

APA:

Rueda Martín, M. (2021). La inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión: Una decisión del legislador en la parte especial del Código Penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (35), 169-219. <https://doi.org/10.56176/rpcp.35.2021.90>.

LA INEXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO CONFORME A DERECHO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN: UNA DECISIÓN DEL LEGISLADOR EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL*

M^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN**

Recibido: 10.AGO.2021

Aprobado: 19.OCT.2021

A mi querido Maestro, Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal, in memoriam, un modelo de investigador científico riguroso, con un profundo agradecimiento por su elevado magisterio compartido con nuestros países hermanos del otro lado del Océano Atlántico.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La tipicidad y la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión. 2.1. El concepto de los delitos de comisión por omisión del que se parte. 2.2. La delimitación de la capacidad de acción en un delito en comisión por omisión. 3. La antijuridicidad y la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión. 4. La culpabilidad y la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión. Bibliografía.

* La realización del trabajo que se presenta a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, cofinanciado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Aragón 2014-2020. Asimismo, desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 26/03/2020). Este trabajo se ha publicado originariamente en la Revista General de Derecho Penal 33 (2020) de la editorial Iustel.

** Catedrática de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza. Correo: marueda@unizar.es

TITLE: The non-exigible behavior according to law in crimes of commission by omission: a decision of the legislator in the special part of the criminal code.

RESUMEN

La idea básica de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho radica en reconocer que un sujeto que actúa en sociedad, aunque se le requiere que adecúe su comportamiento a las exigencias del ordenamiento jurídico, sin embargo, puede encontrarse en ciertos supuestos excepcionales ante un conflicto personal de tal entidad, que le impide actuar conforme a la norma. En tales casos, el Derecho puede entender la dificultad planteada y decide, o bien, no castigar el incumplimiento de la norma o, bien, aplicar una responsabilidad penal atenuada. La tesis doctrinal mayoritaria sostiene que la inexigibilidad en los delitos de comisión por omisión se manifiesta en distintas categorías del concepto del delito: ya sea en la tipicidad, en la antijuridicidad o en la culpabilidad, pero no ha aclarado de manera convincente los motivos que han conducido a una diferente recepción de dicha idea en los delitos de acción respecto de los delitos de omisión. Por ello, en este trabajo se presenta un análisis acerca de la integración de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en las diversas categorías del delito de comisión por omisión doloso, con el fin de precisar su naturaleza y alcance.

PALABRAS CLAVE: delitos de comisión por omisión, culpabilidad, reprochabilidad, inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho

ABSTRACT

The basic idea of the concept of a non-exigible behavior according to Law lies in recognizing that a subject who acts in Society, although being asked to adapt his behavior to the requirements of the legal system, can find himself in certain exceptional cases facing a personal conflict of such an entity that prevents him from acting in accordance with the norm. In such cases, the Law can understand the difficulty posed and decides, either, not to punish the breach of the rule or to apply an attenuated criminal responsibility. The majority of the doctrine argues that the non-exigible behavior according to Law in crimes of commission by omission is manifested in different categories of the concept of crime: either in the configuration of the crime itself, in the illegality or in the culpability, but has not clarified in a convincing way the reasons that have led to a different reception of this idea in the crimes of action regarding the crimes of omission. Therefore, this paper presents an analysis about the integration of the non-exigible behavior according to Law in the various categories corresponding to the crimes of intentional commission by omission, in order to specify its nature and scope.

KEYWORDS: commission by omission, culpability, criminal reproach, non-exigible behavior according to Law.

1. INTRODUCCIÓN

En la doctrina científica tanto española como alemana se discute el alcance y la naturaleza del principio de inexigibilidad de un comportamiento conforme a De-

recho en los delitos de acción y de omisión, tanto en su modalidad dolosa como imprudente¹. No obstante, podemos afirmar, sin prejuizar dicho alcance y naturaleza, que la idea básica de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho radica en reconocer que un sujeto que actúa en sociedad, aunque se le requiere que adecúe su comportamiento a las exigencias del ordenamiento jurídico, sin embargo, puede encontrarse en ciertos supuestos excepcionales ante un conflicto personal de tal entidad, que le impide actuar conforme a la norma. En tales casos, el Derecho puede entender la dificultad planteada y decide, o bien, no castigar el incumplimiento de la norma o, bien, aplicar una responsabilidad penal atenuada².

Si profundizamos en este conflicto personal constatamos, por un lado, que el Derecho establece, con carácter general, *erga omnes* tanto prohibiciones como mandatos o deberes de actuar con el fin de proteger derechos o bienes jurídicos bajo la amenaza de aplicar determinadas sanciones³. Por ejemplo, en el artículo 15 de la Constitución española se reconoce que “todos tienen derecho a la vida y a la

- 1 Sobre la evolución del principio de inexigibilidad en la ciencia del Derecho penal vinculado desde sus inicios con una concepción normativa de la culpabilidad, véanse, MELENDO PARDOS: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y función de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002, *passim*; AGUADO CORREA: *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, *passim*; LUZÓN PEÑA: “Exculpación por inexigibilidad penal individual”, *Dogmática del Derecho penal, material y procesal y política criminal contemporáneas*, Tomo I, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario. Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/Suárez/Urquiza (eds.), Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 343 y ss.
- 2 Véase MARTÍN LORENZO: *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 47. Se expone, incluso, que ello es así porque “las conductas heroicas “no son exigibles””; véanse MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, 10ª ed., actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín y Valiente Ibáñez, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, L 24/3; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 369; DEMETRIO CRESPO: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo II, Teoría del delito*, Demetrio Crespo (coord.) 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 369; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO: *Derecho penal, Parte General, Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1985, p. 369. Sin embargo, LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/22 concluye con fundamento que “no se puede decir que en situaciones anormales o extremas el Derecho no puede exigir al sujeto otra conducta, o argumentar que no se puede exigir el heroísmo, puesto que, cuando, por mucho que lo motive una situación de gran dificultad, se va a lesionar intereses superiores (preponderantes) a los salvaguardados y por eso jurídicamente no se permite hacerlo, es decir, que no hay justificación, el ordenamiento ya no considera heroico, sino debido, cumplir esa prohibición, y por tanto el Derecho sí puede (lícitamente) exigir al sujeto cumplir la conducta ordenada o abstenerse de realizar la prohibida por mucho que sea difícil hacerlo. Así que en tales casos sigue habiendo *exigibilidad jurídica general*. Pero *subjetivamente* no hay *exigibilidad penal* frente a ese individuo en tales condiciones”. *Cursivas* en el original.
- 3 LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/22 habla de exigibilidad jurídica general cuando el Derecho establece sus normas que deben cumplirse en todo caso.

integridad física y moral”, lo que implica dos tipos de obligaciones para el Estado y el resto de las personas: una obligación de “no hacer” que consiste en abstenerse de toda actuación que pueda menoscabar la vida y la integridad física y moral de una persona, y otra de “hacer” que consiste en proteger y promover su ejercicio⁴. Si se conculcan estas obligaciones, intervienen tanto el Derecho penal como otros sectores del ordenamiento con sus respectivas sanciones. Por otro lado, en relación con el conflicto personal planteado en estas situaciones de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho concurren unos intereses, que inciden de una manera profunda en la esfera de la personalidad del sujeto, que son primordiales, como nos recuerdan *Stratenwerth/Kuhlen*⁵ o *Martín Lorenzo*⁶, y que colisionan con el mandato o deber jurídico señalado anteriormente. La valoración de tales intereses como dignos de protección depende del orden de valores imperante en cada momento histórico⁷, y suele presentarse con gran controversia. Tales intereses pueden suponer la manifestación de una denominada decisión, dictamen o imperativo de conciencia, es decir, “toda decisión moral sería, esto es, orientada por las categorías de lo “bueno” y de lo “malo”, que el individuo, en una situación determinada, siente internamente como vinculante y absolutamente obligatoria, de modo que no podría actuar contra ella sin contrariar gravemente su conciencia”⁸, lo que podría implicar

- 4 Véase DÍEZ RIPOLLÉS: “Artículo 143”, *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, núm. marginal 12.
- 5 Véanse, STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 5^a Auflage, Carl Heymanns Verlag, München, 2004, § 10, n.º. 100.
- 6 Véase MARTÍN LORENZO: *La exculpación penal*, p. 336. Esta expresión se acoge en adelante en este trabajo, porque su significado pone de manifiesto claramente el efecto que tiene en el sujeto un conflicto como el planteado en estas situaciones de inexigibilidad.
- 7 Véase PRIETO SANCHÍS: “Insumisión y libertad de conciencia. (A propósito de la sentencia 75/92 del Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992)”, *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 132, quien afirma que “determinar qué sea un bien o un interés social digno de protección tampoco es una cuestión clara ni, mucho menos, neutral o ajena al orden de valores imperante en cada momento histórico”. Véanse también las reflexiones expuestas por ROBLES PLANAS: “Caso del leinenfänger”, *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 126 y 127, en torno a dicho caso en el que los tribunales alemanes excluyeron la culpabilidad en 1897 por un delito de lesiones por imprudencia a un cochero al servicio del propietario de un servicio del negocio de carruajes de alquiler, que condujo un carruaje tirado por un caballo que se desbocaba, conociendo tal característica, por temor a perder su puesto de trabajo y el sustento para su familia en el contexto de una grave crisis económica sin ninguna protección social o laboral dispensada por el Estado.
- 8 Véase ROMEO CASABONA: “Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho penal”, *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, p. 1773 que asume la definición formulada por el Tribunal

“una destrucción irreversible de su personalidad y dignidad”⁹. Ilustrativo es el conocido caso de Ballobar (Huesca) en el que se dirimió la posible responsabilidad penal de los padres de un menor de edad, porque no intervinieron cuando su hijo rechazó una transfusión de sangre necesaria para salvarle la vida por unas determinadas convicciones religiosas. En esta situación la libertad de conciencia que se deriva del artículo 16.1 de la Constitución española¹⁰, generó un imperativo de conciencia de carácter absoluto¹¹ en los progenitores, que entró en conflicto con un deber jurídico penal —no producir la muerte de una persona— establecido en el artículo 138.1 del Código penal español¹². Y una muestra de la polémica planteada acerca de la determinación del interés que debía prevalecer, la ofrecen las diversas resoluciones judiciales sobre este supuesto con la absolución inicial de los padres por parte de la Audiencia Provincial de Huesca en su sentencia n.º. 196/1996, de 20 de noviembre, la posterior imposición de una pena de prisión de dos años y seis meses por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión a dichos progenitores por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º. 950/1997, de 27 de junio y, finalmente, su absolución nuevamente por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia n.º. 154/2002, de 18 de julio, al aplicarse el principio de no exigibilidad de una conducta conforme a Derecho vinculada a motivos de conciencia.

En otros casos, en estas situaciones de conflicto personal los intereses que inciden de una manera profunda en la esfera de la personalidad del sujeto y que son primordiales, están relacionados con la necesidad de evitar una situación objetiva

Constitucional alemán.

- 9 Véase JERICÓ OJER: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 158.
- 10 En este precepto que garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”, se acoge un conjunto de creencias firmes y legítimas que tiene un ser humano sobre los asuntos de orden ético o moral más básicos o elementales y que, por ello, le conciernen y afectan. Véase LUZÓN PEÑA: “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *InDret penal*, 1/2013, p. 4.
- 11 Véase ROMEO CASABONA: “Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho penal”, p. 1774.
- 12 Sobre el tratamiento de estas situaciones en las que entran en conflicto una decisión, dictamen o imperativo de conciencia y un deber jurídico, véanse ROMEO CASABONA: “Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho penal”, pp. 1769 y ss.; GRACIA MARTÍN: *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 145 y 146; PÉREZ DEL VALLE: *Conciencia y derecho penal: límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*, Comares, Granada, 1994, *passim*; BAUCELLS I LLADÓS: “*La delincuencia por convicción*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, *passim*; FLORES MENDOZA: *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Comares, 2001, Granada, *passim*; JERICÓ OJER: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, *passim*.

lesiva para un bien jurídico propio que colisiona con un deber jurídico penal, al margen de los casos amparados por la legítima defensa, el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio, el estado de necesidad o el miedo insuperable. Consideremos la situación de una mujer víctima de episodios *habituales* de violencia de género por parte de su pareja o ex pareja hombre, que muestra una actitud pasiva ante la comisión de un delito de agresiones o abusos sexuales de dicho hombre sobre la hija menor común, sin hallarnos ante una situación de miedo insuperable¹³. O pensemos también en el restablecimiento de la salud en un receptor de un órgano humano principal o no principal, que se halla en unas circunstancias que limitan su vida o su calidad de vida, y por ello consiente la realización de un trasplante conociendo su origen ilícito, sin que nos encontremos ante un estado de necesidad.

La solución a este tipo de conflictos en los que concurren unos intereses personales que colisionan con un mandato o deber jurídico puede contemplarse expresamente por el ordenamiento jurídico, o puede quedar en manos de la interpretación del operador jurídico. Cuando la norma infringida es un deber de acción e interviene el operador jurídico, en el examen de dicha colisión se asumen los siguientes presupuestos. En primer lugar, se afirma que el cumplimiento del deber de actuar es más gravoso que el cumplimiento de deberes de omitir, porque existe una mayor incidencia en la libertad de las personas¹⁴. En consecuencia, se estima que la infracción de deberes de acción —en los delitos de omisión— no es tan grave como la infracción de deberes de omitir —en los delitos de acción—, cuando los intereses a preservar son de valor equivalente¹⁵. En segundo lugar, si un sujeto tiene

13 Sobre estos supuestos, véase RUEDA MARTÍN: *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 160 y 161.

14 Véanse, por ejemplo, JERICÓ OJER: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, p. 230; RAMÓN RIBAS: “La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad”, *La justificación penal: balance y perspectivas*, Carbonell Mateu (Dir.) / Martínez Garay (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 180; FLORES MENDOZA: *La objeción de conciencia en Derecho penal*, p. 227.

