

LA COMPLICIDAD POR OMISIÓN*

Prof. em. Dr. Dr. h. c. Harro OTTO**

Fecha de recepción: 31 de julio de 2017

Fecha de aprobación: 2 de octubre de 2017

En el centro del debate sobre la delimitación entre autoría y participación en los delitos impropios de omisión está la cuestión de si el garante que no impide que otro cometa activamente el hecho tiene que ser penado como autor por omisión o bien solo como partícipe en el hecho del autor por comisión. En la doctrina y la jurisprudencia se barajan soluciones muy diversas para esta problemática. Empero, no hay consenso general. Esto es lo que da pie a la presente investigación. Se parte de la base de que el autor —al igual que en el ámbito de la comisión— es la figura central del hecho y que la agresión al bien jurídico por parte del cómplice es accesoria al hecho del autor, pero que la accesoriidad tiene que ser concebida a partir de la situación de omisión. El aporte al hecho del garante que omite es accesorio cuando él puede cumplir su deber solo mediatamente, a través del autor por comisión. Es autor directo (paralelo) cuando puede impedir el resultado independientemente del autor por comisión.

I. Bases de la teoría de la autoría y la participación

Si para la realización de un tipo penal entra en consideración solo una persona, porque no han tomado parte en el hecho otros colaboradores —ya sea como personas que omiten de manera contraria al deber o que actúan—, no se generan problemas de autoría. Quien realiza el tipo de una ley penal tanto objetiva y subjetiva como antijurídicamente es autor de la realización del delito: “El autor es la *figura central* en la realización de los actos típicos de ejecución (§ 25). El partícipe es una figura secundaria que dispara el hecho del autor mediante una incitación (§ 26:

* Originalmente publicado en la revista *JuS (Juristische Schulung)*, fascículo 4/2017, pp. 289-295, con el título “Beihilfe durch Unterlassen”. Traducción del alemán de José R. Béguelin (Universidad de Buenos Aires). Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** Hasta su jubilación, el autor fue titular de la cátedra de derecho penal, procesal penal y filosofía del derecho de la Universidad de Bayreuth. Los símbolos §§ sin referencia a ninguna ley remiten al Código Penal alemán (StGB).

instigación) o que realiza un aporte al hecho mediante la prestación de ayuda (§ 27: complicidad)".¹

1. Delitos de comisión

En los delitos de comisión —se exigen requisitos especiales para la realización de los delitos de propia mano y, en la medida en que estos sean reconocidos, de los llamados *delitos de deber*—, según la teoría del dominio del hecho, decide respecto de la autoría el criterio del dominio del hecho: “La figura central del curso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que, si bien los partícipes también inciden en el hecho, no configuran su ejecución de forma decisiva”.²

a) Aunque en las cuestiones puntuales se sostienen diversas concepciones, la doctrina ha seguido en gran medida la teoría del dominio del hecho, elaborada amplia y diferenciadamente por ROXIN.³ No obstante, las discrepancias no se fundan en conceptos básicamente divergentes, sino en que el concepto del dominio del hecho abarca elementos normativos y fácticos,⁴ de tal manera que según cómo sean ponderados esos elementos se pueden fundar resultados diferentes. Así, p. ej., en la autoría mediata hay buenas razones para rechazar el dominio del hecho de una persona sobre un autor que actúa con plena responsabilidad si se acentúan aspectos normativos del dominio. Pero estas razones no son vinculantes si son ponderados con mayor énfasis los elementos fácticos. Aquí no se profundizará en esto, sino que solo ha de servir para señalar que las cuestiones controvertidas de delimitación, que por lo demás son propias de las delimitaciones conceptuales, no justifican la objeción de que la teoría del dominio del hecho es muy general, vacía de contenidos y, por tanto, carente de valor dogmático.⁵

b) Las teorías divergentes de la del dominio del hecho que han sido sostenidas en la doctrina no han tenido mucho eco, dado que han sido objeto de crítica en tanto teorías amplias de la autoría. Sin embargo, son adecuadas para esclarecer otros planteamientos de problemas puntuales

¹ ROXIN, AT II, 2003, § 25, n.º m. 10.

² ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 13.

³ Un panorama detallado sobre la literatura en: LK-StGB/SCHÜNEMANN, 12.ª ed., 2007, § 25, n.º m. 11; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., 2015, § 44, n.º m. 193 ss.

⁴ Al respecto, ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 198.

⁵ Al respecto, también ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 251, con citas de ARTHUR KAUFMANN, FS Hellmuth Mayer, 1966, p. 79 (pp. 87 s.); SCHÜNEMANN, GA 2016, p. 301 (p. 303).

de la teoría de la autoría y para concretizar, con argumentos autónomos, la definición del concepto de dominio.⁶

e) La jurisprudencia del BGH sigue una “teoría normativa combinada”,⁷ en la que se unen elementos de una teoría de los intereses de orientación subjetiva con los elementos de la teoría del dominio del hecho. Según ello, son puntos esenciales de partida para la autoría el grado del interés propio en el resultado del hecho, el alcance de la intervención en el hecho, el dominio del hecho, o al menos la voluntad de dominar el hecho, de tal manera que su ejecución y desenlace dependan de forma decisiva de la voluntad de la persona que es considerada autora.⁸ Luego, la decisión de si se trata de coautoría o complicidad se toma según la evaluación fáctica judicial.

Pero dado que los criterios particulares de valoración no son mencionados de modo concluyente ni son sopesados en una jerarquía, el resultado de la evaluación fáctica judicial no es determinable de antemano, sino que solo puede ser comprendida bajo puntos de vista de plausibilidad.⁹ Con ello, en definitiva se demuestra que, con la “teoría normativa combinada”, en la delimitación entre autoría y participación el BGH ha creado un margen de discrecionalidad tan amplio como el que había establecido el RG con la llamada *teoría del animus*,¹⁰ en la que no fueron definidos de manera comprensible los elementos del concepto de “*animus auctoris*” ni los del “*animus socii*”.

