

Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución

ALBERT ESTRADA I CUADRAS

Doctor en Derecho. Investigador Juan de la Cierva
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El modelo dominante de omisiones penalmente relevantes solamente distingue entre omisiones equivalentes a la causación activa (comisión por omisión) y omisiones cuyo desvalor consiste en la vulneración de un deber general de solidaridad (omisión pura simple). Este modelo incurre en incoherencias valorativas por infra- y sobreinclusión. Para evitarlas, es preciso distinguir un tercer tipo de comportamiento, consistente en la vulneración de un deber cualificado de solidaridad (omisiones puras de garante o de gravedad intermedia). Sin embargo, esta distinción no ha conseguido permear suficientemente en nuestra comunidad jurídica. Esta situación choca con la importancia de la solidaridad, tanto desde una perspectiva biológica como desde el punto de vista de las bases éticas de nuestra sociedad. En este trabajo se proponen vías de solución tanto de lege lata como de lege ferenda.

Palabras clave: *comisión por omisión, omisión pura, omisión de gravedad intermedia, garante, solidaridad, coherencia valorativa.*

ABSTRACT

The normative models that only distinguish between two types of crimes of omission, the ones that are equivalent to the causation of the harm (commission by omission) and those whose blameworthiness consists in the violation of a duty to aid a third person (bad Samaritan laws), are inconsistent. They over-punish some behaviours and under-punish others. To avoid these inconsistencies, it is necessary to distinguish a third kind of omissions: those committed by people with a qualified duty to aid. However, neither the academics, the courts nor the legislature have taken deeply

into account this distinction, although it is at odds with our most common ethical values and with cornerstone biological findings. In this paper the author offers some solutions, de lege lata and de lege ferenda, to confer due treatment to this third kind of omissions.

Keywords: *crime of omission, commission by omission, bad Samaritan laws, duty to rescue, mutual aid, normative consistency.*

SUMARIO: I. El modelo tripartito de omisiones penalmente relevantes.–II. Acogida del modelo tripartito en la comunidad jurídica.–III. Estado de la cuestión en el Derecho comparado.–IV. Crítica a la marginación.–V. Algunas vías de solución: 1. Soluciones *de lege lata*; 2. Soluciones *de lege ferenda*.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

I. EL MODELO TRIPARTITO DE OMISIONES PENALMENTE RELEVANTES

Históricamente, los modelos manejados en nuestro entorno jurídico-cultural en materia de omisiones penalmente relevantes han sido, por lo general, de carácter bipartito. Se ha venido distinguiendo entre las omisiones equivalentes a la causación activa del resultado típico (de lesión o peligro), denominadas «comisiones por omisión», y las omisiones puras, basadas en la infracción de un deber de solidaridad (1).

A mediados de los años ochenta, entre la doctrina española se empezó a defender la tesis de que era necesario tener en cuenta una ulterior distinción entre las omisiones puras (2). Sobre la base de la entidad del deber de solidaridad infringido, se propuso diferenciar entre omisiones puras *simples* y omisiones puras *de garante*. Las primeras consisten en la infracción de un deber general (intersubjetivo)

(1) Por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 9.^a ed., 1985, pp. 368 y ss., 383 y ss. Sin embargo, CUELLO CALÓN menciona la propuesta de TRAEGER de graduar la penalidad de las comisiones por omisión en proporción «a la significación social del deber de impedir el resultado»: *Derecho penal. Parte general*, t. I., vol. I, 18.^a ed., 1980, p. 349. Con todo, el autor recurre a una exposición bipartita de las omisiones penalmente relevantes.

(2) SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, 1986.

de solidaridad. Las segundas en la vulneración de uno cualificado, derivado de la posición de responsabilidad especial respecto del bien jurídico afectado o de la fuente de peligro que lo ha lesionado o puesto en peligro. Esta clase de omisiones han sido denominadas «omisiones de garante» u «omisiones de gravedad intermedia» por parte del principal valedor de la distinción: Silva Sánchez (3).

Al respecto conviene realizar algunas precisiones. El injusto penal se basa, o bien en la infracción de un **deber de no lesionar** (deber negativo), o bien en la infracción de un **deber de solidaridad** (deber positivo). El *deber negativo* es la contrapartida de un ejercicio pleno de libertad. El *deber positivo* se fundamenta en un ejercicio de libertad disminuida (asunción genérica, injerencia (4) imprudente, creación de riesgos especiales) o en el desempeño de un rol institucional (relación paterno-filial, matrimonio, ejercicio de una función pública, etc.). La medida del deber positivo se determina en función del grado de libertad ejercida o en función de la entidad de los deberes institucionales vulnerados. Ello permite distinguir, por lo menos, entre deberes de solidaridad cualificada (omisiones puras de garante) y deberes de solidaridad mínima (omisiones puras simples). Estos últimos se basan en un ejercicio de libertad casi imperceptible, como el mero hecho de vivir en sociedad y/o beneficiarse de la existencia de instituciones públicas (5).

De la mano de esta tripartición se ponen en evidencia los problemas de infra- y sobreinclusión que presentan los modelos bipartitos.

Si se adopta una concepción rigurosa de la equivalencia entre acción y omisión, que exija identidad normativo-estructural entre ellas, las omisiones de garante se ven abocadas a la impunidad o a la infrapunición. A menos que exista un tipo específico de omisión pura de garante, lo cual es del todo excepcional en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno jurídico-cultural, esta clase de omisiones tan solo se pueden sancionar con las penas asignadas a los tipos de infracción de un deber general de solidaridad, siempre y cuando sean subsu-

(3) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.ª ed., 2003, pp. 422 y ss., 467 y ss.

(4) Considera a la injerencia imprudente un supuesto de vulneración de un deber cualificado de solidaridad, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 641 y ss.

(5) Al respecto, véanse COCA VILA, «La legítima defensa frente a las omisiones», *ADPCP* (69), 2016, p. 101 y ss.; EL MISMO, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 288-306; ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013; SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en AA. VV., *Problemas específicos de aplicación del Código penal. Manuales de formación continuada* (4) del CGPJ, 1999, pp. 153 y ss., 155 y ss.

mibles en alguno de ellos. Las concepciones bipartitas rigurosas con la equivalencia desconocen por completo este grupo de problemas (6).

Quienes parten de una concepción laxa de la equivalencia entre acción y omisión, contentándose con que el desvalor de la omisión sea *próximo* al de la causación activa del resultado típico o, simplemente, prescindiendo de una identidad normativo-estructural entre una y otra, incurrir en evidentes errores de sobreinclusión. La tendencia natural de estas posturas es la de calificar como «comisión por omisión» omisiones de garante que no equivalen a la causación activa del resultado lesivo y que, por tanto, no merecen ser sancionadas con las penas previstas por la infracción del deber de no lesionar. La pena justa para esta clase de omisiones es una de gravedad intermedia, entre las penas previstas por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y las previstas por la infracción de un deber general de solidaridad.

