla del ‘capítulo aún hoy más discutido y oscuro en la dogmática de la parte general’; véase también Jakobs, *Strafrecht* (1993), p. 799 (‘... una de las tareas más difíciles de la dogmática de la parte general...’). En sentido similar; véase de la Torre y Arroyo Zapatero, *Derecho* (2016), p. 268, también Demetrio Crespo, ‘Tipo omisivo’ (2015), 179 (citando a Roxin). Respecto a la menos elaborada teoría anglo-americana, véase Husak, *Philosophy* (1987), p. 83, que de manera más general afirma que ‘las omisiones, o las faltas de actuación, constituyen uno de los tests más desconcertantes del requisito de *actus reus*’. Para una discusión temprana, véase Kirchheimer, ‘Criminal Omissions’ (1942), 621–36.

⁶⁸ Feinberg, *Harm* (1984), pp. 161–2; Ashworth, ‘Liability’ (1989), 434 (afirmando que el deber de actuar debe haber sido establecido en primer lugar ‘antes de que incluso sea adecuado hablar de una omisión’). Véase también Cassese, ‘Liability’ (2013), 180; Berster, *Unterlassungsverantwortlichkeit* (2008), p. 113; Roxin, *Strafrecht* (2003), § 31 nm. 5 ss. [id., *Derecho Penal* (2014), § 31 nm. 5 ss.].

⁶⁹ Este doble enfoque se remonta a Kaufmann, *Dogmatik* (1959), pp. 283-4; conc. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 17 ss. [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 17 ss.]; Jescheck, ‘Probleme des Unterlassungsdelikts’ (1993), 124-5, 128 (con una propuesta legis-

misma distinción en dos clases se hace en la doctrina italiana, portuguesa y española.⁷⁰ Este enfoque puede ser presentado gráficamente como sigue:

Tabla 1: Fundamentación dualista del estatus y de los deberes de garante



Este enfoque dualista tiene una importante función clasificatoria y de sistematización, pero no da cuenta de manera acabada de los fundamentos subyacentes a los deberes de garante. Por ejemplo, aunque un padre tiene indudablemente un deber jurídico de proteger a su hijo (como garante protector) la razón más profunda que subyace a este deber es la especial relación de cuidado que es típica de esta clase de relación familiar. Estas razones más profundas que justifican los deberes de garante han sido la preocupación de la doctrina alemana desde que en el comienzo del siglo XIX Anselm von Feuerbach exigiera un deber jurídico específico (basado en ley o contrato),⁷¹ y esto fuera complementado cerca de 100 años después con el descubrimiento de la posición de garante por parte

lativa basada en este enfoque); para un análisis crítico reciente Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 62 ss.

⁷⁰ Respecto a Italia, véase Romano, *Commentario* (2004), Artículo 40 nm. 58 ss.; Putilanò, *Diritto* (2017), pp. 210 ss.; respecto a Portugal, véase Dias, *Direito* (2007), pp. 938 ss.; respecto a España, véase Muñoz Conde y García Arán, *Derecho* (2015), p. 266 ss.; Mir Puig, *Derecho* (2016), pp. 328 ss.; para un enfoque diferente, más normativo, véase Silva Sánchez, *Estudios* (2004), pp. 231-2, 247 ss.

⁷¹ Von Feuerbach, *Lehrbuch* (1803), § 24 pp. 24-5; sobre la historia de la doctrina alemana cf. Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 13 ss.

de Johannes Nagler.⁷² Desde entonces, una serie de teorías han sido elaboradas por parte de autores alemanes.⁷³ De acuerdo con las teorías del dominio/control (*Herrschaftslehren*) más plausibles, todos los deberes de garante tienen como punto de partida común que el resultado criminal producido por la omisión relevante es imputado al garante debido a su control sobre el evento dañoso pertinente, es decir, debido a su “*Kontrollherrschaft*” (dominio por control).⁷⁴ El garante es capaz de impedir el consiguiente resultado debido a su control sobre la fuente del peligro y/o el desamparo del interés jurídico o de la víctima.⁷⁵

El concepto de ‘*Kontrollherrschaft*’ se presenta como el reverso de la teoría del control/dominio del hecho (“*Tatherrschaft*”) aplicable a los casos de conducta activa, es decir, en ambos casos —acto y omisión— la imputación del resultado dañoso se basa en el control sobre el o los evento/s causal/es relevante/s.⁷⁶ Sin embargo, el concepto solo opera —tanto respecto a la conducta activa como a la omisión— como un principio guía⁷⁷

⁷² Nagler, ‘Begehung’ (1938), 59-63 (refiriéndose explícitamente al omitente como ‘Garanten für den Nichteintritt des Erfolges, dem es mithin obliegt, rechtsfeindliche Energien unschädlich zu machen.’ [‘garante de la no-ocurrencia del resultado que consecuentemente está obligado a hacer inocuas las energías hostiles al derecho’]).

⁷³ Véase, por ejemplo, Jakobs, *Strafrecht* (1993), pp. 800 ss. (deberes en virtud de la competencia organizacional [Organisations-zuständigkeit] y en virtud de la competencia institucional [institutioneller Zuständigkeit] y Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 24 (triple enfoque: asunción de responsabilidad, creación de peligro y control sobre ciertos riesgos). Para una explicación histórica de las diferentes teorías desde el comienzo del siglo XIX cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 1–32 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 1–32]; para un análisis reciente, profundo y crítico Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 51 ss. (que desarrolla —con fundamento en una comprensión innovadora de la estructura de la comisión por omisión [pp. 166 ss.]— una tipología de cinco clases de deberes de garante —asunción/asignación de ciertas tareas [Aufgabengarantie], ciertas áreas del tráfico jurídico [Verkehrsgarantie], responsabilidad por peligros/riesgos [Gefahrenverantwortungsgarantie], cuidado y supervisión [Sorge- und Beaufsichtigungsgarantie] y ciertas comunidades cercanas [Gemeinschaftsgarantie] [pp. 272 ss.]— y realiza una propuesta legislativa concreta [pp. 320 ss.]); para una reseña véase Ambos, ‘Review’ (2017).

⁷⁴ Esta teoría ha sido desarrollada originalmente por Schönemann, *Unterlassungsdelikte* (1971), pp. 231 ss. (dominio ‘sobre el fundamento del resultado’); más recientemente id., ‘Garantenstellung’ (2009), 313-5; esencialmente conc. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 17 ss. (19: distinguiendo entre ‘dominio de protección’ (‘Schutzherrschaft’) y ‘dominio de aseguramiento’ (‘Sicherungsherrschaft’)) [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 17 ss.]; en sentido similar, enfocándose en el control sobre las fuentes de peligro, véase Gómez-Aller, ‘Omissions’ (2008), 434-43.

⁷⁵ Schönemann, *Unterlassungsdelikte* (1971), pp. 294-5, 323-33 (control sobre la fuente de peligro, por ejemplo personas, como causa relevante del resultado dañoso) y pp. 334-58 (control sobre el desamparo del interés jurídico/víctima); también id., ‘Garantenstellung’ (2009), 314. Para una crítica véase, por ejemplo, Brammsen, *Garantenpflichten* (1986), pp. 74-6.

⁷⁶ Véase también Schönemann, ‘Garantenstellung’ (2009), 314.

⁷⁷ Esto siempre ha sido reconocido por Roxin con relación a la conducta activa (Roxin, *Strafrecht* (2003), § 25 nm. 17 [id., *Derecho Penal* (2014), § 25 nm. 17]) y a la omisión (ibid., § 32 nm. 21 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 21]). Sin embargo, esto es ignorado

y, en consecuencia, necesita una determinación más precisa.⁷⁸ Esto implica inevitablemente un enfoque casuístico en virtud del cual sean desarrollados grupos de casos pertenecientes a los deberes de protección o a los deberes de supervisión. No podemos entrar aquí en detalles, sino tan solo resumir en la siguiente tabla los subgrupos reconocidos.⁷⁹

Tabla 2: Subgrupos de fuentes de deberes de garantía

Garante supervisor	Garante protector
(1) control/supervisión de fuentes de peligro dentro del propio ámbito de organización (por ejemplo, dueño de la empresa)	(1) relaciones familiares u otras relaciones cercanas (por ejemplo, padres/hijos; esposo/esposa)
(2) responsabilidad por la conducta ilegal de terceros (padres/hijo, empleador/empleado)	(2) comunidad cercana/relación en situaciones de emergencia/peligro (por ejemplo, escaladores de montaña)
(3) conducta previa (ilegal) (“Ingerenz”, por ejemplo, causar un accidente)	(3) asunción voluntaria de un deber de cuidado (por ejemplo, cuidado de niños)
	(4) deberes oficiales con fundamento en un cargo oficial (por ejemplo, la policía)

2. Deberes especiales en el common law

El derecho inglés ha reconocido, al menos desde el comienzo del siglo XIX, que una omisión puede ser punible si había un deber jurídico (legal o contractual) de evitar el posible resultado dañoso.⁸⁰ James

por los críticos, por ejemplo, Maiwald, ‘Unterlassungsdelikte’ (1981), 480-1; Brammsen, *Garantenpflichten* (1986), pp. 75-6; Pawlik, *Unrecht* (2012), p. 182.

⁷⁸ Para un intento de determinación más precisa con relación al ‘dominio, adquisición del dominio y pérdida del dominio’ (‘Herrschaft, Herrschaftserwerb und Herrschaftsverlust’) véase Schünemann, ‘Garantenstellung’ (2009), 292-302.

⁷⁹ Para un tratamiento detallado véase Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 33 ss. [íd, *Derecho Penal* (2014), §32 nm. 33 ss.]; Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 25 ss.; también Schrägle, *Unterlassungsdelikte* (2017), pp. 51 ss.

⁸⁰ Cf. ‘*Rex v. John*’ (1825), 20-2 (omisión de proveer suficiente alimento, descanso etc. al niño aprendiz recibido en la casa con consecuencias serias para la salud como ‘delito perseguible’ si la persona receptora estaba ‘obligada a proveerlos por deber o contrato, si tal niño ... es de corta edad e incapaz de proveérselos por sí mismo.’). Para el desarrollo histórico véase Jescheck, ‘Unterlassungsdelikte’ (1965), 120-1; Schrägle, *Unterlassungsdelikte* (2017), pp. 33 ss.

Stephen reafirmó el concepto de deber jurídico a fines del siglo XIX⁸¹ y desarrolló una serie de deberes de protección a la vida.⁸² En el caso de los deberes establecidos legalmente, los tribunales ingleses adoptan con frecuencia un enfoque lingüístico averiguando si la redacción del verbo de conducta puede ser interpretada en el sentido de que ella abarca omisiones.⁸³ Sin embargo, el potencial restrictivo de este enfoque se ha visto diluido en gran medida por una jurisprudencia que generalmente interpreta verbos de conducta tales como ‘destruir’, ‘dañar’, ‘falsear’ o ‘engañar’ de un modo que abarca tanto actos como omisiones;⁸⁴ incluso en algunos casos el término ‘acto’ ha sido interpretado como inclusivo de una omisión.⁸⁵ En consonancia con este enfoque, la Law Commission (Comisión de Legislación) ha propuesto una definición amplia de ‘acto... como inclusiva de referencias a la omisión. . .’.⁸⁶ También recomendó la nueva redacción de algunos delitos en términos de ‘causar’ un resultado, para así ‘dejar completamente abierta a los tribunales la posibilidad de interpretar las previsiones (legales) relevantes respecto a la imposición de responsabilidad por omisiones’⁸⁷ (y empleando así un uso del término ‘causar’ incompatible con el concepto naturalista de causalidad rechazado al comienzo de este trabajo). En lo que respecta al asesinato (*murder*) y al homicidio no premeditado (*manslaughter*) por omisión, la Comisión de Legislación propuso reemplazar el término ‘matar’ en las definiciones de estos delitos (considerado como lingüísticamente inapropiado para abarcar la omisión) por el término ‘causar la muerte’.⁸⁸ De ese modo se puede reconocer ‘un principio según el cual las leyes penales deberían ser interpretadas como aplicables tanto a las omisiones como a los actos cuando pueda establecerse un deber relevante, a menos que el contexto indique otra cosa’.⁸⁹ En otras palabras, el mero recurso a limitaciones lingüísticas no puede excluir la responsabilidad por omisión si hay razo-

⁸¹ Stephen, *History* (1883), p. 10 (‘matar por omisión en ningún caso es delictivo, a menos ... que haya ‘un deber jurídico’ de impedir la muerte’).