2. Delitos de omisión

No hay gran consenso respecto de la delimitación entre complicidad y autoría en el ámbito de la omisión. Únicamente se reconoce en gran medida que el dominio del hecho, entendido como dominio de la acción, no ofrece las bases para una diferenciación, pues el que omite de manera contraria al deber precisamente no domina, junto a un autor que actúa de forma activa, el acontecer. La posibilidad de lograr el dominio del hecho, empero, evidentemente no es idéntica a

⁶ En detalle, respecto de la discusión: LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 12 ss.; ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 200 ss.

⁷ LK-StGB/ROXIN, 11.ª ed., 1992, § 25, n.º m. 20.

⁸ En esa medida, instructivo, BGH, StV 1981, p. 275; últimamente BGH, StV 2016, p. 648 = JuS 2016, p. 658 (HECKER). Por lo demás, cfr. el panorama en LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 28; OTTO, AT, 7.ª ed., 2004, § 21, n.º m. 28, nota 6; ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 22, nota 22.

⁹ Al respecto, también LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 34; ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 24 s.

¹⁰ Al respecto, también LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 31, 125, 181.

la situación de ejercer el dominio del hecho. En esa medida, remitir al dominio del hecho, también aquí, como criterio decisivo,¹¹ es errado si no se le otorga al concepto un contenido autónomo. En todo caso, la posibilidad de impedir el resultado, en cuanto tal, no puede ser el criterio de delimitación, pues “es presupuesto de toda omisión jurídico-penal, sea autoría o participación”.¹²

II. La posibilidad de una complicidad por omisión

1. La jurisprudencia del BGH

En la delimitación entre autoría y participación en el ámbito de la omisión, el BGH también sigue la “teoría normativa combinada” y, con ello, realiza la delimitación en la omisión de la misma manera que en la comisión. El punto de partida es una consideración subjetiva: “Varias personas pueden causar en común el mismo resultado jurídico-penal de diversa manera, tanto mediante una acción prohibida, como mediante una omisión contraria al deber y, según su actitud interna hacia el hecho y hacia el resultado (dirección de la voluntad, dominio del hecho, interés en el resultado, alcance de la realización por sí mismo del tipo), en calidad de coautor, instigador o cómplice”.¹³ No obstante, esta “teoría subjetiva”¹⁴ es complementada con el criterio del dominio del hecho: “dominio sobre la situación fáctica”,¹⁵ con lo cual en parte se recurre alternativamente a los diferentes criterios con un punto de vista valorativo, pues según la concepción del BGH, “la actitud interna del omitente hacia el hecho o bien su dominio del hecho son determinantes”.¹⁶

¹¹ Cfr. GÖSSEL, ZStW, t. 96 (1984), p. 321 (334); HEINE/WEIBER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 29.ª ed., 2014, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102; MüKoStGB/JOECKS, 3.ª ed., 2017, § 25, n.º m. 281; RANSIEK, JuS 2010, p. 678 (680); RENGIER, JuS 2010, p. 281 (284); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 46.ª ed., 2016, n.º m. 1034.

¹² HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (624). Respecto de la crítica, detalladamente, SCHWAB, Täterschaft u. Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, pp. 72 ss.

¹³ BGHSt, t. 2, p. 150 (151), también en NJW 1952, p. 552.

¹⁴ En la bibliografía moderna sostienen una teoría subjetiva: ARZT, JA 1980, p. 553 (558); ÍDEM, StV 1986, p. 337; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, 11.ª ed. 2003, § 29, n.º m. 59 ss.

¹⁵ BGHSt, t. 2, p. 150 (156), también en NJW 1952, p. 552.

¹⁶ BGH, NStZ 2009, p. 321 (322).

La jurisprudencia del BGH¹⁷ ha sido objeto de extensa crítica,¹⁸ pues, por un lado, no es posible deducir de una omisión una “voluntad de autor”, por el otro, la posibilidad de ejercer el dominio no es idéntica al ejercicio real del dominio y, por último, la mera posibilidad de impedir el resultado, en tanto presupuesto de toda omisión típica, no genera la posibilidad de diferenciar entre autoría y participación.

2. La teoría de los delitos de deber

Según la teoría de los delitos de deber, fundada por ROXIN, los delitos impropios de omisión son delitos de deber. Figura central y autor de estos delitos es quien lesiona un deber especial que le compete.¹⁹ Para los delitos impropios de omisión, esto significa que es autor quien lesiona el deber de impedir el resultado que funda el tipo penal y cumple con los demás presupuestos típicos. Entonces, la participación por omisión entra en consideración, esencialmente, solo en los casos en que un garante no hace nada en contra del autor de un delito de propia mano, o en los que se requieren elementos subjetivos del tipo que el garante no cumple, p. ej., un ánimo de apropiarse o de enriquecimiento.²⁰

En contra de la teoría de los delitos de deber se afirma que su aplicación práctica conduce a contradicciones valorativas cuando el omitente que es garante realiza, a la vez, una complicidad activa. La relación concursal que se genera así no podría resolverse sin contradicciones valorativas: si la omisión es juzgada como menos grave y, por tanto, se propugna la prioridad de la complicidad, el afectado es puesto, en razón de la atenuación obligatoria de pena del § 27 II, en

¹⁷ Panorama sobre la jurisprudencia: LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 206; MOSENHEUER, *Unterlassen u. Beteiligung*, 2009, pp. 162 ss.; ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 126 ss.; SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, 2000, pp. 8 ss.

¹⁸ Cfr. BECKER, HRRS 2009, p. 242 (244 s.); LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 206; MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 164 s.; ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 132 ss.; SERING, *supra* nota 17, pp. 16 ss.

¹⁹ ROXIN, *supra* nota 3, pp. 458 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 267 ss.; cfr. también CRAMER, FS Bockelmann, 1979, p. 389 (395 s.); HERZBERG, *Täterschaft u. Teilnahme*, 1977, p. 33; JAKOBS, AT, 2.ª ed. 1991, 21/116 ss.; KÜHL, AT, 8.ª ed. 2017, § 20, n.º m. 14; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt u. Beteiligung*, 1999, pp. 22 ss.