En efecto, si se quiere equiparar una omisión a la causación activa de un resultado típico tanto en el plano del significado jurídico-penal de la conducta como en el penológico, lo coherente es exigir que la omisión sea *idéntica* a la comisión activa. Descartada la posibilidad de encontrar criterios de identidad en el terreno de lo ontológico (7), la única vía transitable se encuentra en el campo de lo normativo-estructural (8).

La calificación de «comisión por omisión» debe reservarse, por tanto, a las omisiones que presenten una estructura idéntica, desde una perspectiva normativa, a la causación activa del resultado típico. Desde tal perspectiva, la estructura del injusto por comisión activa se caracteriza por el *dominio* sobre el fundamento del resultado. Expresado de forma más actual, el injusto de comisión activa consiste en la arrogación de una esfera de organización ajena. Siendo esto así, la omisión equivalente a la acción será aquella que presente la misma estructura de dominio o de injerencia en una esfera de organización ajena (9). Ello ocurre cuando el sujeto que omite ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los concretos riesgos que acechan a un determinado bien jurídico.

(6) Al respecto véase SCHÜNEMANN, exponente de una visión bipartita rotundamente rigurosa en materia de equivalencia: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971).

(7) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2003, pp. 25-198; A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2.ª ed., 2006 (1980), pp. 273 y ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), pp. 37 y ss., 90, 277 y ss.

(8) SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, pp. 642 y s.

(9) SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), pp. 275 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 643.

Cuando la asunción de tal compromiso da lugar a una relajación de las medidas de protección adoptadas por el titular del bien jurídico o por terceros responsables de su indemnidad (o de la contención de las fuentes de peligro que pueden lesionarlo), el sujeto posee un dominio sobre el fundamento del resultado típico idéntico al dominio ostentado por quien dirige un curso causal (10).

Este planteamiento se fundamenta en el binomio «libertad de organización – responsabilidad por las consecuencias». La imputación del resultado lesivo se basa en el ejercicio previo y *fuerte* de la autonomía (11) por parte del sujeto que omite.

Lo dicho supone negar la identidad a las omisiones de aquellos que, por cargar con un *deber institucional* o por haber realizado un acto previo de *asunción u organización débil*, ocupan en el momento del hecho una posición de responsabilidad cualificada respecto del bien jurídico afectado o de la fuente de peligro que lo ha desestabilizado. El ingreso en una institución (matrimonio, función pública, etc.) y el posterior incumplimiento de los deberes inherentes al rol no son, por sí mismos, equivalentes a la organización de la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico. Cuestión distinta es que, en el desempeño del rol, se haya asumido el compromiso, expreso o tácito, de actuar a modo de barrera de contención de riesgos. En este caso sí que cabría hablar de equivalencia, pero el fundamento no sería la vulneración del deber institucional, sino el ejercicio de la autonomía mediante la asunción previa del compromiso de evitar el resultado.

Tampoco cabe hablar de identidad en los supuestos de asunción u organización débil (*asunción genérica o indeterminada*). No es preciso que la asunción sea expresa para imputar de forma legítima el resultado lesivo, pero sí es necesario que el contenido y alcance del ejercicio de libertad sea claro. Solo así cabe establecer una relación de sentido entre el resultado lesivo y el ejercicio de autonomía.

Como ejemplo de organización débil se puede mencionar la *injerencia imprudente*. En estos casos es evidente que la relación del sujeto con el riesgo no forma parte de las consecuencias abarcadas por un acto de organización planificado (la asunción), sino que es el fruto de una organización defectuosa. El ejercicio de libertad subyacente es claramente inferior al que late tras el dominio actual del curso causal

(10) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.^a ed., 2003, pp. 462 y ss.

(11) Sobre la gradualidad del ejercicio de libertad y, en consecuencia, de los deberes que de tal ejercicio se derivan, véase COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 288 y ss.

lesivo, independientemente de cuál sea la representación subjetiva del sujeto activo respecto del resultado una vez generado el peligro.

Con mayor razón debe negarse la identidad cuando la relación del omitente con el riesgo se basa en el hecho de beneficiarse de la concreta actividad generadora del riesgo, desarrollada de modo estrictamente conforme a Derecho (grupo de casos también conocido como de «creación de *riesgos especiales*»). Así, por ejemplo, los supuestos de responsabilidad del fabricante por el producto comercializado de forma lícita que, posteriormente y de forma sobrevenida, se revela dañino. La creación *fortuita* (no culpable) del riesgo que, posteriormente, se realiza en el resultado no constituye expresión de sentido alguna a la que se pueda imputar un resultado lesivo.

Todas estas circunstancias (desempeño de un rol institucional, asunción débil, organización defectuosa, riesgos especiales) pueden, no obstante, fundamentar una posición de responsabilidad cualificada respecto del bien jurídico en cuestión o respecto de las fuentes de peligro capaces de acecharlo. No evitar el resultado lesivo desde esta posición puede constituir una omisión de gravedad intermedia penalmente relevante, pero no la imputación del resultado, como si se hubiese causado activamente.

II. ACOGIDA DEL MODELO TRIPARTITO EN LA COMUNIDAD JURÍDICA

En la doctrina española, la distinción entre comisión por omisión, omisiones puras simples y omisiones puras de garante ha sido acogida por un buen número de autores (12), con mayor o menor repercusión para sus propuestas jurídico-dogmáticas. Entre ellos se cuentan auto-

(12) Sin ánimo de exhaustividad: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.ª ed., 2016, pp. 292 y ss.; MORENO TORRES-HERRERA, «Lección 15: Los delitos de omisión», en Zugaldía Espinar (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., 2016, pp. 207 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 11», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, p. 144; GÓMEZ-TOMILLO RODRIGO, «Artículo 195», en Gómez-Tomillo R., (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, p. 633 y ss.; MORALES PRATS, «Artículo 11», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.ª ed., 2016; GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.ª ed., 2016. Defiende con vehemencia el modelo de la tripartición, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 414, 448 y ss. Entre los discípulos de Silva Sánchez, acogen y desarro-

rizados monografistas (13). En Alemania, varias voces de referencia han defendido la necesidad de distinguir niveles de gravedad intermedia entre las omisiones equivalentes a la acción y las omisiones puras simples (14).

Sin embargo, en destacadas obras de la manualística jurídico-penal española se siguen desconociendo los graves déficits de coherencia valorativa inherentes a un modelo bipartito de las omisiones penalmente relevantes (15).

En lo que atañe a la *praxis* jurisprudencial, no parece que se haya reflexionado sobre la necesidad de distinguir entre las tres formas de omisión que se vienen comentando. Las referencias de la Sala segunda del Tribunal Supremo al concepto de «omisión pura de garante» son de carácter estrictamente nominal, sin entrar en ulteriores consideraciones de carácter sistemático-valorativo (16).