15 Véanse ARMIN KAUFMANN: *Dogmática de los delitos de omisión, Dogmática de los delitos de omisión*, Traducción de la segunda edición alemana por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 167 y 306; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 293-294; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General, Volumen II, Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 510; NAVARRO FRÍAS/SOLA RECHE/ROMEO CASABONA: *Derecho penal, Parte General, Introducción, Teoría jurídica del delito*, 2^a ed., Romeo/Sola/Boldova (coords.) Comares, Granada, 2016, p. 161. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenete, 5^a ed., Comares, Granada, 2002, p. 684 concluyen, sin embargo, que “al garante le corresponde el deber de evitar el resultado del mismo modo que al autor del hecho comisivo el de no producir el resultado mediante un hacer

que lesionar intereses propios para salvar un bien jurídico ajeno cuyo valor sea equivalente a dichos intereses, también se reconoce la existencia de complicaciones para cumplir el deber de actuar¹⁶. Y, finalmente, si el autor se decide por omitir la acción mandada por atender un interés de carácter personal (que no sea esencialmente inferior que el lesionado) que de lo contrario tendría que sacrificar, se admite que el ordenamiento jurídico no le castigue por el concreto comportamiento realizado, si bien es cierto que tal decisión no debe comprometer su vigencia que podría quedar en entredicho¹⁷. El problema que se plantea en torno a la resolución de estos conflictos personales por los operadores jurídicos en el marco del principio de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho según los presupuestos indicados, reside en el alcance y la naturaleza de dicho instrumento dogmático para fundamentar que el ordenamiento jurídico tiene que castigar “menos”, o no tiene que castigar, al sujeto que ha omitido en ciertas situaciones excepcionales el deber de acción establecido. En los delitos de comisión por omisión dolosos, el principio de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho ha suscitado un importante debate en la doctrina científica en el que caben encontrar posiciones muy diversas, sin que resulten aclarados de manera convincente los motivos que han conducido a una diferente recepción del principio de inexigibilidad en los delitos de acción respecto de los delitos de omisión¹⁸. Debemos recordar que en los delitos de acción dolosos la doctrina dominante considera que la inexigibilidad de la obediencia al Derecho excluye la culpabilidad, cuando constituye el fundamento de alguna de las causas de irreprochabilidad reguladas de modo expreso en el Código penal

positivo. La equivalencia valorativa reside en la posición de garante del autor de la omisión y, para el caso de la concurrencia de elementos especiales de la acción, en la necesaria correspondencia entre ésta y la omisión de acuerdo con el § 13 I in fine”. También crítico se ha manifestado MELLENDO PARDOS: *Curso de Derecho penal, Parte General*, Gil/Lacruz/Melendo/Núñez autores, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, p. 641 para quien afirmaciones generales como que, dado que los deberes de acción resultan de cumplimiento más difícil que los de omisión, la infracción del primero —la realización de un delito de omisión— es menos grave que la del correspondiente delito de acción, resultan discutibles más allá de su generalidad, sin que la diferente gravedad tenga que deberse a una menor exigibilidad, o deben demostrarse.

16 Véase STREE: “Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten”, *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*. Hrsg. von A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann. C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 398. A juicio de ROBLES PLANAS “en los delitos dolosos de comisión se espera de manera general que el autor no lesione un bien jurídico, salvo que exista una situación de necesidad para la vida, integridad o libertad para él mismo. En cambio, no existe esa misma expectativa en los casos en los que se omite una acción contraria al deber cuya ejecución implicaría un menoscabo en algún bien jurídico del autor”. Véase ROBLES PLANAS: “Caso del leinenfänger”, pp. 120 y 121.

17 Véase ROMEO CASABONA: “Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho penal”, p. 1772 en relación con los conflictos de conciencia.

18 Véase ROBLES PLANAS: “Caso del leinenfänger”, pp. 120 y 121.

español: el estado de necesidad (núm. 5.º del artículo 20), el miedo insuperable (núm. 6.º del artículo 20) y el encubrimiento de parientes (artículo 454)¹⁹. En relación con los delitos de comisión por omisión esta misma conclusión es compartida en mayor o menor medida, por ejemplo, por *Jakobs* para quien en la omisión no hay que reconocer una inexigibilidad específica y son, por tanto, determinantes las reglas generales de la culpabilidad establecidas para los delitos de acción²⁰. *Jescheck/*

- 19 Véanse, a mero título de ejemplo, MIR PUIG: *Derecho Penal, PG*, L 24/20 en relación con la exigente de miedo insuperable del art. 20.6º del CP; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., pp. 368 y ss.; LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 28/20 y ss.; RUEDA MARTÍN/URRUELA MORA: *Derecho penal, Parte General, Introducción, Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Romeo/Sola/Boldova (coords.) Comares, Granada, 2016, p. 296; MELENDO PARDOS: *Curso de Derecho penal, Parte General* 2ª ed., Dykinson, pp. 638, 639 y 640. VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable: reconstrucción de la exigente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000, pp. 123 y ss.; CUERDA ARNAU: *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp.77 y ss.; MARTÍN LORENZO: *La exculpación penal*, pp. 351 y ss., 460 y ss.; JERICÓ OJER: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, pp. 396 y 397; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el mismo, *El error en la teoría jurídica del delito. (Un estudio a la luz de la concepción significativa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 137 y ss.; el mismo, *El contenido de la antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 78 y 79, nota 123; CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 138, quien reconoce en los delitos de acción algún caso muy excepcional, en el que la no exigibilidad de una conducta conforme a Derecho excluye la culpabilidad sin estar comprendida en una de las causas de inculpabilidad. Ello sucede a su juicio, por ejemplo, en el supuesto de un cirujano, que para salvar la vida de su paciente, extirpa a otra persona, contra su voluntad, un riñón para llevar a cabo un trasplante. El cirujano realiza el tipo de las lesiones corporales tipificadas en el art. 149 CP y aunque el deber de salvar la vida a su paciente sea de rango superior al de abstenerse de realizar la acción prohibida, su conducta será antijurídica. En opinión de CERESO MIR sólo podremos excluir o atenuar su culpabilidad, si por razones de parentesco, afinidad o amistad entre el paciente y el sujeto activo, estaba excluida o disminuida su capacidad de obrar conforme a Derecho; véase CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*, 6ª ed., p. 295. En la doctrina alemana y respecto de la regulación del StGB, véanse, por ejemplo, WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, pp. 178 y ss.; 182 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, 20/1 y ss; STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 5ª Auflage, § 10, nºs. 95 y ss., 103 y ss.; RÖNAU: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32-55*, 12 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2006, nº. 327; KIND-HÄUSER: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7 Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-baden, 2017, § 32-35, nº. 89; FISCHER: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66 Auflage, C. H. Beck, München, 2019, Vor § 13, nº. 49; KÜHL/HEGER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auflage, C. H. Beck, München, 2018, Vor § 32, nº. 30.
- 20 Véase JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª Auflage, 29/99. Consideran, asimismo, que entre los delitos de acción y de omisión no existen diferencias que fundamenten unos límites distintos en cuanto a la aplicación de una exculpación por razones de inexigibilidad, DONNER: *Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte*, Peter Lang, 2007, Frank-

Weigend estiman también que la disminución del contenido de culpabilidad que por regla general reside en el delito omisivo es ya tenida en cuenta por la atenuación de la pena prevista en el § 13 StGB, de ahí que la inexigibilidad en el garante sólo pueda ser considerada en el marco del estado de necesidad exculpante²¹. Sin embargo, la tesis doctrinal mayoritaria sostiene que la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en los delitos de comisión por omisión se manifiesta en distintas categorías del concepto del delito²²: ya sea en la tipicidad, en la antijuridicidad o en la culpabilidad, donde se configura como una causa supralegal de exclusión de la responsabilidad penal, además de constituir también el fundamento de alguna de las causas de irreprochabilidad mencionadas anteriormente.

El objeto de este trabajo se centra, entonces, en el estudio de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en los delitos de comisión por omisión dolosos, cuestión que, salvo algún estudio muy relevante, tan apenas se ha tratado monográficamente en nuestro país²³, con el fin de alcanzar una conclusión acerca del alcance y la naturaleza de dicho principio. A continuación, expondremos los argumentos aportados en la doctrina para fundamentar la necesidad de ser indulgente con el sujeto que ha omitido en una situación excepcional el deber de acción establecido con carácter general, y realizaremos una valoración sobre los mismos.

2. LA TIPICIDAD Y LA INEXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO CONFORME A DERECHO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Para un sector doctrinal la inexigibilidad en los delitos de comisión por omisión supone la atipicidad del comportamiento al delimitar restrictivamente el deber de actuar que le corresponde al garante y que se deriva del mandato para proteger

furt am Main, pp. 133 y ss., p. 187; SCHLEHOFER: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, §§ 1-37, 3 Auflage, C. H. Beck, München, 2017, n.ºs. 306 y 307; DÍEZ RIPOLLÉS: *Derecho penal español, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 472. Parece sostener esta opinión también MELENDO PARDOS: *Curso de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., p. 641.

21 Véanse JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 684.

22 En opinión de ROXIN desde el punto de vista de la inexigibilidad en los delitos de omisión se explican un conjunto de cuestiones que deben tratarse mediante otras categorías dogmáticas como la falta de capacidad de acción, la falta de un deber de evitar el resultado o el estado de necesidad justificante, exceptuando los supuestos de denuncia a los parientes o su entrega de algún otro modo a la persecución de la justicia penal. Véase ROXIN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 1ª Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003, 31/216 y ss.

23 En la doctrina española se puede citar el trabajo monográfico de AGUADO CORREA: *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, pp. 180 y ss. donde dedica un apartado a la problemática que representa la inexigibilidad en los delitos de comisión por omisión.

el bien jurídico puesto en peligro, como concluyen con diversos argumentos, entre otros, *Henke*²⁴, *Bringewat*²⁵, *Haft*²⁶, *Röwer*²⁷, *Hruschka*²⁸, *Krey*²⁹, *Lenckner/Sternberg-Lieben*³⁰, *Stree*³¹, *Fischer*³² o *Schlee*³³. En nuestra doctrina científica esta posición también ha sido defendida por *Silva Sánchez*, para quien la exigibilidad “en los supuestos de comisión por omisión “no regulados expresamente en la Parte Especial” opera como principio inspirador de la limitación del deber de actuar de cada clase de garantes a determinadas situaciones de garantía específicas. En tal caso, la limitación ha de tener especialmente en cuenta las relaciones del garante con el bien jurídico o la fuente de peligro a su cargo”³⁴. En el mismo sentido, *Aguado Correa* concluye

- 24 Véase HENKEL: *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2008, p. 94.
- 25 Véase BRINGEWAT: *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen —Allgemeine Verbrechenslehre— Aufbauschema*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2018, núm. marginal 505.
- 26 Véase HAFT: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, München, 1998, pp. 182 y 183.
- 27 Véase RÖWER: “Die Zumutbarkeit als spezielles täterschaftliches Merkmal beim Handeln durch Unterlassung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, p. 1528.
- 28 Véase HRUSCHKA: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, pp. 122 y 159.
- 29 Véase KREY: *Deutsches Strafrechts, Allgemeiner Teil, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 2, Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Versuch und Rücktritt, Fahrlässigkeitsdelikte*, Kohlhammer, Stuttgart, 2005, § 37, núm. marginal 372 y 373.
- 30 Véanse LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN: *Strafgesetzbuch Kommentar*, Schönke/Schröder, 29 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014, § 32 y ss., núm. marginal 125.
- 31 Véase STREE: “Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten”, pp. 398 y ss.; STREE/BOSCH: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auflage, C. H. Beck, 2014, vor § 13, nº 155.
- 32 Véase FISCHER: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66 Auflage, § 13, nºs. 80 y 81.
- 33 Véase SCHLEE: *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2009, p. 291 y ss., pp. 295 y ss.
- 34 Véase SILVA SÁNCHEZ: *El concepto de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, 1986, pp. 308 y 309. FLORES MENDOZA sostiene una opinión similar en torno al caso de Ballobar (Huesca), quien excluye la posición de garante de los padres por la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en relación con la autorización del tratamiento vital, lo que supondría tanto la desaparición del deber jurídico de autorizar el mismo, como el correspondiente deber de convencer a su hijo para que acceda a su realización; véase FLORES MENDOZA: *La objeción de conciencia en Derecho penal*, pp. 400 y 401. NAVARRO-VALLS/MARTÍNEZ-TORRÓN sobre la cuestión de la responsabilidad criminal de los padres objetores que no actúan por razones de conciencia ante una situación de riesgo vital de un hijo menor de edad, exponen asimismo que “en estas situaciones nos encontramos ante una imposibilidad moral de prestación de auxilio por motivos de conciencia”, de manera que “la existencia, tanto de dolo como de culpa, vendría excluida por la circunstancia de la objeción de conciencia que actuaría no como eximente o atenuante, sino propiamente como factor constitutivo de imposibilidad moral para llevar a cabo el socorro que en otro caso sería debido”. Véanse NAVARRO-VALLS/MARTÍNEZ-TORRÓN

que el sujeto no estará obligado a evitar el resultado siempre que atendiendo a las circunstancias del caso una conducta aparezca como inexigible, al igual que sucede cuando no le sea posible realizar la conducta que evitaría el resultado. En los casos de inexigibilidad de otra conducta, la omisión es atípica. La acción que podría haber evitado el resultado se puede requerir jurídicamente siempre que el sujeto tenga la posición de garante, la posibilidad de actuar como se le requiere y siempre que dicha acción le sea exigible³⁵.

El Tribunal Constitucional en la sentencia n.º. 154/2002, de 18 de julio, que enjuició el caso de Ballobar (Huesca), estimó estos argumentos en un supuesto que giraba en torno al rechazo de una transfusión de sangre por parte de un menor de trece años y de sus progenitores por sus convicciones religiosas, siendo informados de que no existía otro tratamiento alternativo para el padecimiento de dicho menor. Como el menor falleció, el Tribunal Supremo en su sentencia n.º. 950/1997, de 27 de junio, impuso a los padres una pena de prisión de dos años y seis meses por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, pese a la absolución de la Audiencia Provincial de Huesca en su sentencia n.º. 196/1996, de 20 de noviembre. Sin embargo, el Tribunal Constitucional tras proceder al examen de las concretas acciones que se exigían a los padres en relación con la prestación del tratamiento médico autorizado por una resolución judicial, por un lado, una acción suasoria sobre el hijo con el fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre “radicalmente contraria a sus convicciones religiosas”, y a “las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida”; y, por otro lado, la autorización a llevar a cabo dicha transfusión contraria a sus ideas religiosas, consideró que tales exigencias afectaban “negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas”. Asimismo estimó la coherencia de los padres ya que a pesar de sus creencias, no se opusieron a que fuera ejercida la acción tutelar del poder público sobre el menor para su salvaguarda. Y, en definitiva, decidió nuestro Tribunal Constitucional que “la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias. Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1

RRÓN: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 209. Coincide con estos últimos autores ESCRIVÁ IVARS: “La objeción de conciencia al uso de determinados medios terapéuticos”, *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 134.

35 Véase AGUADO CORREA: *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, pp. 191 y 192.

CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo”.