²⁰ Cfr. ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 483; ÍDEM, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 140 ss. Aprobatorio, FRISTER, AT, 7.ª ed. 2015, 26/40; MITSCH, *Jura* 1989, p. 193 (197); NK-StGB/WOHLERS/GAEDE, 4.ª ed. 2013, § 13, n.º m. 26; PARADISSIS, *Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen*, 2015, p. 215; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik d. unechten Unterlassungsdelikte u. der Gedanke d. Ingerenz*, 1966, pp. 138 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed. 2011, § 14, n.º m. 13.

una mejor posición que si no hubiera realizado la complicidad activa porque, en ese caso, solo entraría en consideración la punibilidad por omisión. En cambio, si se hace retroceder la complicidad, es indiferente para el veredicto de culpabilidad que el autor por omisión haya prestado una ayuda activa o no.²¹ Empero, esta argumentación no es ineludible. Si se sigue la moderna jurisprudencia del BGH, según la cual al aplicar la escala penal atenuada se debe llevar a cabo una valoración global de todas las circunstancias del caso,²² pueden compensarse las divergencias dentro de la escala penal.

De mayor peso es, en cambio, la objeción de que aplicar la teoría de los delitos de deber a delitos impropios de omisión, con la consecuencia de que el garante que omite siempre deba ser visto como autor, contradice la regla de los §§ 25-27. Así se anula la diferenciación entre autoría y complicidad. Esto es, en efecto, inconciliable con la ley, porque de esta no se puede extraer ningún indicio de que en la omisión el legislador haya dejado sin efecto la diferenciación de los §§ 25-27.²³

A esto, ROXIN le critica “que de ningún modo puede haber una complicidad genuina por omisión, porque la forma de intervención de la complicidad ha sido desarrollada para los delitos dolosos de comisión”, ya que: “la complicidad es una agresión accesoria al bien jurídico, es decir, un aspirar activamente a la realización del tipo penal a través de la persona del autor. Esto le falta al garante que omite, cuya punibilidad solo se funda en su inactividad”.²⁴

Esta objeción es acertada en la medida en que la accesoriedad de la complicidad en el ámbito de la omisión no puede ser idéntica a la del delito de comisión. Pero esto es obvio, porque aquí también hay que tener en cuenta la diferencia entre el hacer activo y la omisión. Ello, sin lugar a dudas, es posible.²⁵

²¹ Cfr. MOSENHEUER, *supra* nota 17, pp. 122 ss.; SCHWAB, *supra* nota 12, pp. 172 ss.

²² Cfr. BGH, NJW 1998, p. 3068.

²³ Cfr. también HOFFMANN-HOLLAND, ZStW t. 118 (2006), p. 620 (626 s.); MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 175; SERING, *supra* nota 17, pp. 48 s.

²⁴ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 491; cfr. también ÍDEM, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 141.

²⁵ Cfr. p. ej. RANFT, ZStW t. 94 (1982), p. 815 (828 ss.); ÍDEM, FS Otto, 2007, p. 403 (409 s.). Más, al respecto, en el punto III 2.

3. Comisión por omisión como forma autónoma de intervención

Según una concepción sostenida por GRÜNWALD, Armin KAUFMANN y WELZEL,²⁶ la comisión por omisión tiene que ser considerada como forma autónoma de intervención, dado que, por un lado, no hay criterios racionales para delimitar la autoría de la participación²⁷, por otro lado, el omitente tiene aun menos dominio del hecho que el cómplice que actúa activamente²⁸ y, por último, no hay dolo de omisión porque el dolo solo es posible como conducción final de un curso causal.²⁹

Si bien los criterios de delimitación entre autoría y participación en el ámbito de la omisión están discutidos, la mera referencia a la falta de dominio por parte del autor es un recurso al criterio del dominio del hecho que aquí es poco idóneo como criterio de delimitación. Además, la decisión del garante de omitir la acción conforme a deber se corresponde completamente con el dolo.³⁰ Por tanto, estos argumentos no legitiman apartarse de la regulación legal de la participación.³¹ En los tiempos que le siguieron, esta teoría tampoco tuvo más defensores.

4. La teoría de la complicidad unitaria

De la teoría del dominio del hecho infieren una conclusión en cierto modo opuesta aquellos que señalan que el dominio potencial del hecho del garante que omite no puede fundar su autoría cuando otro tiene el dominio fáctico del hecho. Por ello, al garante que se halla junto al autor por comisión solo le correspondería el rol de una figura secundaria, que favorece el hecho del autor por comisión. Junto al autor por comisión activa, el garante solo podría ser cómplice.³² El que actúa activamente le bloquearía el acceso directo al resultado al garante que permanece inactivo. La punibilidad de este último dependería de la del que actúa activamente. Valorar su conducta

²⁶ GRÜNWALD, GA 1959, p. 110; Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik d. Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 291 ss.; WELZEL, *Das Dt. StrafR*, 11.ª ed. 1969, p. 222.

²⁷ Armin KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 302.

²⁸ GRÜNWALD, GA 1959, p. 110 (113).

²⁹ Armin KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 60 ss., 148 ss., 309 ss.; WELZEL, *supra* nota 26, p. 204 s.

³⁰ Cfr. también HOFFMAN-HOLLAND, *ZStW*, t. 118 (2006), p. 620 (622); ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 185 ss.

³¹ Cfr. también MOSENHEUER (*supra* nota 17), p. 157; ROXIN (*supra* nota 3), p. 468 s.

³² Cfr. GALLAS, *JZ* 1952, p. 371 (372); IDEM, *JZ* 1960, p. 686; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed. 1996, § 64 III 5; KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 230; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 28.ª ed. 2014, § 27, n.º m. 5; RANFT, *ZStW*, t. 94 (1982), p. 815 (829 ss., 845 s.); SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2.ª ed. 1984, 17/12.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año III, número 5 (2017)

como participación surge, según esto, ya del principio de accesoriedad.³³ Además, en general el salvamento directo le impone al garante menores exigencias que la superación de una voluntad de actuar opuesta.³⁴ Esta diferencia en la situación de hecho entre la acción de un hombre y los efectos de las fuerzas de la naturaleza estaría expresada por completo en la regulación de la participación en los delitos de comisión.³⁵

La autoría del omitente solo podría fundarse cuando el autor por comisión haya finalizado su actividad y ya no pueda influir directamente en el acontecer.³⁶ La producción del resultado, en esta situación, ya no sería accesoria, dependiente de la acción del autor por comisión, sino que solo dependería del garante que omite, que no necesita incidir en el autor por comisión, sino que simplemente tiene que interrumpir, conforme al deber, el curso causal que ha sido puesto en marcha.