Así las cosas, no es difícil encontrar resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en las que se califican de comisión por omisión supuestos de hecho que, de acuerdo con las premisas de las que aquí se parte, deberían ser considerados omisiones puras de garante. Ejemplo paradigmático es la Sentencia n.º 537/2005, de 25 de abril, p. Granados Pérez (caso *Ardystil*), en la que se conoce el caso de un inspector de trabajo que, a raíz de una denuncia por contratación irregular de trabajadores, realiza una visita en un centro de trabajo en el que se empleaban métodos de producción nocivos para la salud de los trabajadores. En la visita, el inspector no realizó ningún tipo de inspección sobre las condiciones de seguridad y salud de los asalariados. El Tribunal Supremo le imputa la muerte de varios trabajadores por no haber actuado de oficio. El funcionario es condenado por una falta de imprudencia simple con resultado de muerte a una pena de multa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 586 bis del antiguo Código penal de 1973.

Ilan sus tesis: COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016; ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013.

(13) DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006.

(14) ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 238, nota al pie 279; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), p. 363 y ss.; SEELMANN, «§ 13», en Wassermann (ed.), *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990, nms. 17, 69, 116.

(15) MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal práctico*, 2018, nm. 1455 y ss.; 9728 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2016, pp. 313 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2019, pp. 224 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., 1999, pp. 383 y ss.

(16) Al respecto véase, por ejemplo, la STS n.º 601/2013, de 11 de julio, p. Berdugo Gómez de la Torre.

Más recientemente, cabe destacar la STS n.º 135/2018, de 21 de marzo, p. Marchena Gómez, en la que se condena por un delito de homicidio por imprudencia grave, según lo previsto en el art. 142.1 del Código penal, al hermano conviviente de una señora desvalida que muere postrada en su cama, lo que se habría podido evitar solicitando asistencia médica. El hermano no adoptó esta medida, omisión que el Tribunal considera equivalente a causar la muerte de la anciana. Pese a que el hermano fue a vivir con su hermana como consecuencia de haberse divorciado de su esposa, no con la intención de cuidarla, el Tribunal Supremo le imputa la muerte por el hecho de ser su hermano y convivir con ella:

«El artículo 143 del Código Civil impone a los hermanos el deber de prestarse “... los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable” a quien se encuentra en situación de necesidad.

Pues bien, la conclusión acerca de la posición de garante del acusado puede obtenerse a partir de cualquiera de las concepciones que tratan de explicar la verdadera fuente de atribución de este carácter. En efecto, desde la perspectiva de la teoría formal del deber jurídico, cobra pleno significado el precepto antes mencionado, que impone a los hermanos el deber de ayudarse cuando se encuentren en una situación de necesidad. Pero desde otra perspectiva, esa posición de garante puede aunarse a la específica función de protección del bien jurídico afectado que asumió el recurrente en el momento en el que su hermana, con la que convivía desde hacía dos años, ya no estaba en condiciones de determinarse y decidir el desenlace de sus padecimientos».

Como es obvio, la mera convivencia con una persona cuya salud evoluciona de forma desfavorable no constituye un acto de asunción de su protección. Estamos, más bien, ante una conducta insoportablemente insolidaria.

Tanto en este caso como en el anterior, la trascendencia de calificar estas conductas erróneamente de comisión por omisión se ve atenuada por el hecho de que a quien omite la conducta esperada se le imputa el delito de resultado en su modalidad imprudente, lo que se traduce en una pena que, desde un punto de vista valorativo, o bien se aproxima a la que le correspondería en tanto que omisión pura de garante, o bien resulta más baja pero, en todo caso, favorable a reo.

Ahora bien, que el tratamiento penológico acabe siendo más o menos aceptable desde una perspectiva material no puede soslayar el riesgo de que un uso impreciso y a la ligera de las construcciones jurídico-dogmáticas dé lugar a injusticias materiales en otros supuestos, ya sean de estructura análoga o diferente, pues el deterioro de las

construcciones conceptuales acaba contaminando siempre otros grupos de casos (17).

Un ejemplo especialmente oportuno de ello lo ofrece la Sentencia dictada por la Sala segunda en el asunto *Madrid Arena* (STS n.º 805/2017, de 11 de diciembre, p. Sánchez Melgar). El Tribunal condena al responsable del servicio médico del evento por un delito de homicidio por imprudencia profesional grave. Se le impone la pena de un año y medio de prisión y cuatro de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, con arreglo al art. 142.1 y 3. del Código penal. Los hechos consisten en que, al llegar las víctimas de los aplastamientos al servicio médico del evento, el facultativo responsable, «lejos de actuar con rapidez y hacer todo lo que estaba a su alcance, (...) no realizó un correcto diagnóstico a Carina Julia [una de las víctimas], ni comprobó si se encontraba en situación de parada cardiorrespiratoria, ni le practicó una adecuada reanimación cardiopulmonar para intentar que se recuperara». En los hechos probados, confirmados íntegramente por la Sala segunda, consta, asimismo, que no había resultado acreditado que, «en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta [a las jóvenes, entre ellas Carina Julia], las fallecidas hubieran podido salvar su vida».

El caso planteó un amargo dilema a los tribunales enjuiciadores: o bien absolver al médico, puesto que la tentativa imprudente no es punible, o bien condenarlo por homicidio imprudente, al precio de renunciar a las teorías de la imputación objetiva más garantistas y optar, por el contrario, por la más desfavorable al reo, a saber, la teoría del aumento (disminución, en los supuestos de omisión) del riesgo (18). La Audiencia Provincial de Madrid optó por la primera alternativa: renunciar al castigo y preservar la vigencia del sistema de garantías jurídico-penales, entre las que se cuentan las trabajadas categorías jurídico-dogmáticas de la teoría del delito. La Sala de lo penal del Tribunal Supremo optó por sancionar la repugnante actuación del médico, a costa de los principios de legalidad y presunción de inocen-

(17) Sobre la función social de una buena dogmática, véase PANTALEÓN DÍAZ, «La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa)», *Libertas* (7), 2018, pp 103-120.

(18) Sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado, y en contra de la teoría del aumento (disminución, en la omisión) del riesgo, FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 87 y ss., pp. 94-99. A favor de la teoría del aumento (disminución, en la omisión) del riesgo GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, 2017. Avala la solución de la Sala segunda del Tribunal Supremo BOLEA BARDÓN, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret Penal* (4), 2018, pp. 1-25 y 17-20.

cia, pues, tal y como expone en su extraordinario voto particular el Magistrado Sr. Jorge Barreiro, la concepción manejada por la Sala segunda de la teoría del incremento (disminución, en los casos de omisión) del riesgo convierte, *de facto*, los delitos de resultado en delitos de mero peligro:

«[a]l admitir la opinión mayoritaria esa imputación, convierte de facto un delito de resultado en un delito de mero riesgo, desbordando los límites del tipo penal con la interpretación distorsionadora que se hace del mismo con fines de política criminal, interpretación que entra en conflicto con las exigencias que impone la legalidad penal y con los criterios dogmáticos aplicables a un delito de resultado» (extracto del voto particular del Magistrado Sr. Alberto Jorge Barreiro en la STS n.º 805/2017).