⁸² *Ibid.*, pp. 10-1.

⁸³ La observación ha sido hecha por Williams, ‘Excuses’ (1982), 773 (que exige que los verbos ‘que impliquen conducta activa no deberían ser extendidos mediante la interpretación para incluir a las omisiones.’).

⁸⁴ Véase Smith, ‘Liability’ (1984), 95 ss. haciendo referencia, entre otros, a ‘destruir’ y ‘dañar’ como inclusivas de la comisión por omisión; Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 48 con referencias adicionales. Véase también Ashworth, *Principles* (2013), p. 99; Horder, *Principles* (2016), p. 116.

⁸⁵ Véase Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 48.

⁸⁶ Law Commission, *Criminal Code* (1989), p. 51, art. 16 (‘. . . en esta Ley las referencias a un ‘acto’, cuando el contexto lo permita, serán interpretadas como incluyendo referencias a la omisión . . .’). Sobre las discusiones de la Law Commission, véase Landes y Poser, ‘Good Samaritans’ (1978), 92 ss.; véase también Ashworth, ‘Liability’ (1989), 436.

⁸⁷ Law Commission, *Criminal Code* (1989), p. 188 párr. 7.13. Nótese que algunos delitos ya están redactados de ese modo, por ejemplo, la s. 18 Offences Against the Person Act 1861 (‘... causare cualquier daño corporal grave ...’).

⁸⁸ Law Commission, *Criminal Code* (1989), p. 188, párr. 7.13.

⁸⁹ Ashworth, ‘Liability’ (1989), 438.

nes normativas válidas, como las reflejadas en un deber de actuar, que la exijan.⁹⁰

En los EEUU, el Model Penal Code (MPC) define ‘conducta’ abarcando ‘acto’ y ‘omisión’.⁹¹ La responsabilidad por omisiones se basa o en una previsión expresa a ese efecto o en un deber jurídico de actuar,⁹² y la correspondiente capacidad para ello.⁹³ Este enfoque ha sido adoptado por varios estados.⁹⁴ Otras jurisdicciones del *common law*, por ejemplo, Canadá⁹⁵ y Nigeria,⁹⁶ entienden la comisión como inclusiva de la omisión.⁹⁷ El Código Penal canadiense castiga la causación imprudente de la muerte por medio de una omisión, incluyendo en su definición de imprudencia a la omisión en el caso de un deber de actuar⁹⁸ y previendo ex-

⁹⁰ En sentido similar Simester et al., *Criminal Law* (2016), p. 82 (‘... las convenciones lingüísticas que no reflejen distinciones o principios morales básicos no deberían primar normalmente sobre la posibilidad de responsabilidad por omisiones.’). Pero véase *R v Lowe* [1973] Q.B. 702 Court of Appeal según el cual el homicidio no premeditado por medio de un acto ilegal (manslaughter by unlawful act) no puede ser cometido por omisión.

⁹¹ La Sección 2.01(1) MPC señala que ‘[u]na persona no es culpable de un delito a menos que su responsabilidad se funde en una conducta que incluya un acto voluntario o la omisión de realizar un acto del que sea físicamente capaz’ (énfasis añadido por el autor).

⁹² La Sección 2.01(3) MPC dice: ‘La responsabilidad por la comisión de un delito no puede fundarse en una omisión no acompañada por una acción a menos que: (a) la omisión sea expresamente reputada suficiente por la ley que define el delito; o (b) un deber de realizar el acto omitido esté impuesto de otro modo por la ley’; Klotter y Pollock, *Criminal Law* (2013), p. 40 hablan incluso de un ‘error de la justicia si no hubiera una disposición sobre penas criminales contra aquellos que no actúan teniendo un deber jurídico de hacerlo’.

⁹³ Cf. Duttwiler, ‘Liability’ (2006), 34.

⁹⁴ Véanse por ejemplo, las secciones (ss). 18–109 del Código de Idaho (que define al delito como ‘un acto cometido u omitido con violación a una ley que lo prohíba o lo mande’ (énfasis añadido por el autor)) o ss. 702–203 de las Hawaii Revised Statutes (que repiten la sección 2.01(3) MPC a la que se hizo referencia *supra* n. 92). Para más ejemplos y discusión, véase Robinson, ‘Liability’ (1984), 101 con np. 1 y 103–5; véase también Duttwiler, ‘Liability’ (2006), 33–4.

⁹⁵ La Sección 21 del Código Penal de Canadá define a los intervinientes en un delito como ‘todo aquel . . . (b) que hace u omite hacer cualquier cosa con el propósito de ayudar a cualquier persona a cometer (un delito); . . .’ (énfasis añadido por el autor). La Sección 24 sobre tentativas afirma que: ‘Todo aquel que, teniendo la intención de cometer un delito, hace u omite hacer cualquier cosa con el propósito de cumplir su intención es culpable de una tentativa de cometer el delito . . .’ (énfasis añadido).

⁹⁶ La Ley del Código Penal de Nigeria en el Capítulo 77, Parte 1, Capítulo 2, s. 7 al hacer referencia al concepto de ‘Intervinientes en los Delitos’ estipula que puede ser imputada por la comisión de un delito: ‘(a) toda persona que realmente realice el acto o efectúe la omisión que constituye el delito; (b) toda persona que haga u omite realizar cualquier acto con el propósito de posibilitar o ayudar a otra persona a cometer el delito; . . .’ (énfasis añadido por el autor).

⁹⁷ Para ejemplos adicionales, véase Duttwiler, ‘Liability’ (2006), 34–5.

⁹⁸ S. 219: ‘(1) Es penalmente negligente todo aquel que (a) al hacer cualquier cosa, o (b) al omitir hacer cualquier cosa que es su deber hacer, demuestra indiferencia injustificada o temeraria por la vida o la seguridad de otras personas. (2) A los fines de esta sección, ‘deber’ significa un deber impuesto por el derecho.’

presamente la muerte causada con negligencia (criminalmente)⁹⁹ como 'homicidio culposo'¹⁰⁰ ('homicidio no premeditado por omisión').¹⁰¹

¿Cuáles son las fuentes reconocidas de los deberes de actuar?¹⁰² Ante todo, no sorprende que una de sus fuentes primarias sea el *common law*, es decir, las antiguas doctrinas del *common law* que pueden ser invocadas por los tribunales para arribar a ciertos resultados. Así, en el caso inglés de *Dytham*¹⁰³ un agente de policía fue condenado por el delito de mala conducta de un oficial de justicia (*misconduct of an officer of justice*) por no haber intervenido para proteger la paz de la Reina y, más concretamente, por no haber impedido que una persona fuera asesinada por un custodio de seguridad. El deber correspondiente era impuesto por el *common law* a cualquier oficial de policía.¹⁰⁴ Por supuesto, semejantes deberes no escritos, creados por los jueces, son difíciles de prever para los ciudadanos y, consecuentemente, son criticados a la luz del principio de legalidad;¹⁰⁵ en cualquier caso, esta crítica también puede ser realizada contra los numerosos deberes vagos e inciertos, reconocidos tanto en las jurisdicciones del derecho continental como en las del *common law*.¹⁰⁶

Yendo más allá de esas fuentes no escritas, el enfoque original en el caso *Jones* de EEUU fue más bien formalista: se invocaron cuatro fuentes (ley, contrato, relación especial, asunción voluntaria de cuidado)¹⁰⁷,

⁹⁹ S. 220: 'Toda persona que por negligencia criminal causa la muerte a otra persona es responsable de un delito perseguible'

¹⁰⁰ S. 222(5): 'Una persona comete homicidio culposo cuando causa la muerte de un ser humano, (b) por negligencia criminal;'

¹⁰¹ De acuerdo con la s. 234: 'El homicidio culposo que no es asesinato o infanticidio es homicidio no premeditado' (el asesinato requiere un *mens rea* más elevado (ss. 229, 230)).

¹⁰² Para un buen resumen del derecho inglés, véase Ashworth, 'Liability' (1989), 439 ss.; id., *Positive Obligations* (2013), pp. 42 ss. (con un enfoque ligeramente diferente); también Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 51-6; Allen, *Textbook* (2017), pp. 42-7; Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 75 ss.; para EEUU, véase Robinson, 'Liability' (1984), 111-8 (con un panorama amplio de la jurisprudencia relativa a Inglaterra/EEUU); Stewart, 'Failure' (1998), 393 ss.; Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2017), pp. 245-51; para Canadá, véase Manning, Mewett y Sankoff, *Criminal Law* (2009), pp. 116 ss; sucintamente Roach, *Criminal Law* (2018), pp. 128-30; también id., *Criminal Law* (2010), pp. 317 ss.; Colvin y Anand, *Principles* (2007), pp. 141-6.

¹⁰³ *R v Dytham* [1979] QB 722 Court of Appeal.

¹⁰⁴ Allen, *Textbook* (2017), p. 40; sobre las doctrinas del *common law* como fuentes de un deber de actuar véase también Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2017), p. 235.

¹⁰⁵ Cf. con relación a la s. 9(a) del Código Penal de Canadá Stuart, Delisle y Coughlan, *Criminal Law* (2018), p. 280.

¹⁰⁶ Para una crítica basada en principios de los deberes reconocidos por el derecho inglés cf. Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 66-8.

¹⁰⁷ *Jones v. US*, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 308 F.2d 307 (1962); citado y seguido esencialmente por Husak, *Philosophy* (1987), p. 157 y la literatura estadounidense dominante, cf. Kaplan, Weisberg y Binder, *Criminal Law* (2017), pp. 124-

todas las cuales tienen un fundamento legal o contractual, con un origen parcial en el *common law*, y por eso recuerdan a la antigua teoría (alemana) de los deberes jurídicos formales (*'formelle Rechtspflichtenlehre'*), la cual dominó las discusiones del derecho continental en las jurisdicciones bajo influencia alemana a principios del siglo XX.¹⁰⁸ Como consecuencia de su desarrollo posterior, la lista anterior se amplió incluyendo un deber de actuar cuando una persona pone en movimiento una cadena de eventos que coloca en peligro intereses jurídicos relevantes tales como la vida, la integridad física y la propiedad (acto previo peligroso/creación de peligro).¹⁰⁹ Esto se aproxima a la *Ingerenz* del derecho continental mencionada *supra*¹¹⁰, aunque posteriormente el caso *Evans* parece ir más allá al requerir solamente una contribución 'a la creación de un estado de cosas' junto con una previsibilidad razonable del peligro asociado a ese estado de cosas.¹¹¹ En la explicación quizás más sistemática que existe al respecto, Andrew Ashworth¹¹² identifica cuatro grandes grupos de fuentes de deberes —obligaciones familiares, obligaciones en las que se ha incurrido voluntariamente, obligaciones que surgen de la responsabilidad (causal) personal y obligaciones cívicas—, los cuales se dividen a su vez en dos y hasta cuatro subgrupos, todos los cuales suman un total de doce fuentes de deberes de actuar.¹¹³ En general, para imponer

6; Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2017), pp. 234-5; Klotter y Pollock, *Criminal Law* (2013), pp. 50 ss.

¹⁰⁸ Cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 4 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 4]; para un paralelismo con el enfoque del *common law*, véase Gómez-Aller, 'Omissions' (2008), 426 con np. 12.