En contra de la teoría de la complicidad unitaria, se afirma que no hay diferencias entre que el garante no impida que el autor por comisión ahogue a un niño y que no salve al niño que se ha caído por sí mismo al río. Lo decisivo sería que el garante no salve al niño, pero no la cuestión de cómo nació el peligro.³⁷ La acción de salvamento tampoco sería, en principio, más difícil según que el riesgo a impedir hubiera sido causado por un hecho natural o por un hombre, y que el garante que omite sea, respecto del autor por comisión, una figura secundaria, solo sería acertado según el punto de vista del dominio del hecho.³⁸

No obstante, cuando se hace remisión al dominio del hecho al caracterizar al garante omitente como figura secundaria, se desconoce el objeto de referencia de la figura secundaria. Este no es el señor del hecho, sino la figura central del acontecer, que caracteriza la posición de autoría en el ámbito de la comisión y de la omisión. El equiparar la creación de un riesgo por parte de un hombre con la de una fuerza de la naturaleza también abarca solo una parte de la problemática, pues la creación de riesgo en cuanto tal no es un criterio de diferenciación adecuado, sino que lo

³³ Detalladamente, RANFT, ZStW t. 94 (1982), p. 815 (839 ss.); al respecto, también, SOWADA, Jura 1986, p. 399 (403 s.).

³⁴ GALLAS, JZ 1960, p. 686 (687); KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 230.

³⁵ Al respecto, cfr. ARZT, JA 1980, p. 553 (558); HERZBERG, Die Unterlassung im StrafR u. das Garantenprinzip, 1972, p. 260 s.

³⁶ Cfr. GALLAS, JZ 1952, p. 371 (372 s.); ÍDEM, JZ 1960, p. 686 (687 s.); JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 32, § 64 III 5.

³⁷ ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 152; cfr. también MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 188.

³⁸ ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 153 ss.

son las diferencias en la realización del impedimento del resultado. Aquí no se trata del grado de dificultad o del alcance de los esfuerzos, sino de las diversas *formas* de evitar el resultado. Si, para evitar el resultado, el garante tiene que incidir directamente en la voluntad del autor por comisión, es decir, si tiene que cambiar la voluntad de quien actúa como señor del hecho, este incidir es, al mismo tiempo, un acontecer que afecta la responsabilidad de otra persona. Pero esto es materialmente diferente a la interrupción autónoma de un curso causal peligroso. En correspondencia con ello, también es necesaria una imputación diferenciada de responsabilidad jurídico-penal.³⁹

Con todo, la mera distinción según la cual siempre es cómplice el garante que omite junto a un autor que actúa activamente, no agota las posibilidades de diferenciación jurídica. La definición de las diversas posiciones de responsabilidad que aquí son relevantes debe realizarse a partir de la situación de hecho. Pues así como es posible un cambio de la figura central dentro del hecho cuando el autor que actúa abandona el dominio sobre la situación luego de que la tentativa está acabada, como p. ej. cuando se aleja del lugar del hecho, también es posible una atribución diferenciada de responsabilidad según que el garante solo pueda evitar el resultado por medio de una incidencia directa en la voluntad del autor que actúa o que pueda recurrir a otras posibilidades de evitación del resultado, p. ej. por medio de avisarle a la víctima si el resultado se producirá pasado determinado tiempo.⁴⁰

5. Ponderación del dominio potencial del hecho

También en la medida en que se reconozca que el garante que omite de manera contraria al deber no puede ser señor del hecho en el sentido de los delitos de comisión, al “tema del dominio del hecho”, no obstante, se le da el significado de un punto de referencia para distinguir entre autoría y participación en el ámbito de la omisión cuando se recurre al dominio potencial del hecho por parte del garante que omite y se ponderan diferenciadamente sus posibilidades de injerencia. Que el garante tenga el dominio potencial del hecho “depende de cuán fácil o difícil le habría sido asumir el ‘dominio del hecho’, es decir, configurar el acontecer de tal manera que la realización del tipo penal pudiera haber sido evitada”.⁴¹ Por regla general, en razón de esta valoración, el garante será cómplice, dado que no sería igual de difícil superar la voluntad de

³⁹ Cfr. OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º m. 43 s.; RANFT, FS Otto, *supra* nota 27, p. 403 (407 s.); SOWADA, Jura 1986, p. 399 (402 s.).

⁴⁰ Más, al respecto, en el punto III 2.

⁴¹ LK-StGB/WEIGEND, 12.^a ed. 2007, § 13, n.º m. 94.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año III, número 5 (2017)

autoría activa del autor por comisión que hacer uso activo del propio poder de hecho. Pero si el garante puede, en todo momento y sin esfuerzos, impedir que se realice el tipo, entraría en consideración la autoría del garante.⁴²

En contra de la diferenciación según el grado de posibilidades de incidir que tiene el garante, se ha afirmado que, así, la distinción entre autoría y participación se aleja de la ley. Los §§ 25-27 se referirían a la “intervención en el hecho”. Solo con esa referencia se debería decidir si el actuante es la figura central o accesoria, pero no con referencia al hecho potencial de salvamento.⁴³ Sin embargo, esto no convence, pues la situación de hecho, en lo atinente al garante, se caracteriza por el deber de salvamento y las posibilidades de salvamento.