Sin embargo, el dilema se podría eludir de forma valorativa y jurídico-dogmáticamente satisfactoria si se asumiera el modelo tripartito de omisiones penalmente relevantes aquí defendido. De acuerdo con los postulados de este modelo, se puede concluir que la conducta del responsable del servicio médico no fue constitutiva de una comisión por omisión, pues no cabe afirmar la equivalencia entre su omisión y la causación activa de la muerte de la joven. Con arreglo al modelo tripartito, estamos ante una omisión pura de garante (19) que, como es sabido, para ser punible no precisa del juicio de imputación objetiva del resultado en sentido estricto (juicio *ex post*), sino simplemente de un juicio *ex ante* de necesidad e idoneidad de la prestación exigida para evitar el resultado lesivo (20). La laguna de punibilidad no pasó desapercibida en el voto particular del Magistrado Sr. Jorge Barreiro:

«Es muy posible que esta modalidad de supuestos de negligencia médica esté demandando en la práctica la creación de un tipo penal de riesgo sin necesidad de que se pruebe que éste se materialice en el resultado, para resolver por esa vía los casos límite que se suscitan debido a las dificultades que presentan las pruebas periciales. Sin embargo, la inexistencia de una norma de esa índole no debe ser solventada con criterios jurídicos que desactivan de forma severa el «*in dubio pro reo*» y trastocan y distorsionan las categorías dogmáticas básicas del tipo penal imprudente, convirtiendo de facto los tipos penales de resultado en delitos de riesgo».

(19) En esta misma línea, sobre la posición del médico de urgencias, véase SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), pp. 402-403.

(20) En Alemania, en relación con el tipo homólogo al previsto en el art. 195 Cp, véase, por todos, Schö/Schrö-STERNBERG-LIEBEN/HECKER, «§ 323c», 30.ª ed., 2019, nm. 1.

El hecho de que ninguna de las acusaciones formulara acusación por un delito de denegación de la asistencia médica (artículo 196 CP), uno de los pocos delitos de omisión pura de garante expresamente tipificados, se explica, probablemente, por la escasa atención prestada por los operadores jurídicos a los postulados del modelo tripartito.

En la otra cara de la moneda están los casos de graves vulneraciones de deberes de solidaridad que, a lo sumo, provocan la incoación de un procedimiento penal, que por regla general acaba archivándose. Se está pensando, por ejemplo, en los supuestos de acoso a menores que, pese a las (reiteradas) denuncias de los padres de las víctimas a los responsables del centro escolar, encuentran una tímida respuesta por parte de estos. Pese al indudable deber de velar por la integridad de todos los alumnos que pesa sobre los tutores y la dirección del centro (art. 91 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; art. 1903 Cc), a día de hoy las condenas penales por la infracción de tales deberes son excepcionales, si acaso existe alguna. Lo cual contrasta con la lamentable frecuencia con la que se producen estas agresiones, así como con el considerable número de casos en los que los adultos que deberían garantizar la integridad de los menores reaccionan de forma insuficiente (21).

Resulta también sorprendente que, en algunas ciudades, los límites de contaminación legalmente previstos se superen sistemáticamente, sin que las autoridades municipales tomen medidas adecuadas para reducirlos y, pese a ello, no incurran en ningún tipo de responsabilidad jurídica (así, por ejemplo, véase el AAP Madrid n.º 26/2007, de 19 de enero, p. García Llamas). Tampoco es muy comprensible que en el año 2009, en plena crisis bancaria y financiera, se comercializaran alrededor de 12.960 millones de euros en participaciones preferentes (un producto financiero altamente complejo), que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, encargada de velar por la protección de los inversores (arts. 24 y ss., 67 y ss., Directiva 2014/65/UE – *MiFiD II*; art. 17 RDLeg 4/2015, de 23 de octubre), no adoptara las medidas necesarias y a su alcance para evitar que estos instrumentos acabaran en manos de miles de personas que no los entendían y que, a pesar de ello, los responsables de la CNMV no hayan incurrido en ningún tipo de responsabilidad jurídica (AAN de 17/05/2018, p. Andreu Merelles).

Probablemente en ninguno de estos casos proceda imputar, en comisión por omisión, los resultados lesivos (lesiones, perjuicios

(21) Sobre el estado de la cuestión respecto de este grupo de casos, véase BOLEA BARDÓN, «Posiciones de garante frente al acoso escolar», *InDret* (4), 2017, pp. 1-29.

patrimoniales) a los infractores de los deberes positivos mencionados. No obstante, tampoco parece valorativamente coherente que la infracción de estos deberes se deje impune. Entre otras razones porque, en sede de comisión activa, se sancionan conductas mucho menos graves, como por ejemplo la apropiación indebida de cosa perdida (art. 254 Cp; véase, por ejemplo, la SAP Valladolid n.º 209/2018, de 16 de octubre, en la que se condena a dos sujetos por apropiarse de un teléfono móvil extraviado).

Con todo, en el Ordenamiento Jurídico español el mayor escollo para la punición de las omisiones de forma coherente y en su justa medida lo representa el Derecho positivo. A diferencia del § 13 del Código penal alemán (StGB, en adelante), precepto en el que se prevé una cláusula general de equivalencia entre la omisión y la comisión activa de un delito de resultado, el artículo 11 del Código penal español –el homólogo del precepto alemán– no incluye ninguna cláusula de atenuación facultativa (u obligatoria) de las penas a imponer por la conducta omisiva.

Esto, unido al hecho de que en España la tipificación penal de omisiones de gravedad intermedia es absolutamente excepcional, sienta las bases para que las omisiones de garante, o bien queden injustamente *impunes*, o bien se castiguen en *exceso*, calificándolas de «comisiones por omisión», cuando en realidad no lo son. Otra opción es que se *infra*-sancionen, condenando al garante omitente por un delito de infracción de un deber general de solidaridad.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La situación no es radicalmente mejor en nuestro entorno jurídico-cultural más próximo. Al menos en lo que respecta a Inglaterra y Alemania.

La no punición de la omisión general de socorro es una de las señas de identidad de los anglosajones. Ello sin perjuicio de que, por vía jurisprudencial (*Common Law*), se admita la imputación de un delito de lesión (o peligro) a una conducta omisiva y de que, por su parte, el legislador haya tipificado algunas omisiones puras de garante (22).

(22) ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder "Island Mentality"?, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 115 y ss.; THE LAW COMMISSION, *A Criminal Code for England and Wales*, 1989, vol. 2, pp. 186 y ss.