Descritas las líneas generales de esta primera concepción doctrinal, debe indicarse que un análisis sobre el papel que puede desempeñar la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en la tipicidad en un delito de comisión por omisión, requiere exponer con carácter previo el concepto de los delitos de comisión por omisión del que se parte, por lo que seguidamente explicaremos de una forma muy sintética cuáles son los criterios que, desde mi punto de vista y siguiendo la tesis formulada por *Gracia Martín*, fundamentan una responsabilidad penal a título de autor cuando estamos ante una omisión³⁶.

2.1. El concepto de los delitos de comisión por omisión del que se parte

Con carácter general, la omisión es la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba³⁷, y en consecuencia el desvalor de la omisión radica en “la no realización de la acción que el sujeto podía y debía realizar”³⁸. La determinación de la acción que el sujeto podía y debía realizar, es decir, el valor de la acción omitida debe extraerse de los mandatos de realizar determinadas acciones dirigidas a conseguir un fin socialmente valioso o a evitar la producción de resultados socialmente no deseados, implícitos en los tipos de los delitos de omisión³⁹. No todo el que no evita un resultado pudiendo hacerlo comete un delito de comisión por omisión, tal y como se deduce de la misma existencia de los delitos puros de omisión como los contemplados en los artículos 195 y 450 del Código penal español, que castigan la omisión de socorro de una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave y la omisión de impedir la comisión de determinados delitos. Si nos centramos en los tipos de comisión por omisión en sentido

36 Véase una exposición más amplia de los aspectos generales en discusión para atribuir responsabilidad penal en comisión por omisión en RUEDA MARTÍN: *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, pp. 40, 41, 42 y 43.

37 Véase CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, p. 252.

38 Véase CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, p. 255 nota 19, de manera que “la omisión no supone necesariamente, pero tampoco excluye la pasividad”.

39 Véase CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, p. 255. GRACIA MARTÍN señala que “la tarea de individualización de la acción cuya omisión es susceptible de realizar lo injusto típico ha de confiarla el legislador a la interpretación de la doctrina científica y de la jurisprudencia”; véase GRACIA MARTÍN: “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, *La Comisión por omisión*, Gimbernat Ordeig (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pp. 95 y 96.

estricto, según *Gracia Martín*, a las omisiones (típicas) se les imputa un resultado *porque* la relación entre aquéllas y éste tiene *idéntico fundamento e igual (des)valor* que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante una acción⁴⁰. En los mencionados tipos hay que distinguir entre los delitos de comisión por omisión explícita, caracterizados porque el tipo correspondiente requiere la producción de un resultado mediante una acción y una omisión determinadas, como sucede por ejemplo con los delitos recogidos en los artículos 414 y 415 del Código Penal español⁴¹; y los delitos de comisión por omisión implícita en los que la determinación de ésta exige una interpretación del ámbito de lo implícito en la concreta ley penal de la Parte Especial del Código⁴². En este proceso de interpretación en torno a estos tipos de comisión por omisión implícita la acción tendente a cumplir con el mandato es, según un sector doctrinal, prescindiendo aquí de las concreciones que se han realizado, aquella que tenga la capacidad de evitar la producción del resultado lesivo. Por tanto, la acción tendente a cumplir con el mandato es una acción de salvaguardia y de protección. Según este sector doctrinal, la capacidad de evitar el resultado existe cuando tanto el autor como el partícipe ostentan una posición de garantía definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe⁴³. La posición de garante se muestra como un requisito necesario para constituir una responsabilidad en comisión por omisión⁴⁴. Ahora bien, un

40 Véase por todos GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 423.

41 Véase por todos GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 423 y 424.

42 Véase por todos GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 424 y ss.

43 Véanse a mero título de ejemplo, JESCHECK, H. H./WEIGEND: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 749; GAEDE: *NomosKommentar Strafgesetzbuch, Band I*, 5 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 13, nº. 29 y ss.; STEIN: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1-37 StGB*, 9 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, § 13, nº 23 y ss.; FREUND: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, §§ 1-37*, 3 Auflage, C. H. Beck, München, 2017, nº. 168 y ss.; STREE/BOSCH: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auflage, § 13, nº 7 y ss., 17 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., pp. 228 y ss.; CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, pp. 232 y 233; TOMÁS-VALLIENTE LANUZA: “Artículo 11”, *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo I, Parte General, Artículos 1-137*, Gómez Tomillo Dir., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 144 y ss.; CUELLO CONTRERAS: *El Derecho penal español, Parte General, Volumen II*, pp. 500 y ss.

44 Véase la exposición sobre las características de la posición de garante exigida por la doctrina mayoritaria efectuada por GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 435 y ss.

muy cualificado sector doctrinal ha planteado que el contenido de lo injusto específico acotado por el tipo de la Parte Especial del Código Penal que se puede cometer por omisión, no gira en torno a la no evitación de la producción de un resultado por parte de quien ostenta una posición de garante⁴⁵ por diversos motivos.

En primer lugar, la existencia de una posición de garante definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe, no puede hacer surgir *per se* un concreto deber de actuar porque se configura con carácter previo y anterior a la situación en la que surge dicho deber⁴⁶, sin tener en cuenta las circunstancias específicas en las que tiene lugar la lesión del bien jurídico. *Luzón Peña*⁴⁷, *Gimbernat Ordeig*⁴⁸, *Gracia Martín*⁴⁹ y *Lascuraín Sánchez*⁵⁰ se han expresado en este sentido. El hecho de ser padre, cónyuge, hijo, socorrista en una playa, médico, etc., sólo indica una cualidad que concurre en determinadas personas por la que les atribuyen, con carácter general, determinadas obligaciones que deben cumplir en la vida social, de modo que tienen un deber de actuar genérico. La pregunta que se

45 Además de los autores citados a continuación en el texto, véanse a mero título de ejemplo, expresamente, SILVA SÁNCHEZ: “Artículo 11”, *Comentarios al Código penal, Tomo I, Artículos 1 a 18*, Cobo del Rosal (Dir.), Edersa, Madrid, 1999, p. 475, que se refiere a la asunción específica de la función de control de riesgos concretos para bienes determinados (el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos) como fundamento para atribuir una responsabilidad en comisión por omisión; ROBLES PLANAS: *Garantes y cómplices*, p. 56, quien alude a la “competencia específica del sujeto en relación con el peligro que los amenaza”; RUEDA MARTÍN: *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, pp. 53 y ss., quien rechaza de forma explícita que la posición de garante configurada formalmente o materialmente, fundamente en la esfera normativa la identidad entre una acción y una omisión, siguiendo a su maestro GRACIA MARTÍN.

46 Como ejemplo de la formulación de deberes de garante configurados con carácter previo y anterior a la situación concreta en la que surge un determinado deber de actuar, véase la exposición de PAWLIK: “Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils”. *Bemerkungen zur Lehre von der Garantenpflichten*, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter, Band 1, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2011, pp. 931 y ss.

47 Véase LUZÓN PEÑA: “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, *Poder Judicial*, nº. 2, 1986, p. 81.

48 Véase GIMBERNAT ORDEIG: “Artículo 11”, *Comentarios al Código penal, Tomo I, Artículos 1 a 18*, Cobo del Rosal (Dir.), Edersa, Madrid, 1999, pp. 420 y ss., 431 y ss. Además, sustituye la denominación “garante” por “encargado de una fuente de peligro”.

49 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 436.

50 Véase LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 53 y ss., 83 y ss., 107 y ss., especialmente p. 108.

plantea es si la omisión del mencionado deber de actuar genérico fundamenta una comisión por omisión. La respuesta más convincente la encontramos en las afirmaciones de *Gimbernat Ordeig*: “en consecuencia, responde de un delito doloso contra la vida en comisión por omisión la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia —un marido enfermo— le abandona durante seis días, produciéndose la muerte de éste, e igualmente la hija y el yerno que no cuidan, permitiendo que muera, a su, respectivamente, padre y suegro, a quien habían acogido en su casa, y que sufría una parálisis de la parte derecha del cuerpo y una afasia. *Pero la imputación del resultado no se produce como consecuencia de la infracción de un deber extrapenal genérico establecido en los artículos 67 y 68 C.c.* que fundamentaría en todo caso —aún ante la presencia de una enfermedad repentina— un delito de comisión por omisión (así la doctrina dominante), sino sobre la base de una *obligación específica de vigilancia ...* que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado, dependiendo en todos estos casos la responsabilidad dolosa o culposa por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado con la ausencia de medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente”⁵¹.

A ello hay que añadir que una posición de garante definida por el deber de evitar el resultado que tiene su origen en la ley o en el contrato resulta sumamente formal, puesto que hace referencia únicamente a la mera titularidad de la posición jurídica del sujeto en virtud de la cual interviene en la sociedad, como se puede apreciar, por ejemplo, en el supuesto de los padres respecto de las funciones de cuidado y capacitación que ostentan sobre sus hijos; o en el supuesto de la contratación de un salvavidas en una piscina respecto de las funciones de vigilancia sobre los bañistas y de intervención si se produce una situación de peligro sobre aquellos. Respecto del actuar precedente peligroso (injerencia) como fuente de la posición de garante resulta asimismo muy discutible su admisión, pues dicho actuar precedente sólo podrá fundamentar una posición de garante genérica capaz de dar lugar a una omisión pura de garante⁵². Además, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 195.3 del Código penal español, el que ha causado fortuitamente o por imprudencia un accidente, es decir, la situación de peligro y no presta luego socorro a la víctima, no puede ser condenado por un delito de homicidio o lesiones por omisión en grado de tentativa —si la víctima no muere— o en grado de consumación —si la víctima

51 Véase GIMBERNAT ORDEIG: “Artículo 11”, p. 436. Cursiva añadida.

52 Véanse GRACIA MARTÍN: “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, p. 93 y SILVA SÁNCHEZ: “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 38, 1989, p. 574.

muere—, sino por la mencionada omisión del deber de socorro agravada⁵³. Si la calificación de esta omisión, según el legislador, es una omisión agravada del deber de socorro, todas aquellas que tengan otro origen y que creen una situación de peligro análoga a la del accidente deben ser calificadas como omisiones puras del deber de socorro. En conclusión, la posición de garante definida con arreglo a las tres fuentes indicadas no es suficiente para fundamentar una responsabilidad penal⁵⁴, porque no responde a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico.

Por otra parte, el vínculo entre el sujeto y la lesión del bien jurídico protegido en la comisión por omisión se ha definido también por la existencia de una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe. De este modo, un importante sector doctrinal ha distinguido entre autoría y participación en la comisión por omisión, haciendo depender la imputación como autor o partícipe de la cualidad y del contenido material de la posición de garante, de modo que si ésta es de protección el omitente será autor y quien ostenta una posición de garante de control será cooperador⁵⁵. Y otro cualificado sector doctrinal ha fundamentado la posición de

53 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 478 con referencias bibliográficas de autores que han expuesto esta misma crítica a la injerencia como fuente de la posición de garante en la comisión por omisión. Con carácter general, véanse las convincentes críticas contra la injerencia como fuente de la posición de garante efectuadas por SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 329 y ss.

Sin embargo, HUERTA TOCILDO: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 44, 45 y 46, considera que la expresa referencia, en el artículo 195.3 del Código penal de 1995, al actuar precedente imprudente no supone ningún obstáculo para que éste pueda dar lugar, en su caso, a una responsabilidad a título del correspondiente delito doloso de resultado en comisión por omisión.

54 ROMEO CASABONA también resaltó la insuficiencia que resultaba de la fundamentación de la posición de garante en las teorías formales y en las materiales. Véase ROMEO CASABONA: “Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal”, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 930.

55 Véanse, por ejemplo, aunque con diverso enfoque según si surge una obligación de evitar el resultado a través de la omisión o si la misma no es tenida en cuenta para responsabilizar por la aludida omisión, HERZBERG: *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München, 1977, pp. 82 y ss.; HEINE: *Strafgesetzbuch Kommentar*, Schönkel/Schröder, vor § 25, Rdn. 103 y ss.; SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, pp. 327 y ss.; FRISCH: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1998) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de

garante desde un punto de vista material señalando la vinculación de los criterios axiológicos de la equivalencia entre una omisión y la correspondiente acción con “las valoraciones previas jurídico-penales”⁵⁶. Sin embargo, las razones para rechazar estas configuraciones de la posición de garante pueden ser dos. Por un lado, aunque estas obligaciones de asegurar, de proteger y/o de controlar determinados campos de peligro respecto de determinados bienes jurídicos, tienen un contenido material alejado de la simple titularidad de la posición jurídica que un sujeto pueda ostentar y en virtud de la cual participa en la vida social, su existencia se muestra insuficiente para fundamentar una responsabilidad penal, porque tales obligaciones de protección o de control *preceden* a las conductas concretas que un sujeto vaya realizando, *después* de adquirirlas en el ejercicio de las funciones que le correspondan en un determinado ámbito social o institucional. Su establecimiento, por tanto, tampoco responde a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico. Por otro lado, el criterio utilizado por un sector doctrinal y por nuestro Tribunal Supremo para distinguir entre autoría y cooperación por omisión, según si el garante tiene una función de protección de un bien jurídico o una función de control del peligro procedente de un tercero respecto de dicho bien jurídico, respectivamente, tampoco parece ser el adecuado puesto que la función de control del peligro sobre un bien jurídico contiene implícitamente una función de protección, de manera que no es posible distinguir claramente entre ambas funciones⁵⁷.

En suma, el valor de la acción omitida que tiende a cumplir con el mandato en un delito de comisión por omisión no depende de que el sujeto ostente una posición de garante formal o material respecto del bien jurídico protegido, por las razones expuestas. Estas posiciones de garante que muestran una “caótica maraña

Extremadura), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 374 y ss.; GEILEN: “Suizid und Mitverantwortung”, *JZ*, 1974, p. 153; ROBLES PLANAS: *Garantes y cómplices*, pp. 63 y ss. y 77 y ss.; PORTILLA CONTRERAS: “La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad”, *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 463 y 464.

56 Véanse, FREUND: *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Carl Heymanns, Köln, 1992, pp. 25 y ss.; BACIGALUPO: *Delitos improprios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 221 y ss.