La objeción de que la posibilidad de evitar el resultado ya es un requisito de la punibilidad por omisión y que, por tanto, no permite distinguir entre autoría y participación por omisión,⁴⁴ no afecta la problemática, pues el grado de dificultad del cumplimiento del deber no es idéntico al deber de evitar el resultado. Pero de más peso es el argumento de que la dificultad de la evitación del resultado no es un criterio de delimitación persuasivo porque, en una omisión del garante sin autor por comisión, sería indiferente para la autoría del omitente.⁴⁵ Por último, es convincente la valoración de que la diferenciación genera, en la aplicación práctica, dificultades relevantes, si no insuperables. Pues por un lado, respecto del grado de dificultad de una evitación del resultado omitida, serían posibles puntos de vista muy diversos, de manera que tal delimitación llevaría fácilmente a arbitrariedades. Por otro lado, en muchos casos no se podría averiguar el grado de dificultad de la evitación del resultado, dado que se trataría de un curso causal hipotético.⁴⁶

⁴² LK-StGB/WEIGEND, *supra* nota 41, § 13, n.º m. 94; cfr. también GÖSSEL, ZStW t. 96 (1984), p. 321 (334 s.); HEINE/WEIBER en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *supra* nota 11, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102; HEINRICH, AT, 5.ª ed. 2016, n.º m. 1214; JOECKS, StGB, 11.ª ed. 2014, § 13, n.º m. 84; MüKoStGB/JOECKS, *supra* nota 11, § 25, n.º m. 281; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT II, 7.ª ed. 1989, § 47, n.º m. 11; RENGIER, AT, 8.ª ed. 2016, § 51, n.º m. 20 s.; SATZGER, Jura 2015, p. 1055 (1063); SCHROEDER; Der Täter hinter dem Täter, 1965, p. 105 ss.; WESSELS/BEULKE/SAZGTER, *supra* nota 11, n.º m. 1034. Con el mismo punto de partida, pero diferente en la ponderación: MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 195 s. (es determinante la medida del dominio de la decisión); SERING (*supra* nota 17), p. 91 s. (es determinante la influencia de la omisión sobre la motivación del autor por comisión); SCHWAB (*supra* nota 12), p. 189 ss., 197 (delimitación basada en la cláusula de equivalencia del § 13).

⁴³ HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (625).

⁴⁴ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 499.

⁴⁵ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 502.

⁴⁶ ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 500 s.

6. Diferenciación según la clase de posición de garante: teoría formal del garante

a) Diferenciación entre posiciones de garante de protección y de vigilancia

Otra diferenciación entre autoría y participación se basa en la clase de posición de garante. Los garantes de protección, que tienen que defender un determinado bien jurídico contra toda forma de agresión, como p. ej. los padres frente a sus hijos, siempre deberían ser considerados como autores del delito de omisión. En cambio, los garantes de vigilancia, que solo tienen que vigilar determinadas fuentes de peligro, deberían ser cómplices por omisión cuando no impiden que la fuente de peligro que deben vigilar dañe antijurídicamente a un tercero.⁴⁷

Se argumenta que el garante de protección está directamente obligado respecto del bien jurídico y que, por tanto, está más cerca de este último que el garante de vigilancia, quien no está directamente obligado respecto del bien jurídico protegido, sino solo indirectamente, porque su vinculación está mediada por la fuente de peligro.⁴⁸ De manera crítica, y acertadamente, se afirma en contra de ello que el garante está obligado por ley a impedir el resultado y que, en la ley, no hay ningún apoyo para diferenciar entre posiciones de garante que funden la autoría y posiciones de garante que funden la complicidad. El garante estaría obligado por ley, sin más, a evitar el resultado. Este deber no tendría niveles, sino que, en esa medida, sería idéntico para todas las posiciones de garante. Además, con frecuencia coinciden ambas clases de posición de garante, de modo que la distinción no sería posible. En situaciones concretas, los deberes de garante podrían ser interpretados como deberes de protección y como deberes de vigilancia.⁴⁹

⁴⁷ Respecto de esta teoría fundada por SCHRÖDER —por última vez en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.ª ed. 1977, comentario previo al § 47, n.º m. 102 ss.— y desarrollada por HERZBERG —*supra* nota 35, p. 257 ss.; ÍDEM, *supra* nota 19, p. 82 ss.—, cfr. también BUSSE, Täterschaft u. Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 1974, p. 352 ss.; GEPPERT, Jura 1999, p. 266 (271); GROPP, AT, 4.ª ed. 2015, § 10, n.º m. 312; SCHWAB, *supra* nota 12, p. 91 ss.; SEIER, JA 1990, p. 382 ss.

⁴⁸ Al respecto, BUSSE, *supra* nota 47, p. 294 ss., 407 ss.; HERZBERG, *supra* nota 35, p. 261; ÍDEM, *supra* nota 19, p. 83.

⁴⁹ Respecto de la crítica, en detalle, ARZT, JA 1980, p. 553 (559); BLOY, JA 1987, p. 490 (492); HEINE/WEIBER en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *supra* nota 11, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102; HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (627); MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 178 ss.; NK-StGB/WOHLERS/GAEDE, *supra* nota 20, § 13, n.º m. 26; PARADISSIS, *supra* nota 20, p. 214; RANFT, ZStW, t. 94 (1982), p. 815 (858 ss.); ROXIN, *supra* nota 3, § 44, n.º m. 494; ÍDEM, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 166 ss.; SCHWAB, *supra* nota 12, p. 106 ss.; SERING, *supra* nota 17, p. 67 ss.; SOWADA, Jura 1986, p. 399 (407); STRATENWERTH/KUHLEN, *supra* nota 20, § 14, n.º m. 11.

b) Diferenciación entre deberes de garante por competencia organizacional y por competencia institucional

Con la delimitación entre posiciones de garante por competencia organizacional y por competencia institucional, JAKOBS trata la objeción de que la distinción entre garantes de protección y de vigilancia carece de precisión delimitadora.