En Alemania, la criminalización de la insolidaridad es más amplia, en el sentido de que abarca más grupos de conductas, entre las que se incluye la omisión del deber general de socorro (§ 323c StGB). El tratamiento político-criminal de la insolidaridad en Alemania es bastante parecido al que se le confiere en España. Existe, no obstante, una importante disparidad: la configuración de la cláusula general de equivalencia entre acciones y omisiones, prevista en el § 13 StGB. A diferencia del artículo 11 Cp, el precepto alemán no exige estricta identidad entre acción y omisión para imputar a la segunda un tipo de causación activa de un resultado. Se parte de la premisa de que, a menudo, el contenido de injusto de la no evitación de un resultado típico por parte del garante es menor que el desvalor inherente a la organización activa de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (23). En coherencia con ello, se faculta al Juez o Tribunal para que atenúe las correspondientes penas.

Dejando por ahora de lado la conveniencia de regular el castigo de las omisiones de gravedad intermedia a través de una cláusula general referida a los tipos de lesión o puesta en peligro de la Parte Especial del Código penal (véase *infra* V.2.iv)), lo cierto es que la solución alemana ofrece la posibilidad de conferir un trato gradual y consistente a las omisiones penalmente relevantes. Las distinciones y graduaciones defendidas por SILVA SÁNCHEZ podrían guiar la aplicación del § 13(2) StGB a tal fin (24).

Salvo algunas excepciones (25), la interpretación y aplicación mayoritaria de este precepto no se ha basado en tales consideraciones. La atenuación se ha vinculado al menor contenido de injusto o culpabilidad de la conducta del sujeto obligado, pero las razones por las que se entiende que la omisión presenta un menor contenido de injusto o culpabilidad no se han basado en la entidad de los deberes institucionales vulnerados por el omitente o en el grado de libertad ejercida de la que trae causa su posición de garante.

Las razones por las que el contenido de injusto de la omisión se ha venido considerando inferior son, por ejemplo, la circunstancia de que

(23) Informe de la Comisión Especial para la reforma del Código penal alemán, *Bundestag Drucksache V/4095*, p. 8. Por todos, WEIGEND, «§ 13», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13.^a ed., 2020, vol. I, nms. 98-102.

(24) Así lo manifiesta Claus ROXIN en su manual: *AT II*, 2003, § 32 nm. 238 nota al pie 279.

(25) En su día defendió una graduación de la penalidad de la comisión por omisión en proporción a la entidad de la posición de garante ocupada por el omitente, TRAEGER, citado por CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, t. I., vol. I, 18.^a ed., 1980, p. 349.

en ella no se presenten determinados medios comisivos previstos por la descripción típica, característicos de la realización del tipo mediante causación activa (26) (la denominada «teoría de la equivalencia en la modalidad») (27), o el hecho de que el mandato que subyace al tipo penal normalmente implica una alteración de los planes de vida del obligado mayor y más duradera que la que implica una prohibición (28). Por lo que se refiere al contenido de culpabilidad, es habitual sostener que en la omisión es menor cuando la acción prescrita implica riesgos para el obligado o cuando el cumplimiento del mandato entraña cierto esfuerzo o dificultad (29).

Aparte están los autores que se oponen a la atenuación facultativa de la pena, por entender que la comisión por omisión no puede presentar, *caeteris paribus*, un menor contenido de injusto o culpabilidad que la comisión activa (30).

En los últimos años son cada vez más los autores alemanes que de forma explícita o implícita justifican la aminoración de la pena en la entidad del deber de garante infringido por el omitente. Lo sostiene con absoluta claridad Frister (31). Lo asume implícitamente Roxin cuando afirma que la injerencia constituye un ejemplo paradigmático de comisión por omisión con un contenido de injusto menor que el de la comisión activa (32). Por su parte, Jakobs sostiene que la atenuación facultativa del § 13(2) StGB tan solo está justificada para los supuestos en los que el sujeto obligado haya infringido un deber de garante derivado de una institución deteriorada (un matrimonio en proceso de separación, por ejemplo), lo que implica la posibilidad de graduar la intensidad del deber de garante (33). Freund, haciendo referencia expresa a las tesis de Silva Sánchez, critica que su propuesta se restrinja a la graduación de la pena de las omisiones penalmente relevantes. En su opinión, sus distinciones deberían integrar

(26) *Bundestag Drucksache IV/650*, p. 125. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5.^a ed., 1996, p. 610 y ss.

(27) LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, p. 173.

(28) *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, «§ 13», 30.^a ed., 2019, nm. 64, citando a LOOS (FS-Samson); ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 239.

(29) WEIGEND, «§ 13», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13.^a ed., 2020, vol. I, nms. 98-102; *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, «§ 13», 30.^a ed., 2019, nm. 64; *NK-KARSTEN/GAEDE*, «§ 13», 5.^a ed., 2017, nm. 65-66.

(30) Por todos, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 169 y ss.; del mismo autor, «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *Goltdammer's Archiv* (2), 2008, p. 78 y ss.

(31) FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015, nm. 5.

(32) ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 240.

(33) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., 1997 (1991), 29/125.

una dogmática de la determinación de la pena común para la omisión y la comisión activa (34).

Otra cuestión interesante en el estado de la cuestión en Alemania es la extendida opinión de que, por regla general, la atenuación no es procedente en los supuestos de comisiones por omisión imprudentes (35). Ello es muestra de que la categoría de las omisiones de gravedad intermedia y su fundamento no reciben toda la atención que merecen. Si el menor contenido de injusto se determinara en función de la entidad de los deberes institucionales vulnerados por el sujeto obligado o por el grado de libertad ejercida del que trae causa su posición de garante, las diferencias en la vertiente subjetiva del hecho no podrían impedir graduaciones del contenido de injusto objetivo.

En efecto, lo criticable del estado de la cuestión en Alemania no es tanto la deficiente coherencia valorativa en la aplicación del régimen legal previsto por parte de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, como que ello se deba a una persistente falta de atención por las omisiones de gravedad intermedia. El extendido convencimiento de que el castigo penal de la insolidaridad es algo excepcional ignora la necesidad de dar un tratamiento político-criminalmente coherente al enorme abanico de omisiones puras de garante comprendido entre la omisión del deber general de socorro y la comisión por omisión. En cualquier caso, el escenario es sustancialmente mejor que en España.

IV. CRÍTICA A LA MARGINACIÓN

El papel secundario –si no residual– de la solidaridad en la política-criminal de nuestro entorno jurídico-cultural contrasta con el importante papel desempeñado por el altruismo en sociedades como la nuestra. En la ciencia de la *biología* existen hoy pocas dudas de que la cooperación es un factor evolutivo clave para la conservación, expansión y desarrollo de las especies, incluida la raza humana (36). Desde la perspectiva *espiritual* es sabido que la solidaridad con el prójimo es un valor fundamental de la religión cristiana, cuyo importante impacto en nuestra identidad cultural y la de nuestro entorno es evi-

(34) FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 2019, § 6 nm. 155, p. 261.