57 Véanse ROXIN: *Strafrecht, AT, II*, 1ª ed., § 31, n.º. 160; MOSENHEUER: *Unterlassen und Beteiligung. Zur abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 179; HOFFMANN-HOLLAND: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff”, *ZStW*, núm. 118, 2006, p. 628; HAAS: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *ZIS*, 5/2011, p. 395; PAWLIK: “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, *InDret penal* 1/2013, pp. 5 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO: “La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos”, *RDPCr.*, 3.ª Época, n.º 2, 2009, p. 133.

de construcciones del delito impropio de omisión”⁵⁸, no explican ni fundamentan cuándo surge el concreto deber de actuar para producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico. Este concreto deber de actuar debe surgir en función de unas determinadas circunstancias en las que el sujeto se encuentra. En definitiva la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿quiénes están obligados, *en concreto*, a realizar una determinada acción (ordenada) para producir efectos favorables en la situación del bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal? Para responder a la pregunta planteada es preciso remitirse a *Armin Kaufmann* que explicó el doble sentido del concepto de deber desarrollando la posición de *Binding*. A juicio de *Armin Kaufmann*, por un lado, deber significa “tener que”, es decir y por ejemplo, “se tienen que” pagar impuestos o “se tienen que” evitar lesiones para la vida. Para este sentido del deber, “el hombre aparece aquí no como sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes”⁵⁹. Por otro lado, el segundo sentido del deber se caracteriza porque es un deber concreto que obliga a un sujeto determinado personalmente⁶⁰. A continuación trataremos de precisar quiénes están obligados, *en concreto*, a producir efectos favorables en la situación de un determinado bien jurídico.

Para *Gracia Martín*, existen un conjunto de actividades sociales encaminadas a la satisfacción de las necesidades del individuo y de la comunidad social. Para ello se institucionaliza el ejercicio de determinadas funciones sociales cuyo fin es impulsar y crear las condiciones de satisfacción de las pretensiones del individuo y de la comunidad, o expresado con otras palabras, su fin es el establecimiento de relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico. Sobre la creación de estas situaciones jurídicamente deseadas se vierten juicios de valor que tienen que ser realizados: así “tienen que” ser prestados alimentos para que se vean salvaguardadas la salud y la vida o “tienen que” pagarse impuestos. Por la naturaleza de las distintas funciones de impulso y creación de estas condiciones de satisfacción de pretensiones y necesidades, se encomiendan a determinados círculos de sujetos: jueces, funcionarios públicos, padres...⁶¹. Estos sujetos, con base en las competencias asumidas para el ejercicio de tales funciones, ostentan una determinada posición que describe la situación concreta en que se encuentra

58 Véase GRACIA MARTÍN: Prólogo a la edición española de la obra de SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, pp. 25 y 26.

59 Véase ARMIN KAUFMANN: *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1954, p. 127. Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro, I, Teoría General*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 410.

60 Véase ARMIN KAUFMANN: *Lebendiges und Totes*, p. 128 y 129. Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro, I*, p. 411.

61 Véase GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro, I*, pp. 411 y 412.

un sujeto en una relación característica con determinadas personas y objetos. Esta característica es *personal* (y no la poseen todos) aunque *objetiva*, porque mediante ella se identifica el *status* formal de que están investidos los sujetos que están en unas relaciones y vínculos determinados con otros sujetos y con objetos de su entorno⁶². Pero en cualquier caso, esta característica personal y objetiva *precede* a las conductas concretas que un sujeto vaya realizando *después* de adquirirla en el ejercicio de las funciones que le correspondan en un determinado ámbito social o institucional⁶³. En efecto, estas posiciones meramente formales, como ha resaltado entre nosotros *Gracia Martín*, en que se encuentra un sujeto respecto a otro o a ciertos objetos, delimitan únicamente el ámbito social en que ciertas clases de sujetos llevan a cabo funciones específicas, pero no hacen referencia a lo que hacen u omiten en cada situación concreta tales sujetos especiales cuando ejercen las funciones y competencias que les atribuye su *status*. La práctica regular de las mencionadas funciones específicas se actualizará y concretará mediante el ejercicio de una pluralidad de conductas muy distintas y variadas, que únicamente dentro del *status* correspondiente adquieren un determinado sentido social específicamente relevante⁶⁴. Los deberes que se encuentran detrás de un *status* determinado son desde luego independientes de la multitud de concretas conductas que puedan realizar en cada situación los sujetos. Es el propio individuo quien, con su comportamiento concreto, asume la protección de —o garantiza— determinados bienes como ha indicado *Robles Planas*⁶⁵. El hecho de que una persona se encuentre unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentre vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (sólo como persona), no es suficiente para responder a la pre-

62 Véase GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 195 y ss.; 233, 365 y ss.; el mismo, “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 475.

63 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 476.

64 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 475.

65 Véase ROBLES PLANAS: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 229 quien se cuestiona, “¿cómo se determina el que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa? A mi modo de ver, no se puede resolver esta cuestión de un plumazo, afirmando que existen (sin más) instituciones sociales que determinan la vinculación positiva. Este planteamiento deja en manos de “la sociedad” (¿?) la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien. Tengo serias dudas acerca de si ello es así. Más bien, me parece que la vinculación con los bienes jurídicos debe partir del propio individuo. La dogmática penal ha desarrollado un impresionante aparato teórico basado en la idea de asunción para derivar deberes positivos sin tener que renunciar al pensamiento individual. Es el propio individuo quien, con su actuar, *asume* la protección de o garantiza determinados bienes. Creo que este planteamiento es mucho más *garantista de la libertad individual* y mucho más *preciso* que el recurso a las instituciones positivas”.

gunta de ¿quiénes están obligados a realizar el correspondiente comportamiento de producción de una situación jurídicamente deseada? La respuesta de *Gracia Martín* apoyada en el discurso de *Armin Kaufmann* me parece la correcta: el que tenga el dominio del ámbito social en el que ha de ser producida tal situación o evitada la no deseada, que es lo mismo que decir, realizando una abstracción, el que tenga el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico⁶⁶. También *Schünemann* ha señalado esta vía para fundamentar la autoría en diversos delitos —delitos especiales y delitos de comisión por omisión— basada en un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en tales delitos en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor⁶⁷. El deber “personalísimo” de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar⁶⁸.

Si trasladamos estos argumentos al ámbito de la comisión por omisión es necesario establecer el momento en el que surge un deber “personalísimo” de actuar de una determinada manera, de modo que si se omite dicho deber concurre el mismo e idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que en la acción equivalente⁶⁹. Sólo cuando se determine dicha identidad se podrá imputar

66 Véase GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 411 y ss.

67 Véase SCHÜNEMANN: “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI. Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del “dominio sobre el fundamento del resultado” como principio general de la autoría. A su vez, un análisis de la teoría de las estructuras lógico-objetivas y de la relación entre ontologismo y normativismo”, *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Hirsch/Cerezo/Donna Directores, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 264, 265, 266, 267, 268 y 269; el mismo: “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 994; el mismo: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*, pp. 259 y ss., en especial pp. 282, 283 y 284.

68 Sobre la concreción del deber personalísimo de acción en las normas generales y especiales, véase ARMIN KAUFMANN: *Lebendiges und Totes*, pp. 138 y ss., 141 y ss. Véase también sobre el deber de actuar del sujeto cualificado formalmente por el elemento de la autoría de dominio social GRACIA MARTÍN: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 408 y ss.

69 Véanse por todos GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 426; el mismo, “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, pp. 73 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: “Zur Dreiteiligung der Unterlassungsdelikte”, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, p. 641; GIMBERNAT ORDEIG: “Das unechte Unterlassungsdelikt”, *ZStW*, 111, 1999, pp. 307 y ss., 315; LUZÓN PEÑA: *Poder Judicial*, n.º. 2, 1986, p. 80.

una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión⁷⁰. Para afirmar la identidad entre una omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista de un tipo delictivo no es adecuado partir de la posición de garante definida según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeña, porque estos instrumentos no nos proporcionan información sobre el momento en el que surge un deber “personalísimo” y concreto de actuar de una determinada manera⁷¹. Luzón Peña indica con todo acierto que “cuando la conducta consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro *ya* existente de *origen diverso* a la propia omisión (procedente de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de una actuación no dolosa del propio sujeto) y cronológicamente *anterior* a la misma, dejando que el peligro siga su curso y desemboque en una lesión del bien jurídico, esa omisión no equivale ni puede equivaler sin más a producir la lesión —creando el peligro— por el simple hecho de que el sujeto tenga un específico deber de garantía (de evitar el resultado) respecto del bien jurídico; por mucho que lo tenga, su omisión no ha producido lesión —que tiene otro origen— y, por tanto, no se puede decir que ha matado, lesionado o dañado, es decir, que la conducta no es directamente subsumible en el tipo y por ello no es comisión por omisión del delito correspondiente”⁷².

Como ha destacado *Gracia Martín*, para que un hecho sea constitutivo de una comisión por omisión típica, subsumible directamente en el tipo —por tanto como autor—, es preciso que concurren dos elementos. En primer lugar, el fundamento de la punibilidad por omisión debe ser —lo mismo que respecto de la acción— la “producción del resultado”. El autor por omisión responde por la *pro-*

70 Véase en este sentido, por ejemplo, GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 468 y ss.

71 Véanse también las críticas expuestas por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991)”, *Poder Judicial*, n.º. 24, 1991, p. 209; LUZÓN PEÑA: *Poder Judicial*, n.º. 2, 1986, pp. 79 y ss.; GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 435 y ss., 441 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG: “Artículo 11”, pp. 413 y ss., SILVA SÁNCHEZ: “Artículo 11”, pp. 470 y ss.; TRAPERÓ BARREALES: “La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿La guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Universidad de Vigo, 2003, pp. 465 y ss.; RODRÍGUEZ MESA: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 190 y ss.; ROBLES PLANAS: *Garantes y cómplices*, p. 56.

72 Véase LUZÓN PEÑA: *Poder Judicial*, n.º. 2, 1986, p. 81. Cursivas en el original.

ducción del resultado, no por su *no evitación*⁷³, pues éste es un hecho que en cualquier caso no puede subsumirse en el tipo porque tiene un contenido de lo injusto específico distinto al de las acciones de los tipos de la Parte Especial mediante las que se *produce* el resultado, y, por consiguiente, distinto al de las omisiones a las que también ha de poder imputar la *producción* del resultado⁷⁴. De forma similar *Silva Sánchez* ha manifestado que la esencia de la comisión por omisión tampoco es la no evitación del resultado del tipo de la Parte Especial. Cuando el artículo 11 del Código penal español exige para castigar la comisión por omisión que la no evitación del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, “según el sentido del texto de la Ley, a su causación”, a juicio de *Silva Sánchez*, se desfigura la circunstancia evidente de que el *sentido del texto de la ley* no se agota nunca, en los delitos comisivos, en la causación: la realización típica (sentido del texto de la ley) requiere la concurrencia de los presupuestos de la imputación objetiva y, de modo adicional, los específicos de la autoría o de la participación. Y es con la realización típica activa a título de autor o a título de partícipe con la que habrá que establecer la equivalencia del hecho que calificaremos de comisión por omisión (autoría, o bien cooperación necesaria por omisión)⁷⁵.

En segundo lugar, el criterio decisivo de identidad entre la omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista del tipo de lo injusto, es el de la relación de dominio social entendido como el conjunto de condiciones acotadas por dicho tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico⁷⁶. En consecuencia, este juicio de identidad entre la acción y la correspondiente omisión que sólo puede establecerse en la esfera normativa de la tipicidad⁷⁷, necesita encontrar

73 Véase un ejemplo de la doctrina que configura el supuesto de hecho de la comisión por omisión de esta forma en CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, p. 232, con referencias bibliográficas.

74 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 452, nota 177.

75 Véase SILVA SÁNCHEZ: “La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)”, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M^a. Bosch, 1997, p. 76.

76 Véase GRACIA MARTÍN: “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, pp. 83 y ss.; el mismo: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 411 y ss.; el mismo: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, *passim*; el mismo: “Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)”, *Actualidad Penal*, núm. 18, 1994, pp. 360 y ss.

77 Exigen también una equivalencia exacta o una identidad estructural y material entre la omisión y la acción LUZÓN PEÑA: *Poder Judicial*, n^o. 2, 1986, p. 80; SILVA SÁNCHEZ: “Zur Dreiteiligung der Unterlassungsdelikte”, p. 641; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *Poder Judicial*,

una estructura lógico-objetiva de la cual se deduce: el dominio finalista del hecho. La relación de dominio social presupone que el bien jurídico está ya involucrado en el ejercicio de una determinada función social o institucional que desempeña el autor, que tanto la situación como el conjunto de factores causales favorables a la producción de la lesión del bien jurídico están ya previamente dados y a disposición del autor antes de que éste se decida por la lesión del bien jurídico. Pero para que el sujeto pueda tomar una decisión sobre la lesión típica del bien jurídico, será imprescindible que realice un acto personal de asunción del dominio sobre esa situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico⁷⁸. Es decir, es imprescindible que el omitente sea un sujeto que de un modo totalmente *voluntario y libre* haya incorporado el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de dominio social, y que este dominio se *actualice* luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa *determinante* del resultado. En tales supuestos podremos subsumir la omisión directamente en el tipo correspondiente de la Parte Especial del Código penal —por tanto como autor—⁷⁹. A este acto personal de asunción voluntaria y libre del dominio sobre la incorporación del proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado lo denomina *Gracia Martín*, la posición de garante específica⁸⁰ o posición de comisión por omisión⁸¹ y el dominio finalista del hecho desempeña un papel esencial en la misma. A mi juicio es preferible esta

nº. 24, 1991, p. 209, habla indistintamente de equivalencia o identidad. RODRÍGUEZ MESA: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, p. 108 y pp. 113 y ss., requiere una auténtica igualdad en el plano estructural y normativo. MORALES PRATS: *Comentarios al Código penal español, Tomo I, (Artículos 1 a 233)*, 7ª ed., Morales Prats coord., Quintero Olivares Dir., Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 135 exige una equivalencia “jurídica”. HUERTA TOCILDO: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, p. 47 se refiere al artículo 11 del Código penal de 1995 como una cláusula general de “transformación” o de equivalencia punitiva del delito de comisión por omisión al correspondiente delito comisivo. SCHÜNEMANN: “El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante (coords.), Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1620 y 1621, se refiere a la equiparabilidad —no identidad— de la omisión con un hacer activo bajo el aspecto decisivo del dominio del hecho. ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, p. 56 alude a una equivalencia en el plano normativo entre la omisión y la correspondiente acción.

78 Véase GRACIA MARTÍN: “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, pp. 85 y 86.

79 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 411 y 412.

80 Véase GRACIA MARTÍN: “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, pp. 83 y ss.; el mismo: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, pp. 411 y ss.