Según él, los deberes por competencia institucional se fundan en relaciones duraderas y jurídicamente reconocidas, que son de importancia elemental para que exista la sociedad, como p. ej. el vínculo entre padres e hijos o el matrimonio. Aquí, el garante está obligado a proteger de manera amplia la subsistencia de los bienes relevantes. La lesión del deber atenta, al mismo tiempo, contra la institución. Por tanto, el garante que omite sería siempre autor.⁵⁰ Los deberes por competencia organizacional —p. ej., deberes por injerencia o de la seguridad en el tráfico—, se dirigen a que toda persona, al configurar su ámbito de organización, siempre tiene que respetar a los demás. Ante la lesión de estos deberes, la distinción entre autoría y participación debería trazarse como en los delitos de comisión, es decir, según el alcance del aporte para la configuración del hecho.⁵¹ Si las participaciones en la configuración de la realización del tipo penal, que pertenecerían al ámbito de organización del autor por omisión, co-determinan la configuración del hecho en igual medida que el aporte del autor principal, se daría una coautoría; si fueran más débiles, estaría dada una complicidad.⁵²

Por más que, aquí, la separación entre las posiciones de garante en particular se logre mejor que con la delimitación entre garantes de protección y de vigilancia, sigue en pie el reparo de que es arbitraria la necesaria comparación entre el aporte del autor por comisión para configurar el hecho y el aporte del garante. La ponderación del deber de evitar el resultado según los diversos aportes al hecho no puede pasar por alto que la lesión del deber de evitar el resultado equivale a realizar el tipo legal mediante una acción. Por cierto, se podría objetar que cuando el menoscabo de un deber institucional, además de afectar el bien protegido inmediato, lesiona al mismo tiempo la institución, el doble atentado justifica valorarlo como conducta de autor. Sin embargo, en los

⁵⁰ JAKOBS, *supra* nota 19, 29/58 ss., 29/106.

⁵¹ JAKOBS, *supra* nota 19, 29/101 s.

⁵² JAKOBS, *supra* nota 19, 29/102.

casos en que solo se afecta un bien protegido, ello debería conducir a la complicidad general. Pero aquí, precisamente, no se trata de esto.⁵³

7. La teoría material del garante

Con una teoría material del garante que pone de resalto la “alternancia” de la posición de garante, SCHÜNEMANN⁵⁴ quiere invalidar la crítica a las teorías formales del garante consistente en que, en las posiciones de garante mencionadas, el omitente debería responder de igual manera por la evitación del resultado, es decir, que en la ley no habría un punto de apoyo para una escala entre posiciones de garante que fundan la autoría y posiciones de garante que fundan la complicidad. Él parte de la base de que en los delitos impropios de omisión, el dominio del garante sobre la causa del resultado equivale y sustituye al actuar activo de los delitos de comisión. Por tanto, en la etapa de la ejecución, el garante tiene la misma responsabilidad por el hecho que el autor por comisión y, en consecuencia, es responsable como autor (por omisión), mientras que una omisión en la etapa de la preparación, al igual que una colaboración activa, solo puede fundar la complicidad.⁵⁵

Aquí no se da un escalonamiento según las posiciones de garante orientadas a la autoría y a la complicidad, y se toma en consideración la necesidad, que se halla detrás de algunas teorías, de una valoración diferenciada, suficientemente determinada, de la autoría y la participación, basada en la posición del garante en el hecho global.⁵⁶ No obstante, la diferenciación todavía puede ser atacada porque se apoya en la premisa de que una colaboración activa en la etapa de preparación de la realización de un tipo podría fundar solo la complicidad. Pero precisamente esto es controvertido, y con razón. Pues así se desconoce que hay aportes al hecho en la etapa de preparación que son tan significativos que la falta de inmediatez respecto del hecho es compensada

⁵³ Respecto de la crítica, cfr. también HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (628 s.); MOSENHEUER, *supra* nota 17., p. 181 ss.; SCHWAB, *supra* nota 12, p. 120 ss. Tampoco aporta mucho más la diferenciación de HOFFMANN-HOLLAND, ZStW, t. 118 (2006), p. 620 (633 ss.), entre deberes de garantes orientados a la situación, p. ej. los deberes de garante por injerencia y el dominio fáctico, y los deberes de garante independientes de la situación, p. ej. el deber de garante de los padres frente a los hijos, porque, en la situación concreta de peligro, el deber de garante se realiza siempre orientado a la situación. En cambio, de la distinción formal no puede extraerse ninguna ponderación.

⁵⁴ LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 211.

⁵⁵ LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 25, n.º m. 211. Coincidente en lo sustancial, BECKER, HRRS 2009, p. 242 (248 s.).

⁵⁶ Respecto de una valoración global semejante, cfr. también BOSCH, JA 2007, p. 418 (421); OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º m. 50.

por la importancia del aporte respecto de la realización del hecho y por la posición del autor dentro de la organización total, p. ej. en el ámbito económico. Aquí, el hecho criminal se caracteriza, con frecuencia, por la circunstancia de que quienes tienen en sus manos la decisión actúan muy lejos de la ejecución directa del hecho.⁵⁷

III. Toma de posición

1. Punto de partida

El punto de partida de la delimitación entre autoría y participación es la caracterización del autor como figura central en la realización del ilícito comprendido en el tipo y del partícipe como figura secundaria.⁵⁸ Esto también vale para la constelación de casos en la que convergen, en la realización del ilícito, un autor por comisión activa y un garante que omite de manera contraria al deber. Con todo, la figura central y la secundaria no son conceptos subsumibles, sino más bien imágenes que deben ser concretizadas mediante la descripción de la situación de hecho relevante y de su posterior comprensión conceptual.

La ley da indicios a favor de describir al autor como figura central y al partícipe como figura secundaria, pues parte de que el autor comete el hecho punible por sí mismo o a través de otro, mientras que el partícipe presta una ayuda al hecho antijurídico del autor cometido dolosamente, §§ 25, 27. En esa medida, la agresión del cómplice contra el bien jurídico es accesoria al hecho del autor y esta accesoriadad posibilita una ponderación material del aporte al hecho.