¹⁰⁹ Esto se remonta al caso de *R v Miller* [1983] 2 AC 161 Cámara de los Lores; cf. Smith, 'Liability' (1984), 91-2 (que sugiere, en 94-5, de conformidad con Miller, como un 'principio general' el deber de una persona de evitar un daño si esta persona, aun sin conocimiento, 'pone en peligro' por un acto a otra persona o a 'cualquier otro interés protegido por el derecho penal' y 'se vuelve conciente de los eventos que crean el peligro ...'); para una buena discusión véase Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 50, 54-6; también Stewart, 'Failure' (1998), 396; Allen, *Textbook* (2017), p. 46-7; Kadish, Schulhofer y Steiker, *Criminal Law* (2017), pp. 249-51; Horder, *Principles* (2016), p. 116 (iniciando una 'secuencia de eventos'); Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 78-9 (deber 'de interceptar el riesgo creado por uno mismo de un daño que se encuentra en el futuro.'). extractos relevantes en Stuart, Delisle y Coughlan, *Criminal Law* (2018), pp. 265-8; discutiendo un caso ficticio Alexander, 'Omissions' (2002), 123 ss. (pero centrándose exclusivamente en la creación de un peligro descuidando otros deberes posibles y/o su independencia, por ejemplo, el deber contractual del salvavidas, en 137-8).

¹¹⁰ Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 54 n. 209 hacen referencia a la obra de Bohlander *Principles of German Criminal Law*.

¹¹¹ *R v Evans* [2009] EWCA Crim 650, párr. 31 ('... una persona ha creado o contribuido a la creación de un estado de cosas que sabe, o debería razonablemente saber, que se ha tornado amenazador para la vida ...'); para una crítica basada en principios Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 79-80 (pero la cuestión no es qué 'clase de contribución no causal al peligro se requiere' [en 80] —de cualquier modo, la contribución del acusado fue causal— sino cómo lidiar con la autonomía de la víctima posterior o de terceras personas; véase a continuación *infra* en el texto principal).

¹¹² Ashworth, *Obligations* (2013), p. 42-65.

¹¹³ Para un resumen véase Ashworth, *Obligations* (2013), p. 42-43.

responsabilidad por comisión por omisión se requiere 'la atribución de responsabilidades estrictas', basada en 'vínculos normativos estrechos'.¹¹⁴

3. *Combinación de los enfoques del derecho continental y del common law*

Una mirada más cercana a los deberes de actuar que constituyen el fundamento de la responsabilidad por omisión tanto en las jurisdicciones del derecho continental como en las del *common law* revela grandes similitudes tanto en términos de la justificación de la responsabilidad del garante como en términos de los deberes individuales reconocidos, al menos si se comparan los esfuerzos de sistematización de los teóricos del derecho penal. Por supuesto, los enfoques para solucionar el problema de la equivalencia han sido diferentes en términos históricos y por razones de principio. En ese sentido, el derecho alemán ha seguido un enfoque marcadamente teórico-abstracto y el derecho inglés básicamente ha dejado a los jueces el desarrollo de las clases relevantes de deberes jurídicos.¹¹⁵ En cualquier caso, cuando se trata de la justificación de la criminalización, el enfoque de dos clases del derecho continental —deberes de supervisión vs. deberes de protección— descansa, en última instancia, en la suposición de que el garante que omite ejerce, en principio, un *control suficiente* ('*Kontrollherrschaft*') sobre las situaciones para impedir que cualquier daño sea causado por la respectiva fuente de peligro o infligido sobre su objeto de protección. El requisito clave del 'control' —como base de la responsabilidad penal en general, independiente de la acción o la omisión— también ha sido reconocido por los teóricos del *common law* en nuestro contexto. Ello permite, en palabras de Duff, 'la responsabilidad por movimientos involuntarios, condiciones y estados de cosas si ellos han estado dentro del control del agente'.¹¹⁶ Ciertamente, los contornos exactos del requisito de control, incluyendo su calificativo 'suficiente', están abiertos al debate, pero ello solo es consecuencia de la —ya mencionada¹¹⁷— función de mera guía general atribuida al concepto, el cual requiere una determinación casuística más precisa.

¹¹⁴ Duff, *Answering* (2007), p. 112.

¹¹⁵ Cf. el reciente estudio exhaustivo de Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 13 ss., 51 ss., quien hace una triple distinción entre un enfoque teórico (Alemania), un enfoque del *common law* basado en la jurisprudencia (Inglaterra) y un enfoque desde la codificación (Francia); previamente sobre el desarrollo histórico Jescheck, 'Unterlassungsdelikte' (1965), 111 ss.

¹¹⁶ Cf. Duff, *Answering* (2007), pp. 106-7; conc. Husak, 'Act' (2011), 116 ss. (121); previamente, Husak, *Philosophy* (1987), pp. 170-1 ('principio del control' como 'alternativa preferible' al requisito de causalidad).

¹¹⁷ Roxin, *Strafrecht* (2003), § 25 nm. 27 y texto principal [íd., *Derecho Penal* (2014), § 25 nm. 27].

En cuanto a las *fuentes de los deberes de actuar*, uno encuentra ante todo una coincidencia histórica consistente en que tanto en el sistema continental como en el del *common law* aquellas dependían originalmente de las fuentes formales de la ley y el contrato.¹¹⁸ Mientras que la doctrina de las fuentes formales (*formelle Rechtspflichtenlehre*) fue superada pronto por los desarrollos teóricos en Alemania, la jurisprudencia y el desarrollo legal ingleses nunca se emanciparon completamente de ella. Aparte de eso, es justo decir que muchos de los deberes y de los casos discutidos en el derecho inglés corresponden a los reconocidos en las jurisdicciones del derecho continental. Para dar solo algunos ejemplos: entre las *relaciones especiales* —‘obligaciones familiares’ en términos de Ashworth— está el clásico deber de los padres de proteger a sus hijos, el cual se puede transformar en un deber de los hijos una vez que estos han crecido y sus padres necesitan su ayuda.¹¹⁹ Por supuesto, tanto la autonomía de los hijos como la de los padres puede operar aquí como una barrera contra un exceso paternalista.¹²⁰ En un nivel más general, el problema consiste en saber qué tan lejos llega este deber de relación especial más allá de los miembros cercanos de la familia, lo cual genera cuestiones difíciles respecto a la calidad (intensidad, duración) de la relación —abarcando, por ejemplo, a los huéspedes a corto plazo (vulnerables) en el hogar— y a la calidad (intensidad) del deber.¹²¹ La categoría de la ‘*asunción voluntaria de cuidado*’ de las jurisdicciones del *common law* ha sido ampliada a las ‘obligaciones contraídas voluntariamente’, incluyendo la ejecución conjunta de una actividad arriesgada,¹²² que se corresponde con la ‘*Gefahrengemeinschaft*’ del derecho alemán.¹²³ Esto es sorprendente, dada la postura tradicionalmente crítica del *common law* hacia la responsabilidad por omisión sin requisitos legales claros (o una clara autoridad del *common law*) que indiquen la existencia de un deber y tomando en consideración que en el derecho alemán también son altamente controvertidos los límites de un deber de actuar cuando un grupo de personas realiza conjuntamente una actividad arriesgada.

¹¹⁸ Véase también Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), p. 50 (como resultado de la comparación histórica entre Inglaterra, Alemania y Francia).

¹¹⁹ Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 51-2; crit. Ashworth, *Obligations* (2013), p. 45.

¹²⁰ Cf. por ejemplo Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 35 s., 42 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 35 s., 42]; en la misma línea Stuart, Delisle y Coughlan, *Criminal Law* (2018), pp. 294-6 enfatizando, en línea con el enfoque liberal del *common law*, la autonomía de los mayores hacia los niños como garantes protectores.

¹²¹ Cf. por un lado Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 46-9, por el otro lado Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 51-2, 53 ss. [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 51-2, 53 ss.]; Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 39 *in fine* (alojamiento temporal de conocidos como asunción de responsabilidad —limitada-).

¹²² Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), p. 52-3.

¹²³ Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 54 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 54]; Weigend, ‘§ 13’ (2007), nm. 40.

De cualquier modo, parece ir demasiado lejos responsabilizar *con carácter general* por una omisión de continuar ofreciendo asistencia a una persona (un buen samaritano) que ayuda a otro en una situación de necesidad sin ninguna obligación jurídica (asumiendo la ausencia de un delito de omisión de socorro), bajo el argumento de que el auxilio inicial implica un deber continuo de asistir en la medida que ‘abandonar el propio esfuerzo dejaría a la víctima en una peor condición que antes’.¹²⁴ Pues esto solo es correcto si quien asiste ha creado un riesgo nuevo o adicional (aunque no puramente hipotético)¹²⁵ que se materializará si interrumpe la asistencia.¹²⁶ Tómese el caso de ayudar a una anciana a cruzar la calle pero luego dejarla sola a mitad de camino, es decir, colocarla en una situación más peligrosa que aquella en la que se encontraba antes al estar parada sobre la vereda. En tales casos de asistencia orientada a fines, el beneficio para el receptor solo tiene lugar si/cuando el fin es alcanzado y por eso el receptor de la asistencia puede de hecho estar peor si quien lo asiste deja de intentar alcanzar el fin relevante antes de conseguirlo.¹²⁷ Sin embargo, esto no es cierto en casos de una asistencia continua/que se incrementa, si el receptor se ha beneficiado en cada etapa y las etapas posteriores solo añaden un beneficio adicional. Aquí, interrumpir la asistencia no dejaría al receptor peor de lo que habría estado sin la intervención, sino que solo dejaría de seguir mejorando su situación. Por eso, responsabilizar penalmente en este último escenario a quien asiste —quien interviene sin ninguna obligación jurídica— sería “castigarlo/a” por su buena obra; es decir, consideraría su obra, o sea, algo valioso y positivo, como fundamento para una criminalización, en lugar de premiarlo/a por su acto de asistencia (abortado). Efectivamente, ello convierte a los buenos samaritanos en malos que se abstienen de ayudar a la gente en una situación de necesidad dado que corren el riesgo de ser “castigados” por su bondad si su intento de ayudar no llega a cumplir totalmente con su deber jurídico.

En cuanto a los casos de *creación previa de un riesgo* (*Ingerenz*), tanto los teóricos del derecho continental como los del *common law* discuten el caso clásico de atropello y fuga en el cual un conductor atropella negligentemente a un peatón y sigue conduciendo en lugar de ayudar a la víctima, fundando su deber de rescatar en la previa causación (activa) del accidente.¹²⁸ Sin embargo, aunque en este caso hay poca controversia en

¹²⁴ Klotter y Pollock, *Criminal Law* (2013), p. 54.

¹²⁵ El riesgo creado debe ser real (véase ejemplo en el texto), no puramente hipotético como, por ejemplo, la posibilidad de que otros se abstengan de asistir porque ven que otro ya está prestando asistencia.

¹²⁶ Estoy en deuda con Antony Duff por llamar mi atención respecto a esa distinción.

¹²⁷ La responsabilidad de quien asiste, por supuesto, también depende de la razón para discontinuar su asistencia. Si renuncia por imposibilidad o ineptitud solo puede ser reprochado si no hizo todo lo que para él era posible para completar su asistencia.