81 Véase GRACIA MARTÍN: “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, p. 479, nota 264.

última denominación —posición de comisión por omisión— para no confundir el fundamento de la misma con otros fundamentos que se encuentran detrás de la clásica terminología “posición de garante”. También *Schünemann* considera que el principio de equivalencia del “dominio sobre el fundamento del resultado” (“*Herrschaft über den Grund des Erfolges*”), desarrollado en su monografía “*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*” en 1971⁸², se asienta sobre la idea de que la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión. A juicio de *Schünemann*, dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre su cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control⁸³. Con las concepciones de *Gracia Martín* y *Schünemann* no se designan únicamente determinadas relaciones de dominio⁸⁴, sino que se ofrece el fundamento en virtud del cual alguien queda obligado y sujeto a responsabilidad penal si no actúa en una determinada situación: el deber “personalísimo” de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar. En el momento en el que el sujeto ostenta la mencionada posición de comisión por omisión, se le exige que actúe. De esta premisa cabe también deducir que el cumplimiento del deber de actuar en un delito de comisión por omisión es tan gravoso como el cumplimiento de deberes de omitir en un delito de acción, ya que la incidencia en la libertad de las personas es la misma al depender del mismo factor: ostentar un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁸⁵.

82 Véase SCHÜNEMANN: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal, passim*.

83 Véase SCHÜNEMANN: “Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, *Revista del Poder Judicial*, n.º. 51, 1998, p. 218.

84 Véase este reproche efectuado por HERZBERG: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Walter de Gruyter, Berlin, Nueva York, 1972, pp. 193 y ss. y LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, p. 39.

85 Véanse en el mismo sentido, aunque con otros argumentos JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenete, 5^a ed., Comares, Granada, 2002, p. 684 y MELENDO PARDOS: *Curso de Derecho penal, Parte General*, Gil/Lacruz/Melendo/Núñez autores, 2^a ed., Dykinson, Madrid, 2015, p. 641.

Con arreglo a lo expuesto debemos abordar ahora si la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en un delito de comisión por omisión, desempeña un papel como principio inspirador en la delimitación de la capacidad de acción de un sujeto que tiene un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

2.2. La delimitación de la capacidad de acción en un delito en comisión por omisión

En la vulneración de un deber de acción el omitente no ha llevado a cabo justamente la acción de la que era capaz, de modo que “*la ausencia de la realización posible de la acción prescrita constituye, pues, el núcleo de lo injusto, la tipicidad*”⁸⁶. La motivación normativa propia del mandato se dirige al sujeto cuando éste ejecuta un acto personal de asunción voluntaria y libre —posición de comisión por omisión— del dominio sobre la incorporación del proceso causal, que se desarrolla en dirección a la producción del resultado. En tal situación el Derecho manda *siempre y en todo caso* la realización de una acción determinada y concreta de neutralización de la causa *determinante* del resultado. Entre los elementos que delimitan la capacidad de acción se pueden mencionar la posibilidad física (externa, objetiva) de la acción, esto es, las facultades físicas, las habilidades manuales de una persona, el objeto sobre el que ha de recaer la acción o los medios de auxilio necesarios para realizar la acción⁸⁷, pero no deben considerarse motivos que influyen en la decisión de infringir la norma⁸⁸. Si retomamos el caso de Ballobar (Huesca) podemos concluir que en el momento en el que los dos progenitores trasladan a su hijo menor de trece años a diversos centros sanitarios y, finalmente, al hospital con el fin de encontrar un tratamiento para la patología que tenía el menor, incorporan ya de un modo totalmente *voluntario y libre* el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado —el fallecimiento de su hijo por el empeoramiento de su salud— a la esfera de su dominio social. Los padres ostentan, entonces, un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico vida, o lo que es lo mismo, una posición de comisión por omisión y tienen el deber “personalísimo” de acción penal, de tal modo que quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera⁸⁹. Las razones de un sujeto para infringir un deber de actuar, un mandato,

86 Véase ARMIN KAUFMANN: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 34.

87 Véase ARMIN KAUFMANN: *Dogmática de los delitos de omisión*, pp. 55 y ss.

88 Véase OTTO: *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7 Auflage, De Gruyter, Berlin, 2004, § 9, n.º. 104, quien concluye que la pregunta de si a un garante determinado le es exigible, por razón de su situación personal de acción, que cumpla el deber de actuar existente, es una cuestión relacionada con la culpabilidad.

89 ROMEO CASABONA: “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?”

aparecen *en un momento posterior* a la asunción de un modo totalmente voluntario y libre del proceso causal, que se desarrolla en dirección a la producción del resultado en la esfera de su dominio social y, por ello, no restringen o eliminan su capacidad de acción que nace cuando hay un dominio, un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los deberes generales de conducta establecidos por el ordenamiento jurídico y descritos en el tipo correspondiente, no se alteran si un sujeto alega determinados intereses o razones personales en virtud de los cuales los omite⁹⁰. De acuerdo con lo explicado, cuando en el hospital los progenitores no autorizan la realización de una transfusión de sangre al menor planteada por los facultativos, y se niegan a convencerle para que acepte dicha transfusión ante su rechazo a pesar de la existencia de una autorización judicial para salvar su vida, omiten realizar unas acciones de neutralización de la causa determinante del resultado y, en consecuencia, debe afirmarse la infracción de un deber de actuar con capacidad de acción, que ha surgido cuando los dos progenitores trasladan a su hijo menor de trece años a diversos centros sanitarios y, finalmente, al hospital con el fin de encontrar un tratamiento para la patología que tenía el menor. *Romeo Casabona*, aunque parte de que los progenitores ostentan una posición de garante definida materialmente, resalta asimismo que dichos padres, “puesto que todos los médicos consultados coincidieron en que la transfusión de sangre era el único medio de salvar la vida del hijo, no hicieron lo que en su condición de garantes les venía impuesto: la acción exigida consistía entonces en autorizar dicha transfusión, incluso, con posterioridad, convencer al hijo, puesto que todavía entonces tenían la posición de garante”⁹¹. *Lu-zón Peña* también concluye en relación con este supuesto que los padres testigos de Jehová que pretenden impedir la transfusión sanguínea por unos determinados motivos religiosos, que el personal médico-sanitario tiene que practicar a su hijo menor para salvaguardar su vida o su salud, “incurren mediante comisión por omisión en tentativa de lesiones o incluso homicidio del menor, ... por querer impedir un curso causal salvador del personal médico con el cual la vida e integridad del menor estará

(La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor”, p. 339, es muy gráfico, aunque subraya la existencia de la posición de garante de los progenitores definida materialmente: “consecuencia de las conclusiones a que venimos llegando en relación con la posición de garante de los padres, de su persistencia en todo momento, es que cuando los médicos les solicitaron que convencieran a su hijo y ellos no accedieron a ello (no se olvide, acompañados por otras personas de su misma religión, relatan los hechos probados), continuaban teniéndola, *al depender la vida del menor en tal situación también de los padres*, con independencia de lo que pudieran hacer terceros”. *Cursivas* añadidas.

90 Véase WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11 Auflage, pp. 182 y 183; ARMIN KAUFMANN: *Dogmática de los delitos de omisión*, pp. 167.

91 Véase ROMEO CASABONA: “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, p. 339.

garantizada o en mucho menor peligro”⁹². Podemos estimar, entonces, que el lugar apropiado para estudiar la relevancia de determinados intereses o razones personales en virtud de los cuales un sujeto omite un deber de acción no es la tipicidad, sino otra categoría del delito.

3. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA INEXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO CONFORME A DERECHO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Otro sector doctrinal (*Schmidhäuser*⁹³, *Gropp*⁹⁴, *Köhler*⁹⁵, *Barthel*⁹⁶ y *Molina Fernández*⁹⁷) ha resuelto en sede de la antijuridicidad el conflicto producido entre unas circunstancias excepcionales y concretas que pueden concurrir en una determinada situación y el mandato establecido normativamente, a través de un estado de necesidad como causa de justificación⁹⁸. Respecto de esta tesis debemos tener

92 Y añade que “otra cosa es que el conflicto de conciencia afecte a la culpabilidad del sujeto por el acto antijurídico y que en caso extremo pueda incluso excluirla”. Véase LUZÓN PEÑA: *InDret penal* 1/2013, p. 8.

93 Véase SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2 Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1975, 16/84.

94 Véase GROPP: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Auflage, Springer, Berlin, 2001, § 11, núm. marginal 56 y 90. Ahora bien, este autor también concede un ámbito muy reducido a la inexigibilidad en los delitos de comisión por omisión como causa de exculpación; véase el mismo: ob. cit.: núm. marginal 91, 92 y 93.

95 Véase KÖHLER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997, p. 298.

96 BARTHEL concluye que en los delitos de comisión por omisión la inexigibilidad es una causa de justificación no regulada expresamente, por tanto, supralegal. Véase BARTHEL: *Die (Un-) Zumutbarkeit des erfolgsabwendenden Tuns. Begriff und systematische Einordnung, Begriff und systematische Einordnung*, Juristische Reihe Tenea, 2004, pp. 211 y ss.

97 Véase MOLINA FERNÁNDEZ: “Exigibilidad”, *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, núm. marginal 2579 y 1590, quien rechaza hablar de causas de exculpación basadas en la inexigibilidad. En su lugar, propone aplicar a estas situaciones de conflicto una justificación personal o personalmente condicionada, “en la que la ponderación de intereses puede arrojar resultados distintos según las personas, en la medida en que en algunas concurren intereses legítimos que están ausentes en otras”.

98 Véase expresamente GROPP: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Auflage, § 11, núm. marginal 56. LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 20/50 y 22/151 y 152 se refiere a la inexigibilidad jurídica general, que constituye una causa de justificación supralegal que excluye toda la antijuridicidad, cuando se deriva de principios jurídicos generales. Sin embargo, en este trabajo y en este epígrafe se estudia la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho de un sujeto concreto, que en ciertos supuestos excepcionales se halla ante un conflicto personal de tal entidad, que le impide actuar conforme a la norma, o lo que este mismo autor denomina la inexigibilidad (penal) individual, que en los delitos de comisión por omisión se configura como una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad; véase el mismo: ob. cit., 28/22 y ss. Sobre la

presente que en el ámbito de la justificación el ordenamiento jurídico autoriza la realización de unas concretas acciones socialmente necesarias, y faculta a algunos individuos a emprender estas acciones de una manera adecuada a sus fines sociales a pesar de la desaprobación general del comportamiento mediante la tipicidad, de modo que el Derecho crea y mantiene, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social⁹⁹. Las causas de justificación, como ha afirmado *Jescheck*, constituyen proposiciones jurídicas que no se dirigen en primer lugar a la justificación de algo prohibido, sino que deben servir a fines propios y de más alcance¹⁰⁰: “la resolución objetiva de conflictos sociales en contextos “complejos””¹⁰¹. Las causas de justificación solucionan un conflicto social caracterizado porque todos los implicados ostentan los mismos intereses legítimos. Por el contrario, la naturaleza del conflicto planteado en las situaciones de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho es diferente, porque los intereses legítimos que concurren son atendibles únicamente en relación con ciertas circunstancias no generalizables y ello influye en la ponderación, de tal modo que puede arrojar resultados distintos según las personas que intervengan, como reconoce *Molina Fernández*¹⁰². La aplicación de una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta mediante una valoración objetiva con un alcance *erga omnes*, no puede resolver el conflicto que se origina en una situación de inexigibilidad al caracterizarse por circunstancias extraordinariamente personales que no son generalizables.

4. LA CULPABILIDAD Y LA INEXIGIBILIDAD DE UN COMPORTAMIENTO CONFORME A DERECHO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Por último, tenemos que analizar si el principio de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en los delitos de comisión por omisión se manifiesta en la culpabilidad del mismo modo que en los delitos de acción. Un re-

admisión de estas causas supralegales de exclusión de la responsabilidad penal, véase la objeción expuesta más adelante en el texto en nota 120.

99 Véase WELZEL: *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Traducción y notas de José Cerezo Mir, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 47.

100 Véanse JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5^a ed., p. 347.

101 BALDO LAVILLA señala que “estas reglas permisivas que recortan el núcleo de lo prohibido o prescrito en una situación concreta tienen por función la resolución objetiva de conflictos sociales en contextos “complejos””; véase BALDO LAVILLA: *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*. J. M^a Bosch editor. Barcelona, 1994, p. 37.

102 Véase MOLINA FERNÁNDEZ: “Exigibilidad”, núm. marginal 2579 y 1590.

levante sector de nuestra doctrina científica como, por ejemplo, *Frister*¹⁰³, *Melendo Pardos*¹⁰⁴, *Martín Lorenzo*¹⁰⁵ y *Martínez Garay*¹⁰⁶, ha argumentado que en la exigibilidad como elemento de la reprochabilidad es donde se deben examinar las razones en virtud de las cuales un sujeto no se puede comportar conforme a Derecho. Como ha destacado, con carácter general, *Melendo Pardos*, la atención al individuo como criterio normativo rector en la culpabilidad y la estructura intersubjetiva del reproche permiten tener en cuenta las razones del sujeto para infringir la norma y ello, además, posibilita considerar antijuridicidad y culpabilidad como dos juicios valorativos distintos¹⁰⁷. *Martín Lorenzo* también ha expuesto acertadamente que en el estudio de la exigibilidad o inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en la culpabilidad hay que confrontar dos posiciones: una encabezada por el sujeto concreto que alega unas razones para infringir la norma y otra configurada por “determinadas reglas exculpatorias” que recogen razones intersubjetivamente válidas para todos¹⁰⁸. El Derecho es quien valora las razones del sujeto para infringir la norma en los supuestos excepcionales que se engloban bajo el mencionado principio, y no el “hombre medio”¹⁰⁹.

En la aceptación de dichas reglas exculpatorias no debemos olvidar un aspecto muy importante. La omisión de la acción mandada en tales casos, por ejemplo, no convencer al hijo menor de edad para que acepte recibir una transfusión de san-

103 Véase FRISTER, *Die Struktur des “voluntativen Schuldelements”. Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 147 y ss.

104 Véase MELENDO PARDOS: “Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad”, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá Editores, Tecnos, Madrid, 2002, p. 875.

105 Véase MARTÍN LORENZO: *La exculpación penal*, pp. 274 y ss.

106 Véase MARTÍNEZ GARAY: *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 432 y ss.

107 Véase MELENDO PARDOS: “Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad”, p. 887; el mismo: *Curso de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., p. 643.