(35) *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, «§ 13», 30.^a ed., 2019, nm. 64; ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 243.

(36) Pionero en defender la importancia del altruismo en la evolución de las especies fue KROPOTKIN, *Mutual aid. A factor in evolution*, 1902. GOULD, «Kropotkin was no crackpot», *Natural History* (97), *passim*.

dente. Como es sabido, toda su doctrina moral se reduce a dos mandamientos, siendo uno de ellos el de querer al prójimo como a uno mismo (37).

Ciertamente, ninguna de estas consideraciones permite justificar una *mayor* criminalización de las omisiones de gravedad intermedia. La justificación debe basarse en consideraciones jurídico-normativas. Pues bien, tanto desde la ética normativa (38) como desde la filosofía del Derecho (39), incluida la del Derecho penal (40), se considera legítimo imponer deberes generales de solidaridad en relación con bienes jurídicos fundamentales de la persona, siempre y cuando la intervención prescrita no suponga un riesgo para los bienes del obligado ni una limitación excesiva de su libertad («*duty to effect an easy rescue*»). Nadie cuestiona la constitucionalidad del artículo 195.1 del Código penal (41), como tampoco está en duda la validez del § 323c StGB (42).

Como se ha mencionado *supra*, existen países de nuestro entorno jurídico-cultural en los que no se sancionan penalmente este tipo de infracciones. Es el caso de Inglaterra y Gales, por ejemplo. Sin embargo, ninguno de los argumentos que se arguyen en contra de su criminalización son insuperables (43). Tampoco en estos países faltan voces a favor de su punición (44). En cualquier caso, incluso en Ingla-

(37) Evangelio según SAN MARCOS 12:28-32.

(38) VON DER PFORDTEN, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 103 y ss.

(39) WEINRIB, «The case for a duty to rescue», *The Yale Law Journal* (90), 1980, p. 247 y ss.: defiende que un deber general de socorro (factible y sin riesgo para el obligado) es compatible tanto con la tradición utilitarista como con la tradición deontológica.

(40) VON HIRSCH/SCHORSCHER, «Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von „Solidarität« oder Altruismus?», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, p. 77 y ss.; VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005.

(41) Por todos, GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.^a ed., 2016.

(42) Aunque, ciertamente, exista discusión sobre el fundamento de la incriminación. Por todos, *Schö/Schrö-STERBERG-LIEBEN/HECKER*, «§ 323c», 30.^a ed., 2019, nm. 1.

(43) Sobre el estado de la cuestión en la doctrina anglosajona, recientemente, LEVY, «Killing, letting die and the case for mildly punishing bad samaritanism», *Georgia Law Review* (44), 2010, p. 610 y ss. Es representativo de la postura contraria a la criminalización de la omisión general de socorro en el mundo anglosajón: DRESSLER, «Some brief thoughts (mostly negative) about «bad samaritan» laws», *Santa Clara Law Review* (40), 2000, pp. 971-989.

(44) ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder „Island Mentality“?», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (dirs.),

terra y Gales hay consenso en que las *omisiones puras de garante* merecen ser sancionadas penalmente, tal y como, en efecto, algunas de ellas lo están.

Si no cabe duda de que el castigo penal de las omisiones puras simples es legítimo, con mayor razón deberá serlo el de las omisiones de gravedad intermedia. De ahí que resulte políticamente inaceptable mantener el actual tratamiento de la mayor parte de las omisiones puras de garante, consistente en su sobrepenalización (castigándolas como si de una comisión por omisión se tratara), en su infrapenalización (castigándolas a través de los tipos de infracción de un deber general de solidaridad) o en su impunidad.

La aciaga situación político-criminal de las omisiones puras de garante no solo se pone de manifiesto desde un análisis de la sistemática interna de las omisiones penalmente relevantes. En comparación con el tratamiento político-criminal de las conductas de comisión activa, las incoherencias valorativas también saltan a la vista. ¿Acaso tiene sentido castigar penalmente la apropiación indebida de cosa perdida (art. 254 Cp), por ejemplo, mientras se deja impune la omisión pura de un garante que habría podido evitar un fraude de miles de millones de euros (así, por ejemplo, la omisión del órgano regulador de un mercado de valores que no impide que uno de los actores del mercado comercialice fraudulentamente un determinado instrumento financiero)?

No estamos ante una mera imperfección político-criminal. Las omisiones puras de garante representan el grupo de omisiones penalmente relevantes más numeroso, con diferencia. La comisión por omisión, entendida en el sentido de estricta identidad normativo-estructural entre comisión activa y omisión, exige unas condiciones de aplicación que se presentan en un número muy limitado de casos. Asimismo, la punición de la omisión de deberes generales de solidaridad tan solo se considera legítima en relación con un reducido número de bienes jurídicos (los más importantes para la persona) y bajo unas circunstancias caracterizadas por su excepcionalidad (desamparo de la víctima) y concreción (ausencia de riesgo propio). Si se tiene en cuenta que los deberes de solidaridad son una de las dos únicas clases de deberes que pueden integrar el injusto jurídico-penal, se advierte que las carencias político-criminales aquí denunciadas afectan a una parte muy significativa del sistema de conductas penalmente relevantes.

Solidarität und Strafrecht, 2013, pp. 115 y ss., con ulteriores referencias, entre ellas la cita de Jeremy BENTHAM mostrándose abierto a un deber general de socorro (p. 125, nota 21). En los EE.UU., véase LEVY, *Georgia Law Review* (44), 2010, p. 610 y ss.

V. ALGUNAS VÍAS DE SOLUCIÓN

Pese a la trascendencia de las deficiencias expuestas y la claridad con la que han sido puestas de relieve por los defensores del modelo tripartito, hasta lo que se alcanza ni estos autores ni otros que defiendan otras perspectivas han estudiado de forma integral o monográfica las posibles vías para resolverlas, con propuestas de solución concretas.

En lo que sigue se va a tratar de analizar algunas de las posibles vías de solución en relación con el ordenamiento jurídico-español. Por razones obvias de tiempo y espacio esta contribución no puede ir más allá de un mero esbozo provisional.

En primer lugar, se van a analizar las posibles soluciones de *lege lata* (*infra* 1.). Posteriormente se estudiarán las *de lege ferenda* (*infra* 2.). Como se verá, la mayoría de las propuestas de solución son insuficientes o problemáticas, pero seguramente varias de ellas permitirían mejorar la situación actual.