¹²⁸ Cf. por un lado Smith, ‘Liability’ (1984), en 96 y por otro lado Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 143, 145 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 143, 145].

cuanto al deber de actuar del omitente —después de todo, sobre la base de su conducción negligente ya cometió inicialmente un acto criminal—, las cosas son más complicadas si el acto que crea el peligro no equivale a un delito o ni siquiera a una violación de una norma de cuidado extrapenal. Puede pensarse, por ejemplo, en un conductor que está cumpliendo con todas las reglas de conducción cuidadosa, pero embiste accidentalmente a un peatón (que cruza con luz roja).¹²⁹ O tómesese el caso frecuentemente discutido de encerrar por accidente a un compañero de trabajo en un depósito, lo cual puede ser equivalente a un encarcelamiento ilegal por omisión si el acto previo —encerrar al compañero de trabajo— se considera suficiente para hacer surgir un deber de actuar (destrabar la puerta y liberar al compañero de trabajo). Estos casos apuntan a uno de los principales problemas de la doctrina de la injerencia, a saber, la cualidad del acto peligroso previo, lo cual nos deja con tres opciones: mientras que la visión más liberal exigiría un acto delictivo previo, una visión algo más estricta solo requeriría un acto violatorio de una norma de conducta extrapenal (por ejemplo, el deber general de cuidado), mientras que para la visión absolutamente más estricta bastaría con cualquier acto peligroso. Cada una de estas posturas es defendida en la discusión alemana¹³⁰, mientras que los pocos autores del *common law* que aceptan la doctrina de la injerencia como fundamento de la responsabilidad por omisión adoptan la postura más estricta. Así, según Smith¹³¹ basta con cualquier acto que implique una secuencia peligrosa de eventos en tanto y en cuanto haya un delito ‘capaz de ser cometido por omisión’ (lo que normalmente es el caso en nuestros ejemplos) y el omitente haya tenido el elemento subjetivo (*fault element*) exigido en el respectivo delito (lo cual es una consecuencia lógica del principio de culpabilidad [*fault principle* o *culpability principle*]). De hecho, los teóricos del *common law* simplemente exigen, en el nivel objetivo, una responsabilidad causal¹³² y la jurisprudencia ha considerado incluso que una contribución ‘a la creación de un estado de cosas’ es suficiente para responsabilizar a aquel que contribuye si no ha impedido el consiguiente resultado dañoso. En *R. v. Evans*¹³³ el acusado compró drogas para la víctima, quien las consumió libremente y murió como resultado de ello; el tribunal mantuvo la condena por homicidio no premeditado, porque había ‘contribuido’ a la creación de un riesgo para la vida de la víctima y no la había ayudado

¹²⁹ Rechazando en este caso una posición de garante con el respectivo deber de actuar BGHSt 25, 218; en contra Freund, ‘§ 13’ (2016), nm. 123.

¹³⁰ Cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 160 ss. [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 160 ss.]; Weigend, ‘§ 13’ (2007), ss. 43-7; también Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 142, 222 ss., 288 ss.

¹³¹ Smith, ‘Liability’ (1984), en 94-5.

¹³² Cf. Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 53-4 (‘responsabilidad causal’, creación accidental de peligro).

¹³³ *R v Evans* [2009] EWCA Crim 650, párr. 31; véase Simester et al., *Criminal Law* (2016), pp. 79-80 y texto principal.

cuando el riesgo se concretó. Así, lo que está en juego aquí no es tanto la calidad del acto previo —suministrar drogas ilegales es un delito— sino la decisión autónoma de la víctima de consumir esas drogas: esto debería tornar la responsabilidad del proveedor en una responsabilidad a lo sumo secundaria, similar a la de un mero cómplice. En cualquier caso, si la calidad del acto previo es reducida a la causación naturalística de cualquier peligro, entonces la necesaria restricción de la responsabilidad penal solo puede alcanzarse mediante limitaciones subjetivas, como efectivamente hacen los teóricos del *common law*, exigiendo conocimiento o intención respecto a la creación del peligro;¹³⁴ a su vez, eso significa que la existencia del respectivo requisito subjetivo desencadena la responsabilidad penal respecto al acto principal. Sin embargo, este tipo de requisitos/limitaciones subjetivas no solo crea problemas probatorios, a menudo insuperables, sino que no cumple con las reglas de imputación justa como lo demuestran los casos relacionados con la propiedad (que pertenecen al subgrupo de deberes de supervisión de las fuentes del peligro): por ejemplo, si le presto mi apartamento o mi auto a alguien y esta persona comete un delito en el apartamento o con el auto, no puedo ser responsabilizado por no haber intervenido aun si era consciente de la actividad delictual, porque no es asunto mío interferir cuando los actos plenamente autónomos de una persona se convierten en delictivos; en ese sentido, yo solo puedo ser responsabilizado por los peligros que surgen de las características específicas de mi propiedad.¹³⁵ En la terminología de la teoría de la imputación objetiva (justa): los actos autónomos de terceras personas son eventos sobrevinientes que excluyen completamente mi responsabilidad causal inicial, que podría haberse visto en el préstamo de mi apartamento o de mi auto. Es decir, no soy responsable por el riesgo creado por los actos subsiguientes de agentes plenamente autónomos.¹³⁶

¹³⁴ Ashworth, *Obligations* (2013), p. 54.

¹³⁵ Cf. Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 112-23, 125-6 [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 112-23, 125-6]; Freund, '§ 13' (2016), nm. 156-7 (responsabilidad específica solo con fundamento en el peligro específico que surge del apartamento); Ashworth, *Obligations* (2013), pp. 54-5 ('la pregunta fundamental es por qué un propietario o empleador debería tener un deber de tomar medidas para impedir que un delito sea cometido por otro actor autónomo...'); Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), pp. 238-40, 263 (mera posesión/control de una habitación no es una razón suficiente para un deber jurídico de intervenir).

¹³⁶ Roxin, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 125 ss. (el principio de autonomía restringe el deber de supervisión respecto a terceros plenamente responsables) [id., *Derecho Penal* (2014), § 32 nm. 125 ss.].

IV. La responsabilidad por omisión de socorro: los presupuestos normativos subyacentes

1. *Hacia una convergencia de los enfoques del common law y del derecho continental*

Como ya se ha visto, los delitos comunes que hacen responsables a los espectadores por omisiones de socorro ('leyes del mal samaritano')¹³⁷ —la forma paradigmática de un delito de omisión propia— son generalmente rechazados en las jurisdicciones del *common law*,¹³⁸ pero están bien arraigados en las actuales jurisdicciones del derecho continental.¹³⁹ Sin embargo, una mirada más próxima revela que los presupuestos normativos subyacentes a favor o en contra de la responsabilidad por una omisión de socorro son similares, si no idénticos, en ambos sistemas, estando la discusión continental estrechamente relacionada con los desarrollos codificadores desde el comienzo del siglo XIX.¹⁴⁰ De hecho, en Francia, el Art. 475 no. 12 del Código Penal de 1810 castigaba (aunque solo como una *contravention*) la falta de asistencia en caso de incendio, inundación u otros desastres cuando la asistencia hubiese sido requerida por una autoridad pública.¹⁴¹ También se criminalizaba la no-denuncia

¹³⁷ Sobre el término véase ya *supra* n. 43.

¹³⁸ Esto puede remontarse a las preocupaciones de Lord Macaulay, al trabajar en la reforma del Código Penal indio en 1837, en cuanto a cómo marcar el límite entre omisiones punibles y no punibles (cf. Feinberg, *Harm* (1984), pp. 150–9; Allen, *Textbook* (2017), p. 40). Ello fue posteriormente expresado con total claridad por Phillimore LJ en *R v Lowe* [1973] QB 702 Court of Appeal: 'Pensamos que hay una distinción clara entre un acto de omisión y un acto de comisión que probablemente cause un daño. . . . En otras palabras, si golpeo a un niño de una manera que pueda causarle daño, es correcto que si el niño muere se me impute homicidio no premeditado [manslaughter]. Sin embargo, si omito hacer algo con el resultado de un daño a la salud que lleve a su muerte, pensamos que una imputación de un homicidio no premeditado [manslaughter] no debería ser una consecuencia inevitable, incluso si la omisión es deliberada'. En el mismo sentido para la distinción acto-omisión, véase Honoré, *Responsibility* (1999), pp. 41–54, 60–6; sobre la postura tradicional cf. Smith, 'Liability' (1984), 90 ss.; Vranken, 'Duty' (1998), 935–6; con relación a la influencia de Macaulay con respecto al derecho canadiense cf. Stuart, Delisle y Coughlan, *Criminal Law* (2018), pp. 259–60 (comparando su postura con la de Bentham).

¹³⁹ Véase ya II.

¹⁴⁰ Para una explicación histórica que comienza con la 'fase temprana de codificación no crítica' inspirada religiosamente en el Mundo Antiguo y en la Edad Media cf. Harzer, *Situation* (1999), pp. 33 ss. (distinguiendo entre esta fase temprana y dos fases subsiguientes, es decir, la fase del giro copernicano de Hobbes a Kant y la 'fase tardía' que comenzó a mediados del siglo XIX y preparó el terreno para el delito de omisión de socorro tal como hoy lo conocemos).

¹⁴¹ Cf. Art. 475 no. 12 CP 1810: '... prêter le secours dont ils auront été requis ...' Sobre la influencia de esta disposición en Europa cf. Huschens, *Hilfeleistung* (1938), pp. 17 ss.; véase también Schrägle, *Unterlassungsdelikt* (2017), p. 42 de acuerdo con quien la disposición fue derogada en 1832. Esto es pasado por alto por Vranken, 'Duty' (1998), 937.

de los delitos de traición y falsificación.¹⁴² En Alemania, la omisión de asistencia solo era parte del derecho de policía, lo que hacía que la sanción (administrativa) dependiera de una orden policial de asistencia.¹⁴³ El delito alemán de omisión de socorro recién fue introducido en su forma original el 28 de junio de 1935 por el gobierno nazi que invocó el infame ‘gesunde Volksempfinden’ (‘sano sentimiento del pueblo’) como el desencadenante del deber de asistir, especialmente —aunque no de manera exclusiva— en virtud de una orden policial.¹⁴⁴ El § 330c del StGB del *Reich* recién fue modificado en 1953,¹⁴⁵ para ser reemplazado por el actual § 323c, el cual eliminó la referencia al ‘sano sentimiento del pueblo’ (‘gesunde Volksempfinden’) y la reliquia de la orden policial.¹⁴⁶

Desde una perspectiva normativa, es importante tener en cuenta que el fundamento de ese delito fue establecido por la firme supresión de la teoría liberal de las violaciones de derechos, fundada en la Ilustración, y su reemplazo por la teoría de las violaciones de deberes¹⁴⁷ como fun-

¹⁴² Rebut, *Omissions* (2017), nm. 2 (quien sin embargo parece pasar por alto el Art. 475 no. 12 CP).

¹⁴³ Harzer, *Situation* (1999), pp. 37-9, 45, 49-52; Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 96 ss.

¹⁴⁴ El texto completo dice (Reichsgesetzblatt I 1935, 839): ‘Quien en caso de accidentes o peligro común o necesidad no preste ayuda, a pesar de que sea su deber según el *sano sentimiento del pueblo* [nueva versión modificada el 4 de Agosto 1953, BGBl I 735: ‘necesario’], especialmente quien no cumple con la solicitud policial de auxilio [nueva versión: eliminado], aunque pueda satisfacer la solicitud sin peligro significativo y sin lesionar otros deberes importantes [nueva versión: ‘y le es exigible de acuerdo con las circunstancias, especialmente si es posible sin peligro significativo propio y sin lesión de otros deberes importantes], será castigado con prisión de hasta dos años [nueva versión: ‘pena privativa de la libertad de hasta un año’] o con multa’. Sobre la relación entre el sano sentimiento del pueblo (gesunde Volksempfinden) y la orden policial Harzer, *Situation* (1999), p. 71. Sobre los fundamentos del derecho penal nazi v. Ambos, *Derecho penal nacional-socialista* (2019), p. 47 ss.

¹⁴⁵ BGBl 1953 (4 Agosto) I 735. Recientemente, se agregó un segundo párrafo que castiga el obstaculizar a una persona que ayuda a otra (BGBl 2017, 23 Mayo, I 1226; a favor Schöch, ‘Strafbarkeit’ (2018), 510 ss.). Esto corresponde al Art. 223-5 CP, *supra* n. 62.