108 Véase MARTÍN LORENZO: *La exculpación penal*, pp. 299 y ss.

109 Véase MOLINA FERNÁNDEZ: “Exigibilidad”, núm. marginal 2576, estima como un problema teórico que “el reconocimiento de la exigibilidad obliga a admitir que la ley impone deberes —el hecho sigue siendo antijurídico— que ella misma considera inexigibles para un hombre medio —se excluye la culpabilidad—, con lo que acaba convirtiendo en debido lo supererogatorio”. Con el reconocimiento de la exigibilidad en la categoría de la culpabilidad no es cierto que el Derecho imponga deberes de actuar que considera inexigibles para un hombre medio, sino que comprende los motivos que alega *un sujeto concreto* para no cumplir la norma establecida con carácter general dada la concurrencia de ciertos intereses personales que resultan atendibles.

gre y que no fallezca, no tiene lugar por una objeción general al deber de intervenir cuando la vida se encuentra en un proceso causal natural que se dirige a su lesión, sino únicamente cuando se exige en relación con una concreta circunstancia, esto es, la recepción de una transfusión de sangre que se rechaza por el ejercicio de un derecho fundamental, la libertad de conciencia¹¹⁰. La infracción del deber de actuar general se produce sólo en un contexto específico no generalizable como imperativo categórico para el individuo¹¹¹. Lo mismo sucede en el caso de la madre, víctima de violencia de género *habitual*, que no interviene ante la comisión de un delito de agresiones o abusos sexuales o de cualquier otro delito que suponga el ejercicio de violencia física o psíquica sobre el hijo menor común por parte de su pareja hombre, en supuestos que quedan al margen de la aplicación de la eximente completa o incompleta de miedo insuperable. Si concurren los requisitos estructurales para poder afirmar que la mujer es partícipe en comisión por omisión en el correspondiente delito cometido por el autor principal, o si no es así y estamos ante una omisión pura de los artículos 195.1 o 450.1 del Código penal español, en dichas omisiones tampoco se contiene una objeción general al deber de intervenir cuando la integridad corporal o la salud o la libertad sexual de un hijo se encuentra en peligro por la comisión de un delito por parte del padre, sino únicamente cuando se exige en

110 Véase LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/23. ROMEO CASABONA: “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, p. 339 señala también en la valoración del caso de Ballobar (Huesca) que los padres “cuando el menor presentó síntomas preocupantes acudieron a un centro sanitario en el que fuera atendido, no se opusieron a la decisión del juez, sino que manifestaron su acatamiento ni a la intervención en este sentido por parte de los médicos”. Incluso “acudieron a varios centros más buscando tratamientos alternativos, lo cuidaron cuando volvieron al domicilio familiar y el propio padre lo bajó a la ambulancia para proceder, ya, a la problemática transfusión. Sin embargo, y puesto que todos los médicos consultados coincidieron en que la transfusión de sangre era el único medio de salvar la vida del hijo, no hicieron lo que en su condición de garantes les venía impuesto: la acción exigida consistía entonces en autorizar dicha transfusión, incluso, con posterioridad, convencer al hijo, puesto que todavía entonces tenían la posición de garante”. Y concluye que a los padres “no se les puede exigir, sin embargo, que vayan más allá de la autorización que debían haber otorgado inicialmente, incluso en contra de sus propias convicciones religiosas. La no obstrucción de la decisión judicial, la no intromisión en las actuaciones médicas y la petición no ya de infringir su credo sino de ir más allá, de hacer renegar de algún modo a su propio hijo de la religión en la que le habían educado, abundan en la no exigibilidad de obediencia al Derecho, al producirse un nuevo y más profundo enfrentamiento con sus creencias más firmes y legítimas”. Véase ROMEO CASABONA: ob. cit., p. 341. Aunque en relación con otro supuesto, véanse las consideraciones similares expuestas en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán: BVerfGE 32, 1 BvR 387/65, de 19/10/1971, n.º. 28.

111 Véase expresamente GRACIA MARTÍN: *Fundamentos de dogmática penal*, p. 145. NAVARRO-VALLS/MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., p. 210 indican que las personas que actúan por razones de conciencia “—se compartan o no sus creencias— suelen tener un alto sentido moral de la vida”.

relación con una concreta circunstancia: el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre la madre que implica un peligro abstracto para su salud e integridad personales¹¹². La infracción del deber de actuar general se produce sólo en un contexto específico, consistente en ser víctima de violencia física o psíquica habitual, pero sin que ello signifique la negativa del sujeto a actuar en otros contextos en los que no concurra la habitualidad. La aceptación de una regla exculpatoria que facilita la comprensión de las complicaciones que se le plantean al sujeto a la hora de cumplir el deber de actuar en determinadas circunstancias excepcionales, depende de que éstas se hayan producido sólo en un contexto específico, sin que sea necesario reconocer una especial situación psicológica, una “*presión psíquica*” de consideración o una coacción que le dificulta al sujeto motivarse para comportarse de manera fiel al Derecho¹¹³, cuya apreciación es, además, cuestionada por una parte de la doctrina científica con fundamento¹¹⁴.

La cuestión que se plantea a continuación es concretar el instrumento a través del cuál el Derecho comprende las complicaciones que hemos indicado y asigna una

- 112 Desde mi punto de vista, el ejercicio habitual de violencia física o psíquica en el marco del delito tipificado en el artículo 173.2 del Código penal constituye el punto de referencia de lo injusto específico de esta figura delictiva, e implica un peligro abstracto de menoscabo de la integridad corporal y salud de los distintos individuos que integran (o, en algunos casos, han integrado) el núcleo de convivencia o relación, en que el autor desarrolla su actividad violenta y sean objeto reiterado o permanente de las acciones violentas de aquél. Este peligro típico, en un sentido fenomenológico, se define, como afirma GRACIA MARTÍN, por la probabilidad de que la reiteración de tales agresiones provoque en las víctimas graves estados de desequilibrio psíquico y emocional. Véanse GRACIA MARTÍN: *Comentarios al Código Penal, Parte especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Díez Ripollés/Gracia Martín (coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 428; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2.ª Época, n.º 14 (2004), p. 18.
- 113 Véanse EBERT, *Der Überzeugenstäter in der neueren Rechtsentwicklung. Zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata*, Berlin, 1975, pp. 60 y ss.; SCHLEE: *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, p. 271; LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/23; el mismo: *InDret penal 1/2013*, p. 11. NAVARRO-VALLS/MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., p. 210 se refieren al “drama moral” que se experimenta en tales situaciones. Sobre este requisito, con carácter general, véanse, STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª Auflage, § 10, n.º. 97; MELENDO PARDOS: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, p. 577.
- 114 Véanse STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª Auflage, § 10, n.º. 99; BERNSMANN: *Entschuldigung durch Notstand*, Carl Heymanns Verlag, München, 1989, pp. 179 y ss.; MARTÍN LORENZO: *La exculpación penal*, pp. 59 y ss.; MELENDO PARDOS: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, pp. 583 y ss. En la jurisprudencia, sin embargo, se reconoce de una manera explícita. Véase, por ejemplo, la STS n.º. 950/1997, de 27 junio, en el caso Ballobar (Huesca).

consecuencia. Un cualificado sector doctrinal recurre al principio de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho como una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad en los delitos de comisión por omisión¹¹⁵, además de constituir el fundamento de las causas de irreprochabilidad reguladas de modo expreso en el Código penal español: el estado de necesidad (núm. 5.º del artículo 20), el miedo insuperable (núm. 6.º del artículo 20) y el encubrimiento de parientes (artículo 454). También debemos reconocer que en la Parte General del Código penal español disponemos de las circunstancias atenuantes de los artículos 21 y 23, que con una interpretación hábil permiten plantear soluciones acordes con los postulados de la justicia material basados en la inexigibilidad (o menor exigibilidad) de otro comportamiento conforme a Derecho, en estos supuestos de colisión entre unos intereses que inciden de una manera profunda en la esfera de la personalidad de un individuo y que le resultan primordiales, y el cumplimiento de un deber general de actuar establecido normativamente para proteger bienes jurídicos bajo la amenaza de pena. Adicionalmente, debe indicarse que en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.1.2ª del Código penal español, se puede atenuar la pena uno o dos grados a la establecida por la ley del correspondiente delito cometido, si atendida la entidad de una circunstancia, se aprecia un fundamento muy cualificado de atenuación. De este modo, por ejemplo, el conflicto de intereses que se plantea en los casos consistentes en no intervenir como madre, víctima de violencia de género habitual, ante la comisión de un delito que suponga el ejercicio de violencia física o psíquica sobre el hijo menor común por parte de su pareja o ex pareja hombre, si concurren los requisitos estructurales para poder afirmar que la mujer es partícipe en comisión por omisión en el correspondiente delito cometido por el autor principal, se puede resolver a través de la circunstancia atenuante incompleta (artículo 21.1 del Código penal español) de miedo insuperable si están ausentes sus requisitos inesenciales, o por analogía (apartado 7º en relación con el apartado 1º del artículo 21), si existe una identidad de razón entre la situación planteada y el miedo insuperable.

115 En la doctrina alemana y española, véanse, por ejemplo, WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11 Auflage, pp. 182 y 183; ARMIN KAUFMANN: *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 167; STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5ª Auflage, § 10, nºs. 100 y 102, § 13, nº. 84; OTTO: *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7 Auflage, De Gruyter, Berlin, 2004, § 9, nº. 104; KINDHÄUSER: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7 Auflage, § 32-35, nº. 91; RÖNAU: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2 §§ 32-55*, 12 Auflage, nº. 334; KÜHL/HEGER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auflage, Vor § 32, nº. 30; CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, pp. 136 y ss.; CUELLO CONTRERAS: *El Derecho penal español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, pp. 1148 y 1149; el mismo: *El Derecho penal español, Parte General, Volumen II*, 16/150; LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/22 y ss. respecto de la inexigibilidad (penal) individual; RAMÓN RIBAS: “La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad”, p. 186.

La utilización de circunstancias atenuantes para resolver este tipo de conflictos no ha sido, desde luego, desconocida por la doctrina y la jurisprudencia. *Tamarit Sumalla* proponía abordar el caso de Ballovar (Huesca) en el ámbito de la inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, mediante la apreciación de “la analogía con la misma circunstancia de estado pasional del artículo 21.3 o con el estado de necesidad (artículo 21.1 en relación con el 207) en tanto que “conflicto impropio de deberes”¹¹⁶. *Jericó Ojer* planteaba aplicar la eximente completa, incompleta o por analogía, de miedo insuperable¹¹⁷. La STS n.º. 950/1997, de 27 junio, en el caso mencionado estimó la circunstancia atenuante muy cualificada de obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido obcecación: “ciertamente, la capacidad de culpabilidad de los acusados se ha visto seriamente mermada por el conflicto de conciencia que se les presentó al tener que optar entre el respeto a sus convicciones religiosas, que les prohíben la práctica de transfusiones de sangre, y la vida de su hijo cuya salvación estaba supeditada a la aplicación de un tratamiento hemotransfusional. Esta Sala, en Sentencia de 27 marzo 1990, apreció la circunstancia atenuante del número 8.º del artículo 9.º del anterior Código Penal —hoy 21.3— como muy cualificada, en un supuesto de Testigos de Jehová, en la que se declara que “el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que da, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo, conformado por dichas creencias, que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes que surgen de un particular exégesis de los Textos Sagrados, pueden conducir y de hecho conducen, a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto...”. La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos, máxime cuando la perturbación es aún más intensa al estar en juego la vida de un hijo, cuya muerte de ningún modo deseaban como se patentiza por los denodados esfuerzos que hicieron para encontrar soluciones alternativas, a pesar de que se les había informado que no existían. La seria afectación de su capacidad para conocer lo injusto del hecho y para conducir su comportamiento hacia esa comprensión determina que esta circunstancia deba ser apreciada igualmente como muy cualificada, acorde con lo que se dispone en el artículo 66 del vigente Código Penal español, por lo que procede imponer la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley”. Todas estas propuestas resultan atendibles, porque afirman un presupuesto que se comparte, esto es, una disminución

116 Véase TAMARIT SUMALLA: “Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º. 325, 1998, p. 4.

117 Véase JERICÓ OJER: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, pp. 363-366.

considerable de la culpabilidad de los progenitores, aunque no acaban de convencer, puesto que la situación que se presentó en el caso de Ballovar (Huesca) no encuentra acomodo ni siquiera por analogía en una colisión (impropia) de deberes al existir en términos jurídicos un claro enfrentamiento entre un derecho y un deber¹¹⁸; ni en un miedo insuperable, porque dichos progenitores no actuaron impulsados por el miedo; ni en un obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido obcecación, ya que el problema no se centró en la capacidad de culpabilidad de los padres.

También podría considerarse de aplicación la circunstancia mixta del artículo 23 del Código penal español en la realización de ciertos comportamientos delictivos, en los que existen determinadas relaciones de parentesco. Recordemos que esta circunstancia faculta atenuar la responsabilidad *según los motivos del delito*, cuando el agraviado, esto es el sujeto pasivo, sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor, esto es, del sujeto activo ya sea autor o partícipe. Para un relevante sector de nuestra doctrina esta circunstancia opera como atenuante siempre que se cometa el hecho delictivo motivado por el afecto entre las personas indicadas en el tenor literal del precepto. Como afirma *Íñigo Corroza*, el afecto es la ratio de aplicación de la circunstancia atenuante de parentesco por la implicación que tiene (cuando tenga, obviamente) en la culpabilidad, y dicha implicación fundamenta una menor culpabilidad al ser menor la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho si se constata la existencia de dicho afecto parental¹¹⁹. *Borja Jiménez* fundamenta también la aplicación de la circunstancia atenuante de parentesco en el delito de homicidio, con arreglo a argumentos que traen a colación la idea de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho. Este autor parte de la consideración de la atenuación prevista en el delito de eutanasia del artículo 143.4 del Código penal español, en relación con el hijo que se apiada de su padre, a quien profesa un afecto paternal, y que sufre por una enfermedad terminal, y aunque no desea su muerte, ejecuta una acción homicida, de manera que “si internamente el deber ético y los profundos vínculos paternofiliales determinan parcialmente el comportamiento homicida del reo, el reproche social y jurídico hacia su persona es distinto que al que se le imputa a un tercero ajeno a estos afectos y sentimientos”¹²⁰. Asumiendo plenamente

118 Véase ROMEO CASABONA: “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, p. 340.

119 Véase ÍÑIGO CORROZA: “Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia”, *InDret penal* 4/2011, pp. 15, 16 y 17.

120 BORJA JIMÉNEZ: *Las Circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 220-222.

estos planteamientos, a mi juicio, parece más convincente apreciar la circunstancia atenuante de parentesco en la valoración del caso de Ballobar (Huesca), sin olvidar que he concluido que los progenitores del menor realizan el tipo del homicidio en comisión por omisión, porque ostentan un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico vida, o lo que es lo mismo, una posición de comisión por omisión, y tienen, en consecuencia, el deber “personalísimo” de acción penal, de tal modo que quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera. Se valora, entonces, una sola vez la relación de parentesco con carácter atenuatorio, al no exigir una posición de garante formal por el hecho de ostentar los sujetos la condición de “ser padres”.