⁵⁷ Al respecto, OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º 61; ÍDEM, *Jura* 1998, p. 409 (410). Cfr. también BGH, NJW 2016, p. 2585 (2599), con más referencias bibliográficas; BEULKE, JR 1980, p. 423; CRAMER, FS Bockelmann, *supra* nota 19, p. 389 (400 ss.); GEPPERT, *Jura* 2011, p. 30 (34); GROPP, *supra* nota 47, § 10, n.º m. 180 s.; GRAUL, GS Meurer, 2002, p. 89 (91 ss.); JAKOBS, *supra* nota 19, 21/52; KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 110 ss.; KÜPPER, GA 1986, p. 437 (445 s.); LACKNER/KÜHL, *supra* nota 32, § 25, nota 11; MüKoStGB/JOECKS, *supra* nota 11, § 25, n.º m. 174 ss.; RENGIER, JuS 2010, p. 281; Seelmann, JuS 1980, p. 571; SEHER, JuS 2009, p. 304 (308); STRATENWERTH/KUHLEN, *supra* nota 20, § 12, n.º m. 94. De otra opinión, BLOY, GA 1996, p. 424 (442); BUTTEL/ROTSCH, JuS 1995, p. 1096 (1101); ERB, JuS 1992, p. 197; GIMBERNAT ORDEIG, ZStW, t. 80 (1968), p. 915 (931 ss.); HARDWIG, JZ 1965, p. 667; HERZBERG, JZ 1991, p. 856 (859 ss.); PUPPE, FS Spinellis, 2001, p. 915 (931 ss.); RENZIOWSKI, Restriktiver Täterbegriff u. fahrl. Beteiligung, 1977, p. 32 s.; ROXIN, *supra* nota 3, p. 292 ss; ÍDEM, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 198 ss.; RUDOLPHI, FS Bockelmann, *supra* nota 19, p. 369 (372 ss.); ZIESCHANG, ZStW, t. 107 (1995), p. 361 (371 ss.).

⁵⁸ ROXIN, *supra* nota 1, § 25, n.º m. 10.

2. La accesoriadad de la participación del garante que omite

En el ámbito de la comisión, la agresión accesoria del bien jurídico por parte del cómplice se lleva a cabo de tal manera “que el partícipe incide en el resultado a través del autor (es decir, a través de su intermediación)”.⁵⁹ Esta situación no tiene una equivalencia exacta en el caso del garante que omite, dado que este, precisamente, no incide en el autor ni en su hecho, porque entonces habría una intervención activa. Pero esto no conduce forzosamente a la consecuencia de que la diferenciación entre autoría y participación esté hecha a la medida de las acciones positivas y que no haya un paralelismo en las omisiones.⁶⁰ La accesoriadad tiene que ser definida aquí conforme a la situación de omisión.

El aporte del garante omitente al resultado realizado por el autor por comisión que actuó dolosamente solo puede ser ilícito de participación y caracterizar como figura secundaria al garante que omite cuando ese aporte es indirecto. Esto funda que la punibilidad del omitente dependa de la del autor por comisión.

Con todo, esta dependencia necesaria debe ser concebida no solo fáctica,⁶¹ sino también normativamente.⁶² Por tanto, cuando una omisión es caracterizada como participación, no se trata de la importancia de la influencia en la voluntad del autor o del esfuerzo necesario para modificarla, o bien de constatar si la voluntad del autor es fácil o difícil de modificar. Estas son circunstancias solo fácticas que, además, en cuanto criterios de delimitación son demasiado indeterminados y, así, pueden llevar a diferenciaciones arbitrarias. Lo decisivo aquí no es la importancia, sino la *forma* del posible aporte al hecho.

Superar una voluntad de acción contraria no solo le impone al garante, en general, requisitos más exigentes que el salvamento directo, como lo dice GALLAS,⁶³ sino que, según puntos de vista jurídicos y valorativos, es diferente a un salvamento, dado el caso, fácticamente más difícil,

⁵⁹ ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 141.

⁶⁰ Así, ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 141, con referencias a CRAMER/HEINE en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26.ª ed. 2001, comentario previo a los §§ 25 ss., n.º m. 102.

⁶¹ Esto no se correspondería con las exigencias de la participación en el ámbito de la comisión; en esta medida, hay que darle la razón a BLOY, JA 1987, p. 490 (493).

⁶² Detalladamente, al respecto, RANFT, ZStW, t. 94 (1982), p. 815 (829 ss.); ÍDEM, FS Otto, *supra* nota 27, p. 403 (409 s.).

⁶³ GALLAS, JZ 1960, p. 686 (687).

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año III, número 5 (2017)

porque aquí se trata de imputaciones jurídicas. Es necesaria una atribución diferenciada de responsabilidad.⁶⁴

Dado que el derecho penal parte de la base de la responsabilidad propia de cada persona actuante, en el caso en que, p. ej., un piedrazo está a punto de poner en peligro la vida de una persona que el garante ha de proteger, no se plantea la cuestión de una atribución diferenciada de responsabilidad. En cambio, distinto es cuando un tercero, a saber, un autor que actúa activamente, amenaza la vida de la persona que es objeto de protección. Aquí es necesario diferenciar entre el que tiene la posición central de responsabilidad y aquel a quien le puede caber el rol de una figura secundaria.

En el marco de la necesaria atribución de responsabilidad, sin dudas parece adecuado concebir al autor por comisión, que actúa activamente, como figura central del hecho, y a aquel que omite incidir directamente en la voluntad del que actúa activamente para sacarlo de su rol de señor del hecho, parece adecuado reconocerle solo el rol de una figura secundaria junto a la figura central del hecho: si el garante omite incidir directamente en la voluntad del señor del hecho, demuestra que se somete a la voluntad de él. Queda como figura secundaria, pero no es la figura central del hecho.

Con todo —y esto, lamentablemente, no es analizado por la teoría de la complicidad unitaria— la situación no se agota, sin excepciones, en los casos descriptos. Pues esta valoración y esta atribución de responsabilidad solo pueden valer si al garante que omite no le es inmediatamente accesible el salvamento que evitaría la realización del resultado. En este caso, la evitación del resultado, precisamente, no depende de una modificación de la voluntad del autor por comisión que el garante tuviese que lograr con su influencia. La situación es, en el aspecto jurídico, idéntica a la del autor por comisión que, luego de la tentativa acabada, abandona el lugar del hecho y el garante reconoce la posibilidad de interrumpir el curso causal puesto en marcha por el autor por comisión. Se abre una posibilidad de evitar el resultado junto a la influencia directa sobre la voluntad del autor por comisión cuando el garante, p. ej., reconoce que o bien puede motivar al autor que le ha echado veneno en la bebida de la víctima, mediante amenazas de denunciar el hecho, para que vuelque el trago envenenado, o bien puede advertir a la víctima a tiempo.