¹⁴⁶ Véase Reichsgesetzblatt I 1935, 839, (mencionado *supra*) con el texto modificado entre corchetes. Sobre el trasfondo nazi del § 323c en detalle Harzer, *Situation* (1999), pp. 57 ss.; sucintamente también Wittmann, ‘Hilfeleistung’ (2017), 366-7; desde una perspectiva suiza Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 136-7.

¹⁴⁷ Cuyo defensor más destacado es el profesor de Derecho de Kiel y Göttingen Schaffstein, ‘Pflichtverletzung’ (1935), 108-42. Él desarrolla aquí la teoría de la infracción de un deber [‘Pflichtverletzung’] en oposición a la ‘desintegración individualista de las décadas pasadas’ [‘individualistische Strafrechtszersetzung der vergangenen Jahrzehnte’, 108] representada por la teoría liberal del *Rechtsgut* o *Rechtsverletzung* (bien jurídico o violación de derechos). El fin era darle más peso al ‘ataque criminal contra la comunidad del pueblo’ [‘verbrecherischen Angriffen gegen die völkische Gemeinschaft’] y así superar el individualismo del periodo post-Ilustración (109). La persona ya no debería ser vista como un individuo sino como un ‘camarada del pueblo’ [‘Volksgenosse’] con deberes intrínsecos hacia la comunidad. Los conceptos de honor, lealtad y deber toman un lugar central, preparando el terreno para una ‘unidad del derecho penal y el orden moral del pueblo’ [‘Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung’].

damento suficiente para la criminalización.¹⁴⁸ Anselm von Feuerbach, un teórico del derecho penal alemán del siglo XIX y redactor del Código Penal Bávaro de 1813 de orientación liberal, aún estaba fuertemente inspirado por el enfoque kantiano consistente en la razón de la persona como punto de partida de cualquier responsabilidad y la consiguiente separación entre el derecho y la moral. Como consecuencia de ello, rechazaba la idea de hacer cumplir los deberes morales a través del derecho penal, distinguía entre las infracciones del derecho de policía y los delitos del derecho penal,¹⁴⁹ y no incluía un delito de omisión de socorro en su Código Penal Bávaro.¹⁵⁰ De manera similar, la doctrina francesa del siglo XIX rechazó tal delito, dado su impacto en la libertad individual, sobre la base de una separación estricta entre moral y derecho.¹⁵¹ Como hemos visto arriba, este enfoque individualista aún sigue siendo la base de la actual doctrina francesa.¹⁵² En cambio, los defensores del enfoque de la violación del deber consideran la violación de un deber (colectivo) —en lugar de un derecho (individual) o un interés concreto—, usualmente hacia la ‘comunidad del pueblo’ (*Volksgemeinschaft*) como un todo, como razón suficiente para la criminalización. Dados los límites imprecisos del concepto de deber, su orientación poco clara y la falta de cualquier exigencia de un daño tangible, ese enfoque ha sido acertadamente caracterizado como ‘la concepción más expansiva del delito’.¹⁵³ En el caso del delito alemán del § 330c ya mencionado, dicho deber se basó en un concepto de sociedad encarnado en la infame concepción de la sociedad como la ‘comunidad del pueblo’, en la cual los ‘camaradas del pueblo’ (*Volksgenossen*) tenían que asistirse unos a otros: existía un deber de lealtad (*Treuepflicht*) hacia la comunidad del pueblo —excluyendo de esta comunidad, por supuesto, a todas las personas no arias y a aquellas que se oponían al régimen nazi. El incumplimiento de este deber era considerado la expresión de una actitud (*Gesinnung*) hostil hacia la comunidad¹⁵⁴ —de un modo que seguía la anterior teoría de la ‘peligrosidad social’ del autor.¹⁵⁵ Los intereses de la comunidad del pue-

¹⁴⁸ Cf. Harzer, *Situation* (1999), pp. 44 ss.

¹⁴⁹ Cf. Harzer, *Situation* (1999), pp. 42 ss.; pero véase también Jakobs, ‘Verbrechensbegriff’ (2014), 210, 211 ss. sosteniendo que si bien von Feuerbach rechazaba la protección de la moral por medio del derecho penal, utilizaba el derecho policial para el mismo propósito.

¹⁵⁰ El Art. 78 del Código Penal Bávaro solo criminalizaba la omisión de denunciar un delito y la omisión de asistir en caso de daño a otros en una disposición común, como participación (secundaria) de tercer grado (*dritter Grad des Gehülfen*); cf. Harzer, *Situation* (1999), p. 47.

¹⁵¹ Cf. Rebut, *Omissions* (2017), nm. 4-5.

¹⁵² Véase *supra* sección II *in fine*.

¹⁵³ Fletcher, *Grammar* (2007), p. 37.

¹⁵⁴ Cf. Kargl, ‘Hilfeleistung’ (1994), 251-2; Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 99-100.

¹⁵⁵ La teoría de la peligrosidad social se remonta al teórico del derecho penal del siglo XIX Franz von Liszt. Su enfoque, posiblemente, preparó el terreno para la teoría nacio-

blo prevalecen siempre sobre la protección del individuo.¹⁵⁶ Este enfoque basado en la comunidad no se limitaba en absoluto a Alemania. En 1911, el autor suizo Ernst Pedotti justificó el deber de asistir en un deber hacia la comunidad a la que uno pertenece, la cual no sería capaz de existir sin esta asistencia por parte de todos sus miembros.¹⁵⁷

La reticencia tradicional del *common law* a ‘imponer responsabilidad por omisiones excepto en casos claros y graves’¹⁵⁸ está arraigada, en términos normativos,¹⁵⁹ en una visión liberal, centrada en los derechos, la cual se aproxima al rechazo, de inspiración kantiana, de esa responsabilidad por parte de los teóricos del derecho continental posteriores a la Ilustración (como Feuerbach). Ambos enfoques comparten una comprensión estricta y formal de la autonomía personal y de la libertad. Sin embargo, la visión ‘convencional’ u ‘ortodoxa’ del *common law* ha sido recientemente desafiada por los teóricos del derecho penal con argumentos poderosos. Así, Joel Feinberg¹⁶⁰ defiende un delito general de omisión de socorro sobre la base de un principio del daño (*harm principle*) ampliado,¹⁶¹ sosteniendo que tales delitos son aceptables en tanto y en cuanto el daño sea lo suficientemente grave y no sea probable contar

nalsocialista del derecho penal basado en la comunidad, dado que también se centró en el impacto del delito y del delincuente en la sociedad y enfatizó el derecho de la sociedad a defenderse contra esta amenaza, cf. von Liszt, *Zweckgedanke* (1968), pp. 11 (castigo como reacción contra la perturbación social), 25 (peligrosidad objetiva y subjetiva, la última referida al autor, para determinar la gravedad de un delito), 31 ss. (tres categorías de delincuentes —los que podían y necesitan ser mejorados/resocializados/rehabilitados, los que no necesitan ser mejorados y los que no pueden ser mejorados [‘Gewohnheitsverbrecher’, ‘delincuentes habituales’]— con las respectivas reacciones— rehabilitación, disuasión e ‘inocuidación’ [‘Unschädlichmachung’] por medio de la prisión de por vida).

¹⁵⁶ Véase la tesis doctoral, inspirada en ideas nacionalsocialistas, de Huschens, *Hilfeleistung* (1938), pp. 1 (sosteniendo que de acuerdo con la ideología nacionalsocialista la comunidad demanda tomar el lugar central y desplaza a la protección liberal del individuo) y 22 ss. (sobre el concepto nacionalsocialista de deber de asistir). Véase también BGHSt. 6, 147, 149 ss. (150) explicando el anterior § 330c StGB (‘... Pflicht des einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft ...’ ‘Gefühl der Zusammengehörigkeit’ verlange ‘das Eintreten für den anderen...’); para más detalles v. Ambos, *Derecho penal nacionalsocialista* (2019), 178 ss.

¹⁵⁷ Pedotti, *Nothilfe* (1911), pp. 1-4; al respecto Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 133.

¹⁵⁸ Ashworth, ‘Liability’ (1989), 424-5; en sentido similar, véase Husak, ‘Act’ (2011), 116.

¹⁵⁹ Algunos críticos también sostienen que un delito general de omisión de socorro no tendrá efecto positivo en la disposición de la gente a asistir a otros sino que más bien puede ‘tener un efecto inhibitorio del comportamiento altruista’, cf. Stewart, ‘Failure’ (1998), 434.

¹⁶⁰ Feinberg, *Harm* (1984), pp. 126-8; crit. Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 105-6.

¹⁶¹ Feinberg, *Harm* (1984), pp. 128, 166 y 186 (afirmando, en 128, que el principio del daño puede ser entendido en el sentido de ‘impedir el daño’, y aprobando, por eso, las ‘leyes que exijan que la gente impida un daño a otros ...’ o que impidan que las personas ‘permitan un daño a otros que ellos pudiesen haber impedido’).

con la asistencia de una tercera persona con un deber especial.¹⁶² En este caso, hay un deber moral/social de asistir cuando el agente es capaz de hacerlo sin un riesgo irrazonable para sí mismo.¹⁶³ El individualismo y la libertad tienen que hacerse a un lado cuando el daño que se busca evitar por medio de la asistencia es considerablemente mayor que el que causado con la invasión en la libertad del espectador.¹⁶⁴ Aunque reconociendo los peligros de los poderes policiales o de persecución no controlados dirigidos ‘contra samaritanos decentes pero no heroicos’,¹⁶⁵ Feinberg concluye que: ‘La presunta razón a favor de las leyes del mal samaritano descansa en la importancia social de evitar, a un costo razonable, los daños graves a los intereses personales, y la plausibilidad del reclamo moral de que los individuos en peligro tienen un derecho a ser salvados por aquéllos que pueden hacerlo sin un riesgo, costo o inconveniente irrazonable.’¹⁶⁶

También hay otras voces importantes.¹⁶⁷ Andrew Ashworth rechaza la ‘visión convencional’¹⁶⁸ reemplazándola por una ‘visión de responsabilidad social’, que apunta a ‘los elementos cooperativos en la vida social’ sobre cuya base ‘puede ser justo colocar a los ciudadanos en la obligación de brindar asistencia a otros individuos en ciertas situaciones’.¹⁶⁹ Para Ashworth, la visión convencional equivale a un enfoque libertario de la vida conjunta en sociedad que propaga una comprensión extrema de la autonomía individual que no deja lugar para la solidaridad social.¹⁷⁰ George Fletcher afirma que el rechazo a un delito general de omisión de socorro tiene más que ver con ‘las actitudes casuales hacia el principio de legalidad’ en el derecho penal de los EEUU y el consiguiente peligro de una responsabilidad demasiado amplia (‘canon poco preciso, generador de deberes’) antes que con una actitud comunitaria menos desarrollada

¹⁶² Feinberg, *Harm* (1984), pp. 162, 168, 186.

¹⁶³ Feinberg, *Harm* (1984), pp. 162–3.

¹⁶⁴ Feinberg, *Harm* (1984), pp. 129–50, 163–5.

¹⁶⁵ Feinberg, *Harm* (1984), p. 157 (sin embargo, pasa por alto los peligros aun mayores en los sistemas de justicia penal —principalmente del derecho continental— que adhieren al principio de persecución obligatoria).

¹⁶⁶ Feinberg, *Harm* (1984), p. 185. Para un test de razonabilidad también Vranken, ‘Duty’ (1998), 942.

¹⁶⁷ Además de las mencionadas en lo sucesivo cf. Duff, *Answering* (2007), pp. 110, 113 ‘buenas razones de principio hablan a favor ...’; Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 61-2 (una disposición de mal samaritano acotada puede superar las objeciones; umbral subjetivo alto aplicando el estándar de insensibilidad del Territorio del Norte en Australia [high mental threshold applying the callousness standard of the Northern Territory in Australia]); Chiesa, ‘Comparative’ (2014), 1092-3 (ausencia del delito de omisión de socorro como desconexión entre el derecho y la moral).