Ahora bien, si el tratamiento y la resolución de esta clase de supuestos se confía a los operadores jurídicos a través de un principio de validez general —como una causa supralegal de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en los delitos de comisión por omisión—, o de las mencionadas categorías dogmáticas de la Parte General, se corre el riesgo de otorgar soluciones distintas según la persona que enjuicie el caso, porque la valoración de determinados intereses como dignos de protección y su prevalencia frente a los mandatos previstos por el Derecho, es una cuestión muy controvertida, con la consiguiente quiebra de los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica¹²¹. Otro motivo en contra del reconocimiento de una causa supralegal de inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma en los delitos de comisión por omisión, reside en la conclusión a la que hemos llegado anteriormente: si afirmamos que el criterio decisivo de identidad entre la

121 De acuerdo con la clásica objeción de la doctrina a la utilización de la inexigibilidad como una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad en los delitos de acción dolosa, véanse a mero título de ejemplo, FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1980, pp. 78, 79, 80 y 81; ACHENBACH, “Fahrlässigkeit, Schuld und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens”, en: Jura, 1997, p. 635; JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., p. 542; FLORES MENDOZA: *La objeción de conciencia en Derecho penal*, p. 257.

Esta crítica puede exponerse en relación con la opinión de LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 20/50 y 22/151 y 152, que distingue entre la inexigibilidad jurídica general, que constituye una causa de justificación supralegal que excluye toda la antijuridicidad cuando se deriva de los principios jurídicos generales; la inexigibilidad penal general, que excluye la tipicidad penal, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal; y la inexigibilidad penal subjetiva o individual como causa supralegal de exculpación (el mismo: ob. cit., 28/22 y ss.). Aunque para superar la objeción de que su concepción puede vulnerar el principio de legalidad penal, LUZÓN PEÑA exige que el juez habrá de comprobar en el caso concreto la situación de inexigibilidad penal para ese individuo concreto en ese hecho concreto (véase LUZÓN PEÑA: ob. cit., 28/25), el riesgo de otorgar soluciones distintas según la persona que enjuicie el supuesto es evidente, puesto que el problema es, fundamentalmente, de carácter axiológico-material en torno a la valoración de determinados intereses como dignos de protección y su prevalencia frente a los mandatos previstos por el Derecho.

omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista del tipo de lo injusto, es el de la relación de dominio social entendido como el conjunto de condiciones acotadas por dicho tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico, en consecuencia, debemos deducir que el cumplimiento del deber de actuar en un delito de comisión por omisión es tan gravoso como el cumplimiento de deberes de omitir en un delito de acción, ya que la incidencia en la libertad de las personas es la misma al depender del mismo factor: ostentar un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico¹²². Ello nos obliga a rechazar el reconocimiento de un mayor espacio a la inexigibilidad en el delito de omisión que en el delito de acción, mediante una causa suprallegal de exclusión de la responsabilidad penal.

Las exigencias derivadas de la seguridad jurídica y la salvaguarda del principio de igualdad se garantizan más adecuadamente si el legislador se pronuncia expresamente sobre la estructura intersubjetiva del reproche que permite tener en cuenta las razones del sujeto para infringir la norma a la que se refiere *Melendo Pardos*, o sobre el establecimiento de “determinadas reglas exculpatorias” que recojan razones intersubjetivamente válidas para todos expuesta por *Martín Lorenzo*. Pero como la decisión de otorgar preeminencia al interés de carácter personal que alegue el sujeto frente al cumplimiento de la norma, es el resultado de una ponderación de carácter axiológico-material, su planteamiento y resolución debe ubicarse en el plano de la configuración del orden social en cada momento histórico y, por lo tanto, tal decisión del legislador tiene que vincularse a la Parte Especial del Derecho penal, como han planteado *Frellesen*¹²³ y *Gracia Martín*¹²⁴. Nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia n.º. 53/1985, de 11 de abril, ya expuso implícitamente en el mismo sentido que “el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado;

122 Véase *supra*.

123 Véase FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, pp. 90, 91 y 92.

124 Véase GRACIA MARTÍN: *Fundamentos de dogmática penal*, p. 158. SÁINZ CANTERO: *La exigibilidad de una conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, p. 155, proponía una cláusula general.

el legislador no puede emplear la máxima constrictión —la sanción penal— para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”.

Esta conclusión se refuerza, también, con la existencia de manifestaciones concretas de nuestro legislador en la Parte Especial de nuestro Código penal, en las que se contemplan exenciones o atenuaciones de la pena basadas en la inexigibilidad (o menor exigibilidad) de otro comportamiento conforme a Derecho en ciertos delitos cometidos en comisión por omisión, en relación con determinados supuestos que tienen en común la existencia de una colisión entre unos intereses que inciden de una manera profunda en la esfera de la personalidad de un individuo y que le resultan primordiales, y el cumplimiento de un deber general de actuar establecido normativamente para proteger bienes jurídicos bajo la amenaza de pena. En primer lugar, encontramos una atenuación prevista por nuestro legislador basada en la inexigibilidad de otro comportamiento conforme a Derecho en el artículo 145.2 del Código penal español, aplicable a la mujer embarazada que consiente que otra persona le cause un aborto, fuera de los casos permitidos por la ley, calificándose su conducta como participe por omisión en un delito de aborto cometido por un autor. La menor penalidad establecida en dicho precepto se interpreta como una circunstancia personal basada en la menor exigibilidad de la conducta, que por afectar a las condiciones de motivabilidad de su destinataria encuentra su ubicación sistemática adecuada en la culpabilidad¹²⁵. La atenuación de la pena responde a una circunstancia personal que solo concurre en la mujer embarazada al ser ella la portadora del bien jurídico que se pretende tutelar, hallándose en una especial relación con el *nasciturus* que origina un conflicto estrictamente personal ante un embarazo no querido¹²⁶. Asimismo, se puede apreciar este fundamento en la pena atenuada prevista

125 Véanse LAURENZO COPELLO: “Artículos 144-146”, *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Díez Ripollés/Gracia Martín coords., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, núm. marginal 19, pp. 286 y 287, núm. marginal 63, p. 312; CARBONELL MATEU, *Derecho penal, Parte Especial*, González Cussac coord., 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 93 y 94, quien aboga por que el legislador prevea un supuesto de inexigibilidad, levantando el deber subjetivo, la obligatoriedad personal de la mujer embarazada; FELIP I SABORIT: *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 6ª ed., Silva Sánchez Dir., Ragués i Vallès coord., Atelier, Barcelona, 2019, p. 63; LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/28.

En el artículo 145 bis se contempla también la exención de pena si la mujer embarazada consiente que otra persona se lo cause en los casos previstos en la ley sin observar una serie de requisitos. En tal supuesto estima que estamos ante una excusa absolutoria FERNÁNDEZ BAUTISTA: “Arts. 144-146”, *Comentarios al Código penal, Reforma LO 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig Dirs., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 347.

126 Véase LAURENZO COPELLO: “Artículos 144-146”, núm. marginal 19, pp. 286 y 287, núm. marginal 63, p. 312.

en el artículo 156 bis 2, aplicable al receptor de un órgano humano principal o no principal que consintiere la realización de un trasplante conociendo su origen ilícito, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se pone de relieve la necesidad de incriminar no solo a quienes promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos de forma independiente del delito de lesiones, sino también al receptor del órgano que, conociendo su origen ilícito, consienta en la realización del trasplante, porque estas prácticas implican una violación de los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana. No obstante, la atenuación de la pena en el mencionado delito recogido en el artículo 156 bis 2 se basa, en mi opinión, en la apreciación de una menor exigibilidad de una conducta conforme a Derecho, con una relevante disminución de la culpabilidad, en ciertas situaciones en las que el receptor de un órgano humano se encuentra en lista de espera, donde entre un 6% y un 8% de los pacientes fallecen sin haberlo conseguido¹²⁷. Tales situaciones pueden no estar cubiertas por un estado de necesidad disculpante o por un miedo insuperable, por lo que a través de esta cláusula expresa se permi-

127 Señalan esta argumentación, entre otros, MOYA GUILLEM, *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 35 y 269, quien añade otro argumento adicional centrado en la menor afectación que implica este comportamiento para el bien jurídico protegido en esta figura delictiva, cuyo injusto reside, a juicio de la citada autora, en la puesta en peligro para la salud de indeterminados receptores, que han supuesto las conductas de obtención o tráfico ilegales de órganos, y no el consentimiento para la realización del trasplante *per se*; GARCÍA ALBERO: “El nuevo delito de tráfico de órganos”, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García/González Cussac dirs., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 191; PUENTE ABA, “La protección penal frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal”, *Revista Derecho y proceso penal*, n.º. 26, 2011, p. 147; ALEMÁN LÓPEZ: “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo artículo 156 bis del Código penal”, *La Ley Penal*, número 94-95, junio-julio 2012, p. 97; CARRASCO ANDRINO: *Derecho penal español, Parte Especial (I)*, 2ª ed., Álvarez García Dir., Manjón-Cabeza Olmedo/Ventura Püschel coords., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 267 y 268; GÓMEZ RIVERO: “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista Penal*, n.º. 31, 2013, p. 133; ALASTUEY DOBÓN: “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos”, *Revista Penal*, n.º. 32, 2013, p. 20; GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 238; CARBONELL MATEU: *Derecho penal, Parte Especial*, 6ª ed., p. 126; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10ª ed., Quintero Olivares Dir., Morales Prats coord., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 140 y 141; VIZUETA FERNÁNDEZ: *Derecho penal, Parte Especial*, 1ª ed., Romeo/Sola/Boldova coords., Comares, Granada, 2016, p. 99. Aluden también a la posible situación de excepcionalidad del receptor-enfermo GÓMEZ MARTÍN: “Arts. 144-146”, *Comentarios al Código penal, Reforma LO 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig Dirs., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 371; CANCIO MELIÁ: “Tráfico de órganos”, *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, núm. marginal 7480.1; FELIP I SABORIT: *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 6ª ed., p. 91.

te atenuar la culpabilidad al receptor de un órgano humano, que se halla en unas circunstancias relacionadas con la limitación de su vida o de su calidad de vida, y que originan un conflicto estrictamente personal al individuo que se encuentra a la espera de un trasplante de órganos.

Otro pronunciamiento del legislador acerca de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho se halla en el artículo 177 bis 11 del Código penal español, que exime de pena a la víctima de trata de seres humanos por las infracciones penales que haya cometido —por acción y en comisión por omisión— en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado¹²⁸. En el Preámbulo de la mencionada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se indica que el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que sufren la trata de seres humanos, hasta el punto de alcanzar la comisión por acción u omisión de dichas infracciones por parte de la víctima de la explotación. También en las omisiones puras recogidas en los artículos 195, 450 o 382 bis del Código penal español, el legislador ha resuelto un conflicto personal entre, por un lado, la no realización de la acción tendente a cumplir con el mandato, esto es, socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, el no impedir la comisión de determinados delitos o el no permanecer en el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecen una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2 y, por otro lado, la existencia de un riesgo propio o ajeno o de terceros si se lleva a cabo algunas de las acciones anteriormente mencionadas. Como es sabido, la naturaleza de la cláusula “riesgo propio o ajeno o de terceros” es discutida en la doctrina. En mi opinión, estamos ante la manifestación del reconocimiento por parte del legislador de la prevalencia de determinados intereses que inciden de una manera profunda en la esfera de la personalidad de un individuo y que le resultan primordiales, frente al cumplimiento de un deber general de actuar establecido normativamente, basado en razones de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho, en función de las complicaciones en las que se puede encontrar un sujeto obligado a cumplir el deber de actuar exigido, por la constatación de un riesgo propio o ajeno o de terceros en las situaciones típicas descritas.

Por último, debemos mencionar el artículo 454 del Código penal español que declara la exención de pena a los encubridores que lo sean de su cónyuge o de

128 Véanse DÍEZ RIPOLLÉS: *Derecho penal español, Parte General*, 4ª ed., p. 472; VILLACAMPA ESTIARTE: *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 474 y ss.

persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del artículo 451.1. La naturaleza de esta eximente, nuevamente, es discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹²⁹. A mi juicio, el fundamento de esta eximente reside en la inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, por lo que estamos ante una causa de irreprochabilidad¹³⁰, que pone de relieve la preeminencia de un determinado interés personal como el motivo determinante del encubrimiento realizado, la existencia de cariño o afecto entre determinados parientes¹³¹.

En suma, las exigencias derivadas de la seguridad jurídica y la salvaguarda del principio de igualdad se garantizan más adecuadamente, si el legislador resuelve expresamente la prevalencia de determinados intereses como dignos de protección frente al cumplimiento de un concreto deber de actuar establecido normativamente *erga omnes*, mediante la incorporación de diversas cláusulas en la Parte Especial del Derecho penal en la que se declare una atenuación de la pena o, incluso, su exención por motivos de inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho¹³², según la configuración del orden social en cada momento histórico. Ello posibilita que los operadores jurídicos adopten decisiones objetivamente fundadas e igualitarias. Si no existiera un pronunciamiento expreso legal, se podría recurrir únicamente a una interpretación hábil de las circunstancias eximentes del artículo 20 del Código penal español —como el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable, basadas en la inexigibilidad (o menor exigibilidad) de otro comportamiento conforme a Derecho—, o de las circunstancias atenuantes de los artículos 21 y 23 del Código penal español, sin perjuicio de reconocer el peligro de otorgar soluciones distintas

129 Un sector doctrinal MIR PUIG: *Derecho Penal*, PG, L 24/16, nota 16, considera que el supuesto descrito en el artículo 454 puede verse como un caso de conflicto de intereses (fidelidad familiar y deber de colaborar con la Justicia) que la Ley resuelve en favor de uno de ellos, lo que supone una causa de justificación. Otro sector doctrinal CUELLO CONTRERAS: *El Derecho penal español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, p. 1172; GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 36 y nuestra jurisprudencia de forma ampliamente mayoritaria han afirmado que la exención de pena contemplada en el artículo 454 es una excusa absolutoria (TS 185/2005, de 21 febrero; 460/2007, de 1 de junio; y 162/2016, de 2 marzo).

130 Véanse LUZÓN PEÑA: *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 28/28; RUEDA MARTÍN/URRUELA MORA: *Derecho penal, Parte General*, 2^a ed., pp. 297 y ss.; FLORES MENDOZA: *Derecho penal, Parte Especial*, 1^a ed., Romeo/Sola/Boldova coords., Comares, Granada, 2016, p. 735.