⁶⁴ Al respecto, ya OTTO, *supra* nota 8, § 21, n.º m. 44.

Por tanto, si para el garante es posible impedir el resultado sin ejercer una influencia inmediata sobre la voluntad del autor por comisión y no hace uso de esa posibilidad, será autor (paralelo) junto al autor por comisión. Él es autónomamente responsable por el resultado y no tiene solo un rol como figura secundaria del hecho, dependiente del autor por comisión.

3. El alcance del deber de garante

a) Por cierto, al delimitar la autoría de la participación por acción positiva se sigue haciendo hincapié en que el aporte del cómplice tiene que haber sido causal respecto del resultado del hecho principal (o bien para la acción del autor principal). Sin embargo, se señala, en amplio consenso, que la causalidad no solo está dada cuando el resultado no se habría producido con probabilidad lindante en la seguridad, sino también cuando la complicidad posibilita el resultado, lo facilita, lo intensifica o asegura su éxito. Por tanto, materialmente se trata de constatar valorativamente si el cómplice fue tan útil para la realización del resultado del autor que se funda la conclusión de que ha cooperado en la realización del resultado. Según esto, lo importante es si el partícipe, con su conducta, ha incrementado el peligro para el bien jurídico que, en los delitos de resultado, se ha realizado en la lesión del bien jurídico.⁶⁵

b) Si se trasladan estos criterios a la complicidad por omisión y se los adecua a la situación de omisión, se deriva que está obligado a dificultar el hecho el garante que no puede impedir el resultado con probabilidad lindante en la seguridad pero probablemente sí puede, con su injerencia, *dificultar* la realización del tipo.

Esta conclusión solo es consecuente si, con la teoría del incremento del riesgo, no se hace depender la imputación del resultado de la posibilidad lindante en la seguridad de evitar el resultado, sino que, en el ámbito de la omisión, se afirma que basta con la co-causación hipotética por haber omitido disminuir el riesgo.⁶⁶

No obstante, en este contexto, primero hay que excluir una confusión obvia: el deber de dificultar la realización del resultado no se dirige a desarrollar una actividad sin sentido. ROXIN se pregunta, con razón: “¿Por qué, p. ej., hay que salir corriendo con bienes ajenos para protegerlos de los ladrones, cuando ya no se puede huir de ellos?”⁶⁷ Tampoco tiene sentido la idea de la

⁶⁵ Al respecto, OTTO, *supra* nota 8, § 22, n.º m. 52 s., con más referencias en la nota 32.

⁶⁶ Detalladamente, al respecto, OTTO, Jura 2001, p. 275 (276 s.).

⁶⁷ ROXIN, *supra* nota 1, § 31 n.º m. 169.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año III, número 5 (2017)

punición en el ejemplo construido por Armin KAUFMANN:⁶⁸ el guarda de una fábrica que huye ante la superioridad de los ladrones sería punible por complicidad por omisión si no se deja maniar, si no emprende la tentativa de disuadir a los ladrones de cometer el hecho mediante la descripción de las consecuencias, etc. En la literatura, en estos casos se rechaza la punibilidad.⁶⁹ Esto merece aprobación, pues lo determinante no puede ser desarrollar cualquier actividad que aparentemente dificulta el hecho, que es irrelevante respecto de la realización del resultado. El dificultar el hecho tiene que ser definido con miras a la realización del resultado. Se trata de que el garante está obligado a intervenir aun cuando, si bien no puede evitar el resultado con probabilidad lindante en la seguridad, su injerencia disminuiría el riesgo concreto de que se produzca el resultado. Así, p. ej., el padre que puede hacerlo está obligado a dispararle un tiro a quien está por asesinar a su hijo a fin de evitar el asesinato, aun cuando haya posibilidades de errar el disparo. En cambio, no se genera ninguna obligación cuando es seguro que el disparo no acertará y que no disuadirá del hecho al asesino.

La complicidad por un hacer positivo presupone que el cómplice, con su conducta, facilite la realización del resultado por parte del autor, por medio de incrementar concretamente el peligro para el bien jurídico que se realizaría en la lesión de ese bien jurídico. Con su conducta, incrementa las posibilidades del autor de producir el resultado.

La complicidad por omisión presupone que el cómplice, con su conducta, pueda dificultar la realización del resultado por parte del autor y que no lo haga, por medio de no impedir el peligro para el bien jurídico que se realizaría en la lesión de ese bien jurídico. Con su conducta, incrementa las posibilidades del autor de producir el resultado.⁷⁰

⁶⁸ ARMIN KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 293.

⁶⁹ Cfr. GRÜNWARD, GA 1959, p. 110 (118); ARMIN KAUFMANN, *supra* nota 26, p. 293; LK-StGB/SCHÜNEMANN, *supra* nota 3, § 27, n.º m. 53; MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 154; ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 169.

⁷⁰ Cfr. también BGHSt, t. 48, p. 301 (302), también publicado en NJW 2003, p. 3212 y en JuS 2004, p. 82 (MARTIN); BGH, StV 1982, p. 516 (517); JAKOBS, *supra* nota 19, 29/102a; KÜHL, *supra* nota 19, § 20, n.º m. 229; MOSENHEUER, *supra* nota 17, p. 154 ss.; OTTO, *supra* nota 8, § 22, n.º m. 58; RANFT, FS Otto, *supra* nota 27, p. 403 (408 s.); ROXIN, *supra* nota 1, § 31, n.º m. 170 (sin embargo, según la teoría de los delitos de deber, considera al omitente como autor); SOWADA, Jura 1986, p. 399 (409). De otra opinión, SCHÜNEMANN, StV 1985, p. 229 (232 s.); SERING, *supra* nota 17, p. 133 ss.