¹⁶⁸ Ashworth, ‘Liability’ (1989), 430–1.

¹⁶⁹ Ashworth, ‘Liability’ (1989), 425. En contra de Ashworth, Williams, ‘Criminal omissions’ (1991), 86, 89-90 afirmando que la primera tergiversa la ‘visión convencional’.

¹⁷⁰ Ashworth, ‘Rettungspflicht’ (2013), 116-9.

en comparación con la existente en Europa continental.¹⁷¹ En cuanto al argumento de la libertad, sostiene que el grado o la cualidad de cualquier intrusión en la libertad depende del ‘contenido de lo que es exigido o prohibido’ (la ‘sustancia’), no de la ‘forma (activa o pasiva) del deber’.¹⁷² El problema real con los deberes positivos no es que nos pidan que actuemos (en lugar de abstenernos de actuar, como en el caso de las prohibiciones), sino que ‘sean exigibles en un tiempo y en un espacio sobre los cuales no tenemos control’.^{173 174}

2. *De un deber ético a una obligación jurídica: solidaridad y condiciones de una libertad efectiva*

Cualquier argumentación basada en la moralidad se fundamenta, desde luego, en el presupuesto de que los deberes morales pueden traducirse directamente y sin más en obligaciones jurídicas, en línea con una especie de moralismo jurídico ‘como la nueva ortodoxia de la teoría del derecho penal de lengua inglesa’.¹⁷⁵ Esto es difícil de reconciliar con la separación entre el Derecho (obligaciones jurídicas) y la moral (deberes éticos), la cual constituye una de las piedras angulares de un derecho penal liberal y secular, tan ferozmente defendida por la doctrina del continente europeo posterior a la Ilustración mencionada *supra*.¹⁷⁶ Esa visión puede admitir, en el mejor de los casos, un moralismo jurídico moderado, en el cual la criminalización requiere siempre más que un simple mal moral, concretamente, un mal público.¹⁷⁷ En cualquier caso, el tránsito desde una comunidad inspirada religiosamente, en la que los delitos de omisión de socorro son justificados por referencia a la narrativa bíblica del buen samaritano, hacia una sociedad liberal, secular, post-Ilustración, basada en la razón y en la ciencia, implica que el deber moral, ético o religioso de asistir no se traduce automáticamente en una obligación jurídica, mucho menos en un deber exigido por el derecho pe-

¹⁷¹ Fletcher, ‘Irrelevance’ (1994), 1449–50.

¹⁷² Fletcher, ‘Irrelevance’ (1994), 1450.

¹⁷³ Fletcher, ‘Irrelevance’ (1994), 1451.

¹⁷⁴ Ormerod y Laird, *Criminal Law* (2018), pp. 61-2.

¹⁷⁵ Thorburn, ‘Constitutionalism’ (2011), 86 (haciendo referencia y discutiendo críticamente las explicaciones recientes del moralismo jurídico de Antony Duff y Michael Moore); para una visión general de las variedades de moralismo jurídico (positivo vs. negativo, modesto vs. ambicioso) véase Duff, ‘Moralism’ (2014), 217 ss.

¹⁷⁶ Cf. Hörnle, ‘Rights’ (2014), 176-8, 183-4; véase en nuestro contexto del delito de omisión de socorro Kargl, ‘Hilfeleistung’ (1994), 247-8, 261; Seelmann, ‘Hilfeleistung’ (1995), 282-3 (discutiendo el argumento clásico contra los deberes *jurídicos* de solidaridad, es decir, el argumento de la protección de la libertad de quien asiste, el argumento de la generalización (limitada) de tal deber y el argumento del margen de apreciación de quien asiste); Kühl, ‘Solidaritätsbegriff’ (2013), 98.

¹⁷⁷ Duff, ‘Moralism’ (2014), 217. Sin embargo, críticos respecto al concepto de mal ‘público’ Edwards y Simester, ‘Crime’ (2017), 105.

nal.¹⁷⁸ Por el contrario, la sociedad liberal moderna se caracteriza por un alto grado de individualismo y de atomización, lo cual desplaza en gran parte a las tendencias comunitarias y le asigna al Estado la responsabilidad de actuar como sustituto de la falta de solidaridad comunitaria.¹⁷⁹ Así, si bien en una sociedad basada en la solidaridad mutua los deberes mutuos de asistencia pueden ser justificados de manera plausible por razones éticas¹⁸⁰ —después de todo, quién no preferiría vivir en una sociedad donde exista un mínimo de solidaridad en lugar de en una donde los ciudadanos deban defenderse de todos los demás (es decir, en un mundo despiadado o ‘dog eat dog’)¹⁸¹—, sin embargo la cuestión es distinta y consiste en si tales razones éticas dan lugar a un deber jurídico o a uno que pueda ser impuesto por el derecho penal.¹⁸² El concepto de solidaridad, frecuentemente invocado para justificar la criminalización de la omisión de socorro,¹⁸³ no es un concepto propiamente jurídico,¹⁸⁴ y, lo que es más importante, es demasiado vago para ser aceptable como un fundamento para la criminalización.¹⁸⁵ Dicho concepto describe, en el mejor de los casos, un modo preliminar de identificar deberes jurídicos putativos¹⁸⁶ y puede servir simplemente como una guía general de nuestro comportamiento.¹⁸⁷

En cualquier caso, para justificar la criminalización sobre la base de la solidaridad, o cualquier otro concepto que haga referencia a un

¹⁷⁸ Contra cualquier recurso al ‘moralismo’ en su totalidad Hörnle, ‘Rights’ (2014), 178.

¹⁷⁹ Cf. Pawlik, ‘Zuständigkeitsbegründung’ (1995), 361-3.

¹⁸⁰ Seelmann, ‘Hilfeleistung’ (1995), 282-3; Kühl, ‘Solidaritätsbegriff’ (2013), 100.

¹⁸¹ Wittmann, ‘Hilfeleistung’ (2017), 370.

¹⁸² Véase también para esta doble distinción Seelmann, ‘Hilfeleistung’ (1995), 283; von der Pfordten, ‘Hilfeleistungspflichten’ (2013), 106 (justificación de un deber jurídico y criminalización de la falta de cumplimiento de este deber).

¹⁸³ Cf. Kühnlich, *Solidaritätspflichten* (2007), p. 104 con referencias adicionales en n. 370; ella también lo acepta como fundamento del delito, en 117. Para Kargl, ‘Hilfeleistung’ (1994), 263 la disposición a asistir (‘Hilfsbereitschaft’) —que es una expresión de la solidaridad— es un valor positivo.

¹⁸⁴ Cf. Kühl, ‘Solidaritätsbegriff’ (2013), 100 (no es un ‘término central’ del derecho). Para un análisis minucioso véase Kühnlich, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 149 ss. (221-2), quien deriva un deber de solidaridad de la idea del Estado social (‘Sozialstaatlichkeit’) y lo ve como la otra cara de la moneda del deber (negativo) de *neminem laedere*, el cual está basado en la regla de derecho; sobre esa base intenta desarrollar la solidaridad como un concepto jurídico (223 ss.) que complementa al *neminem laedere* en el sentido de un *alterum adiuuare* como un principio adicional que justifica la limitación de la libertad (225). Sobre el paralelo con la idea del Estado social véase también Seelmann, ‘Hilfeleistung’ (1995), 282.

¹⁸⁵ Crit. también Pawlik, *Notstand* (2002), pp. 58 ss. (‘apenas desarrollado’); id., *Unrecht* (2012), p. 190; Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 143.

¹⁸⁶ Cf. Harzer, *Situation* (1999), pp. 190-1 (solidaridad como ‘deber de asistencia preliminar del garante’ [‘vorstufige Garantenhilfspflicht’]).

¹⁸⁷ Cf. Kühnlich, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 234-9, quien admite que la solidaridad es un concepto jurídico abstracto y simplemente un topos argumentativo (‘Argumentationsmuster’) que tiene que ser conformado y concretizado por el legislador y el jurista práctico.

comportamiento social fundado en la solidaridad, tal concepto debe ser compatible con la autonomía y la libertad como pilares de cualquier sociedad liberal.¹⁸⁸ La cuestión clave es entonces cómo resolver la tensión entre solidaridad y libertad, inherente a todo delito de omisión de socorro. Mientras que un concepto formal de libertad no tolera ninguna violación a la propia libertad que sea causada por deberes de actuar de cierta manera, un concepto material de libertad (*libertad efectiva*) se centra en las condiciones (materiales) reales del ejercicio de la propia libertad en una sociedad liberal y concibe el deber de asistir en ciertas situaciones excepcionales de emergencia como un prerequisite para la realización de tal libertad. En otras palabras, nuestra libertad como miembros de una sociedad solo puede realizarse plenamente si podemos confiar en la asistencia de nuestros conciudadanos en situaciones de emergencia existencial. La protección de nuestra libertad existencial básica es un prerequisite para el ejercicio de los derechos basados en la libertad.¹⁸⁹ Sobre esa base, un delito de omisión de socorro limitado —que limite el deber de prestar asistencia a los peligros para la vida y la integridad física— puede justificarse en términos generales.¹⁹⁰

3. *La responsabilidad del auxiliador concreto*

Sin embargo, este enfoque —al igual que los enfoques similares que se centran en los intereses jurídicos de la persona en situación de necesidad¹⁹¹— plantea la cuestión acerca de por qué es responsabilidad del auxiliador individual proteger la libertad material de la persona en peligro. Es decir, queda sin responder la pregunta acerca de por qué *este* preciso auxiliador tiene un deber de asistir. Ella solo puede ser respondida satisfactoriamente si uno se centra en la *relación situacional* entre el auxiliador y la persona necesitada. Hablando de forma más concreta, para justificar la competencia del auxiliador para intervenir uno tiene que centrarse en su relación con el receptor de la asistencia y preguntarse si de esta relación se puede derivar un deber de asistir, a pesar del contexto o del marco social en el que exista la relación. Así, para Regina Harzer el deber de asistir se basa en una relación interpersonal o intersubjetiva entre la persona necesitada y el auxiliador, lo cual, a su turno, justifica la competencia situacional del auxiliador.¹⁹² Sólo este contexto de relación situacional y jurídica puede desencadenar deberes jurídicos

¹⁸⁸ Kühl, 'Solidaritätsbegriff' (2013), 101.

¹⁸⁹ Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 117-8.

¹⁹⁰ Kühl, 'Solidaritätsbegriff' (2013), 101.

¹⁹¹ Cf. con relación al enfoque del bien jurídico Maihold, 'Nothilfepflicht' (2013), 142.

¹⁹² Cf. Harzer, *Situation* (1999), pp. 105, 108, 187-219; crít. Maihold, 'Nothilfepflicht' (2013), 152-3.

de socorro.¹⁹³ Aquí el punto de partida es la relación de reconocimiento mutuo entre ciudadanos de Hegel, la cual presupone la subjetividad jurídica de todos los ciudadanos. La protección de esta subjetividad jurídica requiere algo mucho más limitado que un deber general de impedir cualquier daño (*'Gefährdungsabwendungspflicht'*). Tal protección solo fundamentará un deber de actuar si: (i) la subjetividad jurídica de un ciudadano está en peligro, (ii) la relación interpersonal también está en peligro; y (iii) como consecuencia, el libre desarrollo de la persona como sujeto autónomo está en peligro. Así, la existencia de la relación jurídica, interpersonal, debe ser protegida mediante la intervención de otro ciudadano que es competente para asistir y, además, parte de esa relación intersubjetiva.¹⁹⁴ Sin embargo, la competencia del auxiliador se limita a la base fáctica de la relación y al aseguramiento de la autonomía de la víctima, en consecuencia, a situaciones donde la vida, la integridad corporal o la libertad están en peligro.¹⁹⁵ En suma, la responsabilidad penal se basa en una tricotomía consistente en situación, relación jurídica y competencia.¹⁹⁶

Con este trasfondo, el § 323c StGB parece demasiado amplio y solo podría justificarse mediante la teoría clásica del *contrat social*, en la cual el deber (moral) de asistir se transforma en un deber jurídico en virtud del acuerdo entre los ciudadanos que incluye ese deber. Aunque la idea contractual puede ser defendida a la luz de la falta de una base comunitaria o institucional de la sociedad moderna,¹⁹⁷ esta teoría es incompatible con la relación intersubjetiva de los ciudadanos explicada *supra*¹⁹⁸, a menos que el contrato subyacente también fuera anterior al Estado (consistente en la propia relación intersubjetiva de los ciudadanos). Aparte de ello, el hecho de que el moderno Estado social de Europa continental imponga a sus ciudadanos un deber jurídico de intervenir en beneficio de otros ciudadanos necesitados (e incluso criminalice la falta de intervención) muestra que el Estado no es capaz de cumplir acabadamente con sus obligaciones de protección; por el contrario, necesita de sus ciu-

¹⁹³ Harzer, *Situation* (1999), p. 197 ('solo en este contexto de situación y relación jurídica pueden desencadenarse deberes jurídicos' [énfasis en el original]).