131 Véase CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español, Parte General, III*, p. 145.

132 Véase FRELLESSEN: *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1980, pp. 81 y ss.

según la persona que enjuicie el caso, al no reconocerse de una manera objetiva en estos instrumentos jurídicos la prevalencia de un interés personal atendible frente al cumplimiento de un concreto deber de actuar establecido normativamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH. (1997). *Fabrlässigkeit. Schuld und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens* (pp. 631-637). Jura.
- AGUADO CORREA, T. (2004). *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal*. Comares.
- ALASTUEY DOBÓN, C. (2013). Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos. *Revista Penal*, (32), 3-22.
- ALEMÁN LÓPEZ, M. A. (2012). Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo artículo 156 bis del Código penal. *La Ley Penal*, (94-95), 6.
- BACIGALUPO, E. (2005). *Delitos impropios de omisión*. Dykinson.
- BALDO LAVILLA, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*. Bosch editor.
- BARTHEL. (2004). *Die (Un-)Zumutbarkeit des erfolgsabwendenden Tuns. Begriff und systematische Einordnung, Begriff und systematische Einordnung*. Juristische Reihe Tenea.
- BAUCELLS I LLADÓS, J. (2000). *La delincuencia por convicción*. Tirant lo Blanch.
- BOLDOVA PASAMAR, M. / RUEDA MARTÍN, M. (2004). El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (14), 11-58.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2001) *Las Circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Tiran lo Blanch.
- BRINGEWAT, P. (2018). *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen —Allgemeine Verbrechenslehre— Aufbauschema*. Nomos.
- CANCIO MELIÁ, M. (2016). Tráfico de órganos. En: *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre.
- CARBONELL MATEU, J. (2019). *Derecho Penal. Parte especial*. (6ª ed.). Tirant lo Blanch.

- CARRASCO ANDRINO, M. (2011). *Derecho Penal español. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- CEREZO MIR, J. (1998). *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*. (6^a ed., Tomo II). Tecnos.
- CEREZO MIR, J. (2001). *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito / 2*. (Tomo III). Tecnos.
- CEREZO MIR, J. (2004). *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Tecnos.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2009). *El Derecho Penal español. Parte general. Teoría del delito (2)*. (Tomo II). Dykinson.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002). *El Derecho Penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. (3^a ed.). Dykinson.
- CUERDA ARNAU, M. (1997). *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Tirant lo Blanch.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Teoría del delito*. (2^a ed., Tomo II). Iustel.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1991). Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2^a, de 8 de octubre de 1991). *Poder Judicial*, (24), 203-220.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (1997). Artículo 143. En: DÍEZ RIPOLLÉS, J. / GRACIA MARTÍN L. (Coords), *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes (T. I)*. Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2016). *Derecho Penal español. Parte general*. (4^a ed.). Tirant lo Blanch.
- DONNER, D. (2007). *Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte*. Peter Lang.
- EBERT, U. (1975). *Der Überzeugunstäter in der neueren Rechtsentwicklung. Zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata*. Duckner & Humblot.
- ESCRIVÁ IVARS, J. (1993). La objeción de conciencia al uso de determinados medios terapéuticos. En: GUITARTE IZQUIERDO, V / ESCRIVÁ IVARS, J. (Coords.), *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. Consejo General del Poder Judicial.
- FELIP I SABORIT, D. (2019). Las lesiones. En: SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. (6^a ed.). Atelier.

- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (2011). Arts. 144-146. En: CORCOY BIDASOLO, M / MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch.
- FISCHER, T. (2019). *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. (66 Auflage). C. H. Beck.
- FLORES MENDOZA, F. (2001). *La objeción de conciencia en Derecho penal*. Comares.
- FLORES MENDOZA, F. (2016). *Derecho Penal. Parte especial*. Comares.
- FRELLESSEN, P. (1980). *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*. Alfred Metzner Verlag.
- FREUND, G. (1992). *Erfolgdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*. Carl Heymanns.
- FREUND, G. (2017). *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*. (3 Auflage). C. H. Beck.
- FRISCH, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons.
- FRISTER, H. (1993). *Die Struktur des "voluntativen Schuldelements". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*. Duncker & Humblot.
- GARCÍA ALBERO, R. (2010). El nuevo delito de tráfico de órganos. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F/ GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch.
- GEILEN, G. (1974). "Suizid und Mitverantwortung", en: JZ.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999). Artículo 11. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Edersa.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999). Das unechte Unterlassungsdelikt. *ZStW*, 111.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1979). *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*. Universidad Complutense.
- GIL, A. / LA CRUZ LÓPEZ, J. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ J. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Dykinson.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2011). Arts. 144-146. En: CORCOY BIDASOLO, M. /MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch.

- GÓMEZ RIVERO, M. (2013). El delito de tráfico ilegal de órganos humanos. *Revista Penal*, (3), 113-139.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). *Comentarios prácticos al Código Penal*. (Tomo II). Aranzadi.
- GRACIA MARTÍN, L. (2006). *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Atelier.
- GRACIA MARTÍN, L. (1994). La comisión por omisión en el Derecho Penal español. En: GIMBERNAT ORDEIG, E. (Dir.), *La comisión por omisión*. Cuadernos de Derecho Judicial.
- GRACIA MARTÍN, L. (2001). Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante). En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. UNED.
- GRACIA MARTÍN, L. (1994). Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II). *Actualidad Penal*, (18).
- GRACIA MARTÍN, L. (1997). *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. En: DÍEZ RIPOLLÉS, J. /GRACIA MARTÍN, L. (Coords.). Tirant lo Blanch.
- GRACIA MARTÍN, L. (1993). *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*. Tirant lo blanch.
- GRACIA MARTÍN, L. (1985). *El actuar en lugar de otro. Teoría General*. Pressas Universitarias de Zaragoza.
- GRACIA MARTÍN, L. (2009). Prólogo a la edición española. En: SCHÜNE-MANN BERND (Autor), *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Marcial Pons.
- GROPP, W. (2001). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (2 Aufl.). Springer.
- HAFT, F. (1998). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (8. Aufl.). C. H. Beck.
- HENKEL, H. (2008). *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. BdeF.
- HERZBERG, R. (1972). *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Walter de Gruyter.
- HERZBERG, R. (1977). *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*. Beck.
- HOFFMANN-HOLLAND, K. (2006). Die Beteiligung des Garanten am Rechts-gutsangriff. *ZStW*, (118).

- HAAS, V. (2011). Die Beteiligung durch Unterlassen. *ZIS*, (5).
- HRUSCHKA, J. (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. (2. Aufl.). Walter de Gruyter.
- HUERTA TOCILDO, S. (1997). *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*. Tirant lo blanch.
- ÍNIGO CORROZA, E. (2011). Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia. *InDret penal*, (4), 1-28.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. (2ª Auflage). Walter de Gruyter.
- JERICÓ OJER, L. (2007). *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*. La Ley.
- JESCHECK, H. / WEIGEND, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. (5ª ed.). Comares.
- KAUFMANN, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Marcial Pons.
- KAUFMANN, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen.
- KINDHÄUSER, V. (2017). *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*. (7 Auflage). Nomos Verlagsgesellschaft.
- KÖHLER, M. (1997) *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Springer.
- KREY, V. (2005). *Deutsches Strafrechts, Allgemeiner Teil, Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*. (2 Band). Kohlhammer.
- KÜHL, K / HEGER, M. (2018). *Strafgesetzbuch Kommentar*. (29 Auflage). C. H. Beck.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, A. (2002). *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*. Civitas.
- LAURENZO COPELLO, P. (1997). Artículos 144-146. En: DÍEZ RIPOLLÉS, J. / GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- LENCKNER / STERNBERG-LIEBEN. (2009). En: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*. (29 Aufl.). C. H. Beck.
- LUZÓN PEÑA, D. (1986). *Poder Judicial*, nº. 2.

- LUZÓN PEÑA, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- LUZÓN PEÑA, D. (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret penal*, (1), 1-22.
- LUZÓN PEÑA, D. (2014). Exculpación por inexigibilidad penal individual. En: GIMBERNAT ORDEIG, E. / GRACIA MARTÍN, L. / PEÑARANDA RAMOS, E. / RUEDA MARTÍN, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / URQUIZO OLAECHEA, J. (Eds.), *Dogmática del Derecho penal, material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. (1ª ed., Tomo I, pp. 343-360). Gaceta jurídica.
- LUZÓN PEÑA, D. (1986). La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS. *Poder Judicial*, (2), 73-92.
- MARTÍN LORENZO, M. (2009). *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GARAY, L. (2005). *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2013). *El contenido de la antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*. Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2017). *El error en la teoría jurídica del delito. (Un estudio a la luz de la concepción significativa)*. Tirant lo Blanch.
- MELENDO PARDOS, M. (2002). *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y función de las concepciones normativas*. Comares.
- MELENDO PARDOS, M. (2002). Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad. En: Díez Ripollés, J. / Romeo Casabona, C. / Gracia Martín, L. / Higuera Guimerá, J. (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. (10ª ed.). Editorial Reppertor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2016). Exigibilidad. En: *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre.
- MORALES PRATS, F. (2016). *Comentarios al Código Penal español*. (7ª ed.). Aranzadi Thomson Reuters.

- MOSENHEUER, A. (2009). *Unterlassen und Beteiligung. Zur abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*. Duncker & Humblot.
- MOYA GUILLEM, M. (2018). *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*. Marcial Pons.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (10ª ed.). Tirant lo Blanch.
- NAVARRO FRÍAS, I. / SOLA RECHE, E. / ROMEO CASABONA, E. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. Comares.
- NAVARRO-VALLS, R. / MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. (2ª ed.). Iustel.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S. (1985). *Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. (2ª ed.). Rafael Castellanos.
- OTTO, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. (7 Aufl.). De Gruyter.
- PAWLIK, M. (2001). Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils. Bemerkungen zur Lehre von der Garantenpflichten. En: HEINRICH / JÄGER / ACHENBACH / AMELUNG / BOTTKE / HAFFKE / SCHÜNEMANN / WOLTER. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Walter de Gruyter.
- PAWLIK, M. (2013). El funcionario policial como garante de impedir delitos. *In-Dret penal* (1/2013).
- PÉREZ DEL VALLE, C. (1994). *Conciencia y derecho penal: límites a la eficacia del derecho penal en comportamientos de conciencia*. Comares.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (1999). La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad. En: ROMEO CASABONA, C. / CEREZO MIR, J. / SUÁREZ MONTES, R. / BERISTAIN IPIÑA, A. (Eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*. Comares.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1993). Insumisión y libertad de conciencia. (A propósito de la sentencia 75/92 del Juzgado de lo Penal número 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992). En: PECES-BARBA, G. (Ed.), *Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.

- PUENTE ABA, L. (2011). La protección penal frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal. *Revista Derecho y proceso penal*, (26), 135-152.
- RAMÓN RIBAS, E. (2008). La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad. En: CARBONELL MATEU, J. / MARTÍNEZ GARAY, L. (Coords), *La justificación penal: balance y perspectivas*. Tirant lo Blanch.
- ROBLES PLANAS, R. (2011). Caso del leinenfänger. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. La Ley.
- ROBLES PLANAS, R. (2006). *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*. Atelier.
- ROBLES PLANAS, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MESA, M. (2005). *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Aranzadi.
- ROMEO CASABONA, C. (2001). Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho penal. En: QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi.
- ROMEO CASABONA, C. (1998). ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 327-358.
- ROMEO CASABONA, C. (1993). Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal. En: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Edersa.
- RÖNNAU, T. (2006). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32-55*. (12 Auflage). Walter de Gruyter.
- RÖWER, H-H. (1958). Die Zumutbarkeit als spezielles täterschaftliches Merkmal beim Handeln durch Unterlassung. En: *Neue Juristische Wochenschrift*.
- ROXIN, C. (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. (1^a. Band, 1^a Aufl.). Verlag C. H. Beck.
- RUEDA MARTÍN, M. (2013). *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*. Atelier.

- RUEDA MARTÍN, M. / URRUELA MORA, A. (2016). Introducción. Teoría jurídica del delito. En: ROMEO CASABONA, C. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. (Coords.), *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015*. (2ª ed.). Comares.
- SÁINZ CANTERO, J. (1965). *La exigibilidad de una conducta adecuada a la norma en Derecho penal*. Universidad de Granada.
- SCHLEE, A. (2009). *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*. Dr. Kovač.
- SCHLEHOFER, H. (2017). *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*. (3 Aufl.). C. H. Beck.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1975). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*. (2 Aufl.), J. C. B. Mohr.
- SCHÜNEMANN, B. (2005). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro. En: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Thomson Civitas Aranzadi.
- SCHÜNEMANN, B. (2008). El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión En: GARCÍA VALDÉS, C / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer.
- SCHÜNEMANN, B. (2005). Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI. Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del “dominio sobre el fundamento del resultado” como principio general de la autoría. A su vez, un análisis de la teoría de las estructuras lógico-objetivas y de la relación entre ontologismo y normativismo. En: HIRSCH / CEREZO / DONNA (Dirs.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- SCHÜNEMANN, B. (1998). Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. *Revista del Poder Judicial*, (51), 201-222.
- SCHÜNEMANN, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Marcial Pons.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. (2009). La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 127-155.

- SILVA SÁNCHEZ, J. (1999). Artículo 11. En: COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Edersa.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1989). Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario. *Cuadernos de Política Criminal*, (38), 367-404.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1997). *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. J. M^a. Bosch.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2001). Zur Dreiteiligung der Unterlassungsdelikte. En: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Walter de Gruyter.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1986). *El concepto de omisión. Concepto y sistema*. Librería Bosch.
- STEIN, U. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (9 Aufl.). Carl Heymanns.
- STRATENWERTH, G. / KUHLEN, L. (2004). *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. (5^a Auflage). Carl Heymanns.
- STREE, W. (1998). Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten. En: ESER, A. / SCHITTENHELM, U. / SCHUMANN, H. (Hrsg.), *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*. C. H. B. Verlagsbuchhandlung.
- STREE, W / BOSCH, N. (2014). vor § 13. En: *Strafgesetzbuch Kommentar*. (29 Aufl.). C. H. Beck.
- TAMARIT SUMALLA, J. (1998). Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte. *Actualidad Jurídica*. (325), 1-ss.
- TAMARIT SUMALLA, J. (2016). En: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coords.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. (10^a ed.). Aranzadi.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2015). Artículo 11. En: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- TRAPERO BARREALES, M. (2003). La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿La guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, (1), 449-476.

- VARONA GÓMEZ, D. (2000). *El miedo insuperable: reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Comares.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Aranzadi.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2016). En: ROMEO CASABONA, C. / SOLA RE-CHE, E. / BOLDOVA, A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte especial*. Comares.
- WELZEL, H. (1969). *Das deutsche Strafrecht*. (11 Aufl.). Walter de Gruyter.
- WELZEL, H. (1964). *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Ediciones Ariel.