1. Soluciones de *lege lata*

Mediante una interpretación y aplicación del Derecho positivo más atenta a la problemática expuesta, existen, por lo menos, tres posibles vías para corregir el actual tratamiento de las omisiones de gravedad intermedia. En primer lugar, se ha propuesto aplicar los tipos de omisión pura simple con la agravante genérica que englobe la posición de garante ocupada por el sujeto que omite la conducta prescrita [*infra* i)]. En segundo lugar, existe la posibilidad de equiparar la vulneración de determinados deberes institucionales a la infracción del deber de no lesionar [*infra* ii)]. En tercer lugar, cabe interpretar el artículo 11 Cp en un sentido laxo, de modo que no se exija equivalencia normativo-estructural entre la acción y la omisión para imputar el resultado a la infracción de un deber de solidaridad cualificado, y, simultáneamente, aplicar la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7.^a Cp para los casos en los que no exista identidad entre la omisión del garante y la causación activa del resultado.

i) Tipos de omisión pura simple y agravantes genéricas.

Algunos de los autores que han advertido el deficiente tratamiento político-criminal de las omisiones puras de garante en el Ordenamiento Jurídico español han propuesto condenar estas conductas a través de los tipos de omisión pura simple previstos en el Código penal, junto con la aplicación de las circunstancias agravantes que puedan

dar cuenta del mayor desvalor de conducta inherente a la posición de deber especial ocupada por el sujeto que omite (45). Así, por ejemplo, quien se desentiende del grave estado de salud en el que se encuentran sus progenitores, con los que no convive y cuyo cuidado no ha asumido previamente, a pesar de que nadie más conozca su situación y de que ellos sean incapaces de pedir auxilio por su propia cuenta, debería ser condenado por un delito de omisión del deber de socorro, previsto en el art. 195.1 Cp, con aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en sentido agravante (art. 23 Cp).

Esta vía de solución es claramente insuficiente. En primer lugar, porque no todas las omisiones puras de garante que deberían considerarse penalmente relevantes por coherencia valorativa van a ser subsumibles en los tipos de omisión pura simple previstos en el Código penal. Así, por ejemplo, estos tipos tan solo son aplicables cuando la acción prescrita no suponga un riesgo para los bienes del sujeto obligado. Esta condición de aplicación, basada en la menor capacidad obligante del deber general de solidaridad, no debería exigirse respecto de quienes ocupan determinadas posiciones de garante. En segundo lugar, es discutible que las omisiones puras de garante solamente sean penalmente relevantes respecto de los bienes jurídicos más importantes para la persona (vida, integridad física, libertad, ¿dignidad?), a los que se limita el alcance de los delitos de omisión pura simple previstos por el Código penal español (fundamentalmente arts. 195.1, 450 Cp). De nuevo, la mayor capacidad obligante del deber de solidaridad cualificado permite legitimar la criminalización de omisiones referidas a bienes jurídico-penales de menor entidad, como por ejemplo el patrimonio.

En cualquier caso, es evidente que, en defecto de otras soluciones, recurrir a esta es mejor que el mantenimiento de la situación actual. Por el momento, ni la doctrina mayoritaria ni la jurisprudencia han reparado en esta posibilidad.

ii) Equiparación entre la infracción de determinados deberes positivos y la vulneración del deber negativo.

Uno de los autores que ha expuesto de forma más clara el contenido de los deberes positivos y negativos, su papel en la configuración del injusto jurídico-penal y las implicaciones jurídico-dogmáticas de

(45) COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, p. 303; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión?, 2013, p. 167 y ss.; GRACIA MARTÍN, en AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 479.

sus diferencias es Günther Jakobs (46). Sus postulados han encontrado continuidad en las obras de sus discípulos Michael Pawlik (47) y Javier Sánchez-Vera (48), entre otros (49).

De acuerdo con esta escuela, existen deberes positivos cuya importancia para la existencia de la sociedad de referencia es tan fundamental como la observancia del deber negativo de no lesionar. De hecho, se advierte que la vigencia del deber de no lesionar presupone la existencia de determinadas instituciones positivas que aseguren su cumplimiento (50). Entre tales instituciones se cita la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y las funciones estatales irrenunciables (la seguridad interna y externa, la previsión social elemental o la administración de Justicia bajo los principios de igualdad y legalidad, por ejemplo) (51).

Con arreglo a este planteamiento, el resultado típico no solo sería imputable a las omisiones vulneradoras del deber negativo de no lesionar, sino también a aquellas que constituyan la infracción de un deber derivado de una institución fundamental para la sociedad de referencia.

El principal problema de esta vía de solución es de carácter teórico: existen serias dudas de que un resultado lesivo (o de puesta en peligro) se pueda imputar a la infracción de un deber de solidaridad, esto es, a una conducta cuyo sentido normativo es el de *no mejorar* una posición jurídica ajena (52). A ello debe sumarse un serio problema de indefinición, reconocido por el propio JAKOBS: ¿cuáles son las instituciones irrenunciables para el mantenimiento de la identidad de la sociedad de referencia? No se han propuesto criterios precisos al respecto. Es obvio que no es tarea sencilla. Mientras no se disponga de ellos, existe un alto riesgo de que este planteamiento se traduzca en una aplicación sobreinclusiva de la comisión por omisión. A estos

(46) JAKOBS, «La imputación penal de la acción y de la omisión», en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 99 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997 (1991), 29/1 y ss.

(47) PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 159 y ss.

(48) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002.

(49) En la misma línea, aunque más restrictivo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 133 y ss.

(50) JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 132; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, 186 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 143.

(51) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997 (1991), 29/74-77.

(52) ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, *passim*. Se muestra abierto a esta posibilidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 276 y ss.

problemas hay que sumarle la arraigada convicción de que, desde un punto de vista axiológico, los deberes positivos son jerárquicamente inferiores a los negativos (53).

iii) Interpretación laxa del artículo 11 Cp y aplicación de la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7.^a Cp.

La redacción del artículo 11 Cp ha sido ampliamente criticada por prestar a confusiones. Mientras el primer párrafo da pie a pensar que la imputación del resultado típico a la omisión solamente puede tener lugar en los supuestos de estricta identidad entre la causación activa y la concreta conducta omitida, el segundo párrafo abre la puerta a la imputación del resultado típico a omisiones de garante que no presenten una identidad normativo-estructural con la realización activa del tipo. Ello se basa en que, de acuerdo con la segunda parte del artículo 11 Cp, se debe equiparar la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando se haya creado un riesgo para el bien jurídico mediante un actuar precedente peligroso (injerencia). A la luz del tenor literal del artículo 11 Cp, es posible interpretar que, en estos supuestos, la omisión se debe equiparar a la acción *en todo caso*, esto es, aun cuando no exista identidad normativo-estructural entre ellas (54).

Con una interpretación laxa del artículo 11 Cp, combinada con una aplicación decidida de la atenuante analógica prevista en el art. 21.7 Cp, es posible articular una respuesta penal gradual a las omisiones penalmente relevantes.