¹⁹⁴ Harzer, *Situation* (1999), p. 202 ('El individuo está penalmente obligado si no solo debe ser considerado como persona singular con estatus de participante, sino si al mismo tiempo es la única persona de la relación jurídica que puede mantener inquebrantable esta relación del mundo'). Sobre la justificación de la competencia de quien asiste cf. *ibid.*, pp. 203 ss.

¹⁹⁵ Harzer, *Situation* (1999), p. 216.

¹⁹⁶ Harzer, *Situation* (1999), pp. 215, 218, 241, 298 (con una propuesta normativa al final).

¹⁹⁷ Pawlik, 'Zuständigkeitsbegründung' (1995), 363-4.

¹⁹⁸ Harzer, *Situation* (1999), pp. 221-38 (refiriéndose al enfoque de Fichte respecto al contrato social en 226-9 y rechazando este enfoque en 229 ss.).

dadanos como agentes administrativos a quienes les son delegadas funciones originalmente estatales, al menos en situaciones de emergencia.¹⁹⁹

Otra justificación teórica de un delito limitado de omisión de socorro basado en la relación cercana entre el auxiliador y la persona necesitada ha sido ofrecida por el filósofo del Derecho de Göttingen, Dietmar von der Pfordten.²⁰⁰ Él propugna una teoría ética del individualismo normativo, de acuerdo con la cual —en contraste con los enfoques comunitarios— una justificación solo puede provenir directamente de los individuos afectados y no de una entidad colectiva. Cualquier deber hacia otra persona se basa en una relación adicional y específica, cuya intensidad y duración determinan la fuerza del deber impuesto a un ciudadano. En su nivel más alto, tal relación puede ser el fundamento de los deberes de garante como se ha discutido anteriormente en el contexto de los delitos de omisión impropios; en el más bajo, puede surgir de conductas sociales ordinarias, por ejemplo, ser parte de un grupo o comunidad (un ente colectivo), o la realización de proyectos comunes, por ejemplo como miembro de un colectivo de agricultores. Los deberes positivos de asistencia pueden surgir en tales relaciones tomando en consideración los intereses de los respectivos individuos y su adecuada ponderación. De todos modos, no existe un deber de imponer estos deberes a través de la criminalización de su inobservancia; a lo sumo, tal criminalización solo está permitida si los intereses en juego son lo suficientemente importantes, es decir, si resultan comprometidas la vida o la integridad física de la persona necesitada de asistencia (*'Gewichtigkeitsargument der Interessen'*): puesto que solo entonces la diferencia (naturalística) entre acto y omisión pierde relevancia (*'Differenzargument von Tun und Unterlassen'*) y se puede pedir legítimamente al auxiliador que tolere una vulneración menor de sus intereses, cuando los intereses puestos en peligro son de una importancia fundamental y, en consecuencia, incomparablemente más elevados (idea de *'Aufopferung'*).

Si se resumen estas diversas justificaciones del deber de asistir, es fácil ver que su fundamento común es la *relación interpersonal entre el auxiliador y la persona necesitada*. La limitación de la libertad del auxiliador al pedírsele que intervenga puede justificarse por referencia al grave peligro para la libertad de la persona necesitada, un peligro que solo puede ser impedido por el que asiste. La solidaridad opera en esta relación no tanto como un deber hacia la comunidad, sino hacia el concreto con-ciudadano necesitado, es decir, como un principio orientador interper-

¹⁹⁹ Pawlik, *'Zuständigkeitsbegründung'* (1995), 364-5; más recientemente id., *Unrecht* (2012), pp. 190-2 (deber subsidiario de asistir en virtud del deber recíproco dentro de y hacia la comunidad de los ciudadanos como un todo); crit. Maihold, *'Nothilfepflicht'* (2013), 145-8.

²⁰⁰ Von der Pfordten, *'Hilfeleistungspflichten'* (2013), 107-13.

sonal.²⁰¹ Así entendida, la solidaridad complementa y refuerza la libertad y la autonomía en el sentido del concepto material de libertad defendido *supra*. La solidaridad garantiza las condiciones materiales de la libertad y, en consecuencia, el ejercicio de una libertad material, real; de otro modo, la libertad solo existiría como un concepto formal sin sustancia.²⁰²

Por supuesto, una justificación liberal de un deber de intervenir, basado en la relación interpersonal entre el auxiliador y la persona necesitada, ambos actuando como agentes autónomos, implica, como ya se señaló *supra*, la justificación de un delito de omisión de socorro definido de modo restringido, limitando el deber a los casos de peligros para la vida y la integridad física —pues solo entonces puede justificarse la consiguiente interferencia en la libertad del auxiliador inocente y exigirse su solidaridad.²⁰³ Además de ello, el deber de asistir es subsidiario, esto es, solo se desencadena cuando la persona necesitada no puede impedir el grave daño a sí misma, y este no puede ser impedido por el Estado.²⁰⁴ Por último, pero no por ello menos importante, debe haber una expectativa razonable con respecto al deber de intervenir del auxiliador; esta idea se halla recogida en el concepto normativo de la ‘Zumutbarkeit’.²⁰⁵

²⁰¹ Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 225-6.

²⁰² Véase también Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 227-9.

²⁰³ Seelmann, ‘Hilfeleistung’ (1995), 282-3; Kühl, ‘Solidaritätsbegriff’ (2013), 101; Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 154; Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), p. 118; más ampliamente Harzer, *Situation* (1999), pp. 105 (‘intereses jurídicos altamente personales’ concernientes a ‘la existencia real del individuo’), 216 (integridad corporal y libertad como etapas de transición necesarias para la existencia), 217 (‘violación de derechos existenciales’); Pawlik, *Unrecht* (2012), p. 192.

²⁰⁴ Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 154; Kühnbach, *Solidaritätspflichten* (2007), pp. 228-9.

²⁰⁵ Maihold, ‘Nothilfepflicht’ (2013), 154; Pawlik, ‘Zuständigkeitsbegründung’ (1995), 370-2.

Bibliografía

- ALEXANDER L, 'Criminal Liability for Omissions: An Inventory of Issues', en Simester A y Shute S, *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford University Press 2002, 121-142.
- ALLEN M, *Textbook on Criminal Law*, 14a. ed, Oxford University Press 2017;
- AMBOS K, 'The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the Rechtsgut and the Harm Principles', *Criminal Law and Philosophy*, 9 (2015), 301-29;
- AMBOS K., 'Book Review "Schräggle, Unterlassungsdelikt (2017)"', *Criminal Law Forum*, 28 (2017), 777-81;
- AMBOS K., *Derecho penal nacionalsocialista*, Tirant lo Blanch, 2019;
- ASHWORTH A, 'Die Rettungspflicht im englischen Recht. Sinnvolle Einschränkungen oder „Island Mentality“?', en von Hirsch A, Neumann U y Seelmann K (eds.), *Solidarität im Strafrecht: zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, Nomos 2013, 115-31;
- ASHWORTH A, 'The scope of criminal liability for omissions', *Law Quarterly Review*, 105 (1989), 424-59;
- ASHWORTH A, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart 2013;
- ASHWORTH A, *Principles of Criminal Law*, 7a. ed., Oxford University Press 2013;
- BACHMAIER L y DEL MORAL GARCÍA A, 'Spain', en Verbruggen F (ed.), *Int. Encyclopaedia: Criminal Law*, iv, Alphen aan den Rijn, Kluwer 2010, IV;
- BELL J, BOYRON S y WHITTAKER S, *Principles of French Law*, Oxford University Press 2008;
- BENTHAM J D, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Batoche Books 2000 [1781];
- BERSTER L C, *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, München, Utz 2008;
- BOHLANDER M, *The German Criminal Code: A modern English translation*, Oxford, Hart 2008;
- BOSCH N (y EISELE J.), 'Vorbemerkung zu §§ 13 ff.', en Schönke A y Schröder H (eds.), *StGB Kommentar*, 30a. ed., München, C. H. Beck 2019, mn. 1-161;
- BOULOC B y MATSOPOULOU H, *Droit Pénal Général et Procédure Pénale*, 20a. ed. París, Dalloz 2016;
- BOUZAT P y PINATEL J, *Traité de droit pénal et de criminologie*, París, Dalloz 1963;

- BRAMMSEN J, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot 1986;
- CASSESE A, 'Omission Liability and superior responsibility', en Cassese A (ed.), *International Criminal Law*, 3a. ed, Oxford University Press 2013, 180-92.
- CHIESA L E, 'Comparative Criminal Law', en Dubber M y Hörnle T (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, 1089-114;
- COLVIN E y ANAND S S, *Principles of Criminal Law*, 3a. ed, Toronto, Thomson Carswell 2007;
- DEBOVE F y FALLETTI F, *Précis de Droit Pénal et de Procédure Pénale*, 6a. ed, París, Puf 2016;
- DEMETRIO CRESPO, 'Lección 8: El tipo omisivo', en Demetrio Crespo (ed.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, vii, 2a. ed, Madrid, Iustel 2015, II 163-81;
- DESSPORTES F y LE GUNEHEC F., *Droit Pénal Général*, 16a. ed, París, Economica 2009;
- DIAS F, *Direito Penal: Parte Especial*, 2a. ed., Lisboa, AAFDL 2007;
- DUFF R A, *Answering for Crime: responsibility and liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart 2007;
- DUFF R A, 'Towards a modest Legal Moralism', *Criminal Law and Philosophy*, 8 (2014), 217-35;
- DUTTWILER M, 'Liability for Omission in International Criminal Law', *International Criminal Law Review*, 6 (2006), 1-61;
- EDWARDS J y SIMESTER A, 'What's Public About Crime?', *Oxford Journal of Legal Studies*, 37 (2017), 105-33;
- ELLIOT C, *French Criminal Law*, Uffculme, Willan Publication 2001;
- FEINBERG J, *Harm to Others*, i, Oxford University Press 1984;
- FELDBRUGGE F J M, 'Good and Bad Samaritans', *The American Journal of Comparative Law*, 14 (1965), 630-57;
- FEUERBACH P J A, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2a. ed., Giessen, Heyer 1803;
- FLETCHER G P, *Rethinking Criminal Law*, 2a. ed., Boston, Little Brown 1978 [reimpresión 2002];
- FLETCHER G P, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press 1998;
- FLETCHER G P, 'On the Moral Irrelevance of Bodily Movements', *University of Pennsylvania Law Review*, 142 (1994), 1443-54;
- FLETCHER G P, *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press 2007;

- FREUND G, '§ 13', en von Heintschel-Heinegg B (ed.), *Münchener Kommentar StGB*, 3a. ed., München, C.H. Beck 2017, I;
- GIDE A, *La Séquestrée de Poitiers*, París, Éditions Gallimard 1930;
- GÓMEZ-ALLER J D, 'Criminal Omissions: A European Perspective', *New Criminal Law Review*, 11 (2008) 419-51;
- GREENE J, 'From neural "is" to moral "ought": what are the moral implications of neuroscientific moral psychology?', *Nature Reviews Neuroscience*, 4 (2003), 846-50;
- HARZER R, *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung*, Frankfurt a.M., Klostermann 1999;
- HENNAU C Y VERHAEGEN J, *Droit Pénal Général*, Bruselas, Bruylant 2003;
- HERZBERG R D, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín, de Gruyter 1972;
- HÖRNLE T, 'Rights of Others in Criminalisation Theory', en Simester A P, Du Bois-Pedain A y Neumann U (eds.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Hart 2014, 169-85;
- HONORÉ T, *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart 1999;
- HORDER J, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press 2016;
- HUSAK D N, 'The Alleged Act Requirement in Criminal Law', en Deigh J y Dolinko D (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy and Criminal Law*, Oxford University Press 2011, 107-24;
- HUSAK D N, *Philosophy*, Totowa, Rowman & Littlefield 1987;
- HUSCHENS W, *Die Unterlassene Hilfeleistung im nationalsozialistischen Strafrecht*, Speyer am Rhein, Pilger 1938;
- JAKOBS G, 'Feuerbachs Verbrechensbegriff: Rechtsverletzung', en Koch A, Kubiciel M, Löhning M y Pawlik M (eds.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, Tübingen, Mohr Siebeck 2014, 209-26;
- JAKOBS G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Berlín, de Gruyter 1993;
- JESCHECK H-H, 'Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht' *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 77 (1965), 109-48;
- JESCHECK H-H, 'Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht', en J Wolter (ed.), *140 Jahre GA*, Heidelberg, Decker's 1993, 115-29;
- KADISH S H, SCHULHOFER S J y STEIKER C S, *Criminal Law and its Processes*, 9a. ed., Nueva York, Aspen Publishers 2012;
- KADISH S H, SCHULHOFER S J y STEIKER C S, *Criminal Law and its Processes*, 10a. ed., Nueva York, Aspen Publishers 2017;

- KAHLO M, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, Duncker & Humblot 1990;
- KANT I, 'Kritik der reinen Vernunft', en Preussische Akademie der Wissenschaften (ed.), *Gesammelte Schriften*, Berlín, Reimer 1903 [1781];
- KAPLAN J, WEISBERG R y BINDER G, *Criminal Law: Cases and Materials*, 8a. ed., Nueva York, Aspen Publishers 2017;
- KARGL W, 'Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB): Zum Verhältnis von Recht und Moral', *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 141 (1994), 247-63;
- KAUFMANN A, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Otto Schwartz 1988 [1959];
- KAUFMANN A, 'Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung', *Juristische Schulung*, 1 (1961), 173-5;
- KIRCHHEIMER O, 'Criminal Omissions', *Harvard Law Review*, 55 (1942), 617-9;
- KLOTTER J C y POLLOCK J M, *Criminal Law*, 10a. ed., Waltham, Elsevier 2013;
- KOLB R, 'Droit International Pénal', en Kolb R y Scalia D (eds.), *Droit International Pénal: Précis*, 2a. ed., Bâle, Helbing Lichtenhahn 2012, 195-203
- KÜHL K, 'Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB', en von Hirsch A, Neumann U y Seelmann K (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos 2013, 93-102;
- KÜHNBACH L, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Baden-Baden, Nomos 2007;
- LANDES W M y POSER R A, 'Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism', *Journal of Legal Studies*, 7 (1978), 83-128;
- LAW COMMISSION, *Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales*, Londres, Her Majesty's Stationery Office 1989;
- LEROY J, *Droit Pénal Général*, 3a. ed., París, LGDJ 2010;
- VON LISZT F, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 3a. ed., Frankfurt/Main, Vitorio Klostermann 1968 [1883];
- LUZÓN PEÑA D-M, 'Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?', *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 165 (2018), 520-528.
- MAIWALD M, 'Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte', *Juristische Schulung*, 21 (1981), 473-83;
- MAIHOLD H, 'Jenseits weltanschaulicher Ideologien? – Zur Einführung und Begründung der allgemeinen Nothilfepflicht im Schweizerischen

- Strafrecht', en von Hirsch A, Neumann U y Seelmann K (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos 2013, 131-54;
- MALEC A, 'The Is-Ought Problem and Legal Rationality', *Studies in Logic, Grammar And Rhetoric*, 24 (2007), 7-13;
- MANNING M, MEWETT A W y SANKOFF P, *Criminal Law*, 4a. ed., Markham, Lexis Nexis 2009;
- MAYAUD Y, *Droit Pénal Général*, 6a. ed., París, PUF 2018;
- MIR PUIG S, *Derecho Penal: Parte General*, 10a. ed., Barcelona, Editorial Reppertor 2016;
- MOORE M S, *Act and Crime*, Oxford University Press 1993;
- MUÑOZ CONDE F Y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal: Parte General*, 9ª. ed, Valencia, Tirant Lo Blanch 2015;
- NAGLER J, 'Die Problematik der Begehung durch Unterlassung', *Der Gerichtssaal*, 111 (1938), 1-63;
- OLDNALL RUSSELL W y RYAN E, 'Rex v. John Friend and Anne his wife', en Oldnall Russell W y Ryan E, *Crown Cases Reserved for Consideration and decided by the Twelve Judges of England from the year 1799 to the year 1824*, Londres, Butterworth 1825, 20-2;
- ORMEROD D C y LAIRD K, *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law*, 15a. ed., Oxford University Press 2018;
- PAWLIK M, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck 2012;
- PAWLIK M, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlín, de Gruyter 2002;
- PAWLIK M, 'Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur', *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 142 (1995), 363-4.
- PEDOTTI E, *Die Unterlassung der Nothilfe mit besonderer Berücksichtigung des geltenden und künftigen schweizerischen Rechtes*, Aarau, Sauerländer 1911;
- VON DER PFORDTEN D, 'Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten', en von Hirsch A, Neumann U y Seelmann K (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos 2013, 103-15;
- POLITOFF I, KOOPMANS E and RAMÍREZ J B, 'Chile', en *International Encyclopaedia of Laws: Criminal Law*, Kluwer Law International 1999, 79;
- PRADEL J, *Droit Pénal Comparé*, 4a. ed., París, Dalloz 2016;
- PRADEL J, *Droit Pénal Général*, 21a. ed., París, Dalloz 2016;
- PRADEL J y DANTI-JUAN M, *Droit Pénal Spécial*, 7a. ed., París, Éditions Cujas 2017;
- PULITANÒ D, *Diritto Penale*, 7a. ed., Turín, Giappichelli 2017;

- REBUT D, 'Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance', *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, (2017) [2003];
- ROACH K, *Criminal Law*, 7a. ed., Toronto, Irvin Law 2018;
- ROACH K, Berger B L, Cunliffe E y Stribopoulos J, *Criminal Law and Procedure*, 10a. ed., Toronto, Emond Montgomery 2010;
- ROBINSON P H, 'Criminal Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the United States', *New York Law School Law Review*, 29 (1984) 101-27;
- ROMANO M, *Commentario sistematico del Codice penale*, iii, Milán, Giuffrè 2004, I;
- ROXIN C, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Múnich, C.H. Beck 2003; [versión en español: Roxin C, *Derecho Penal Parte General II: Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1era. edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña (director), Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón y Javier Vicente Remesal, Thomson-Reuters Civitas (Editorial Aranzadi SA), Navarra, 2014]
- SCHAFFSTEIN F, 'Das Verbrechen als Pflichtverletzung', en Dahm G (ed.), *Grundlagen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünhaupt 1935, 108-42.
- SCHIFF D, 'Samaritans: Good, Bad and Ugly', *Roger Williams University Law Review*, 11 (2005) 77-141;
- SCHMIDHÄUSER E, 'Über Unterlassensbegriffe – Terminologie und Begriffe', en Britz G y Müller-Dietz H (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, Múnich, C.H. Beck 2001, 761-82;
- SCHMIDT-KÜNZEL B, *Die Unterlassungsdelikte im französischen Code Penal unter besonderen Berücksichtigungen der unechten Unterlassungsdelikte*, Freiburg, Tesis Doctoral 1971;
- SCHMITT R, 'Zur Systematik der Unterlassungsdelikte', *JuristenZeitung*, 14 (1959) 432-4;
- SCHÖCH H, 'Zur Strafbarkeit der Behinderung von hilfeleistenden Personen', *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 165 (2018), 510-519;
- SCHRÄGLE H, *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt: eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen*, Berlín, Duncker & Humblot 2017;
- SCHÜNEMANN B, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, Schwartz 1971;

- SCHÜNEMANN B, 'Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt', en Böse M y Sternberg-Lieben D (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung*, Berlín, Dunker & Humblot 2010, 303-24;
- SEELMANN K, '„Unterlassene Hilfeleistung“ oder: Was darf das Strafrecht?', *Juristische Schulung*, 35 (1995), 281-6;
- SIMESTER A P, *Legal Theory*, Cambridge University Press 1995;
- SIMESTER A P, SPENCER J R, SULLIVAN G R y VIRGO G J, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 5a. ed., Oxford, Hart 2016;
- SILVA SÁNCHEZ J. M., 'Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte', en Schünemann B, Achenbach H, Bottke W, Haffke B y Rudolphi H-J (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín, De Gruyter 2011, 641-50;
- SILVA SÁNCHEZ J. M., *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Grijley 2004;
- SILVA SÁNCHEZ J. M., 'Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión', *Derechos Procesales Fundamentales (Consejo General del Poder Judicial)* 4 (1999), 153-72;
- SMITH J C, 'Liability for omissions in the Criminal Law', *Legal Studies*, 14 (1984) 88-101;
- STEPHEN J F, *A History of the Criminal Law of England*, iii, Londres, Macmillan 1883, III;
- STEWART M J, 'How making the Failure to assist illegal fails to assist', *The American Journal of Comparative Law*, 25 (1998) 385-436;
- STUART D, DELISLE R J Y COUGHLAN S, *Learning Canadian Criminal Law*, 14a. ed., Toronto, Carswell 2018.
- STUCKENBERG C-F, 'Causation', en Dubber M y Hörnle T (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press 2014, 468-89;
- TADROS V, *Criminal Responsibility*, Oxford University Press 2005;
- THORBURN M, 'Constitutionalism and the limits of the Criminal Law', en Duff R A, Farmer L, Marshall S E, Renzo M y Tadros V (eds.), *The Structures of Criminal Law*, Oxford University Press 2011, 85-105;
- DE LA TORRE I B G y ARROYO ZAPATERO L, *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 3a. ed., Barcelona, Ediciones Experiencia 2016;
- VÉRON M, *Droit Pénal Spécial*, 15a. ed., París, Dalloz 2015;
- VRANKEN M, 'Duty to rescue in civil law and common law: Les extrêmes se touchent?', *International and Comparative Law Quarterly*, 47 (1998), 934-942;

- WEIGEND T, '§ 13', en Lauffhütte H W, Tiedemann K y Rissing-van Saan R (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, xiii, 12a. ed., Berlín, De Gruyter 2007, I;
- WILLIAMS G, 'Criminal omissions – the conventional view', *Law Quarterly Review*, 107 (1991), 86-98;
- WILLIAMS G, 'The Theory of Excuses', *Criminal Law Review*, 1 (1982) 732-73;
- WINKLER C W, *Dissertation de Crimine Omissionis*, Leipzig, Breitkopf 1776;
- WITTMANN R, 'Die unterlassene Hilfeleistung aus rechtsvergleichender und rechtsethischer Sicht', en Joerden J y Schmoller K (eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift Yamanaka*, Berlín, Duncker & Humblot 2017, 363-70.