¿Qué problemas presenta esta senda de solución? En primer lugar, se plantea la duda de si los tipos de descripción positiva (tipos que describen una conducta de comisión activa), cuyo contenido de injusto consiste en la vulneración de un deber negativo, pueden servir de base legal, en combinación con la aplicación de los artículos 11 y 21.7.^a Cp, para imputar un delito de omisión pura de garante, cuyo contenido de injusto es la vulneración de un deber de solidaridad cualificado. Hasta el momento, los defensores del modelo tripartito han venido sosteniendo que las omisiones puras de garante solamente son sanciona-

(53) DRESSLER, *Santa Clara Law Review* (40), 2000, p. 979. Reconoce una mayor debilidad en los fundamentos de la imputación del resultado por la infracción de deberes positivos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 76 y ss., 135 y ss.

(54) Plantean esta cuestión interpretativa, por todos, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 11», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, pp. 141 y s.; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. I, 1999, p. 460.

bles con pena si están expresamente previstas por un tipo penal específico (55). En efecto, sobre esta vía de solución planea la sombra de la analogía *in malam partem*, constitucionalmente prohibida.

En segundo lugar y no menos importante, existen razones fundadas para pensar que esta solución da lugar a un ejercicio excesivo del *ius puniendi*. Es ampliamente reconocido que los mandatos suponen una mayor restricción de la libertad general de acción que las prohibiciones. Por ello, la imposición de mandatos (cuya infracción no equivale a la causación activa del resultado típico) bajo amenaza de pena debe someterse a unas condiciones de legitimación más estrictas que las exigidas para el establecimiento de prohibiciones penales (56). Las exigencias de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad deberían ser más rigurosas en estos casos.

Una posible traducción de este mayor rigor podría ser una limitación de los bienes jurídicos respecto de los cuales resulta jurídicopenalmente relevante la omisión de un garante. Otra vía de restricción podría ser la de reservar la reacción punitiva a quienes ocupan posiciones de garante de mayor intensidad (deberes de garante basados en una institución o en una asunción imperfecta –deberes de garante de mayor intensidad– frente al deber de garante basado en la creación de un riesgo especial –deber de garante de menor intensidad–, por ejemplo). Con la actual redacción del artículo 11 Cp, en combinación con la atenuante analógica del art. 21.7.^a Cp, resulta difícil –aunque no imposible– dar cuenta de estas consideraciones de proporcionalidad con la precisión que sería deseable.

Aparte de los problemas expuestos, a esta vía de solución se le podría formular la misma crítica que se ha vertido contra el modelo alemán: la posibilidad de atenuar la pena genera el riesgo de que los Jueces y Tribunales sean menos rigurosos a la hora de evaluar la equivalencia entre la omisión y la comisión activa (57). El riesgo, ciertamente, existe. No obstante, si esta mayor laxitud viene acompañada de una aplicación enérgica de la atenuante analógica, los problemas materiales se aminoran: se evita castigar con las penas previstas por la comisión activa omisiones no equivalentes, al mismo tiempo que se eliminan lagunas de punibilidad. Ello podría compensar eventuales errores jurídico-dogmáticos en la aplicación de esta vía de solución, tales como el

(55) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2003, p. 476. En igual sentido, ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 15.

(56) Por todos, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 64 ss. y 133 ss.

(57) Este riesgo ha sido advertido de forma recurrente por SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 647.

de que, formalmente, se consideren «comisiones por omisión» omisiones que no guardan una identidad normativo-estructural con la acción.

2. Soluciones de *lege ferenda*

Con la ayuda de una reforma legislativa se atisban cuatro posibles vías de solución: la introducción de agravaciones específicas para los garantes en los tipos de omisión pura simple previstos en el Código penal [*infra* i)]; la introducción de nuevos tipos consistentes en la omisión de los deberes propios de posiciones de garantía especialmente relevantes [*infra* ii)]; la tipificación expresa de las omisiones puras de garante que se consideren penalmente relevantes [*infra* iii)]; la introducción de una cláusula general de atribución de responsabilidad por las omisiones puras de garante [*infra* iv)].

Es preciso advertir algo antes de continuar. Pese a que las mejores vías para enmendar el deficiente trato político-criminal prestado a las omisiones de gravedad intermedia pasan por la intervención del legislador, no puede obviarse que en las últimas décadas la atención que las Cortes legislativas han prestado a la academia ha sido escasa, al menos en lo que a política criminal se refiere (58). Ello constituye un serio inconveniente del que adolecen todas las propuestas que integran este grupo.

i) Introducción de agravaciones por la vulneración de deberes de garante en los tipos de omisión pura simple ya previstos en el Código penal.

En el supuesto de que se consiguiera que el legislador tome cartas en el asunto, una opción conservadora con el modelo de omisiones penalmente relevantes vigente podría ser la de introducir agravantes específicas en los tipos de omisión pura simple actualmente previstos en la Parte especial, siendo el fundamento de las agravantes la vulneración de un deber especial de evitar el resultado típico.

Sin embargo, de este modo seguirían sin recibir el debido tratamiento jurídico-penal numerosas omisiones de gravedad intermedia. Como se ha visto anteriormente, la criminalización de la infracción de deberes generales de solidaridad solamente se considera legítima respecto de bienes jurídicos esenciales de la persona (vida, integridad física, libertad), en condiciones de excepcionalidad (desamparo de la víctima) y siempre y cuando la acción prescrita no sea excesivamente

(58) DÍEZ RIPOLLÉS, «Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española», *Revista de Estudios de la Justicia* (16), 2012, pp. 31 y ss., esp. p. 37.

gravosa para el sujeto obligado. Si se escogiera esta vía, las omisiones de garante referidas a bienes jurídicos como el patrimonio seguirían siendo atípicas, a pesar de que ello sea claramente incoherente con el actual catálogo de delitos contra el patrimonio.

ii) Tipificación de la vulneración de los deberes inherentes a determinadas posiciones de garante especialmente relevantes: el ejemplo del proyecto de art. 286, seis, Cp.

En el Proyecto de reforma del Código penal presentado por el Gobierno español al Congreso de los Diputados en torno a octubre de 2013 se incluía una novedosa figura delictiva. Se trata del tipo proyectado en el artículo 286, seis, Cp. A través de esta figura se pretendía castigar con penas menos graves (prisión de tres meses a un año o, alternativamente, multa de doce a veinticuatro meses; en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio) al representante legal o al administrador de hecho o de derecho de cualquier entidad «que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida».

Más allá de lo afortunada o desafortunada que se pueda considerar la configuración y redacción del concreto tipo penal proyectado, esta figura se puede tomar como ejemplo de un determinado tipo de técnica legislativa para abordar político-criminalmente las omisiones puras de garante. A saber, la que configura el tipo penal en torno a la posición funcional ocupada por el sujeto obligado. De este modo, la selección de las omisiones penalmente relevantes vendría determinada no tanto por la importancia del bien jurídico lesionado o por la entidad de la lesión, sino por la relevancia funcional de la posición ocupada por el omitente.

Si bien es evidente que la funcionalidad de la posición de garante ocupada por el omitente es un dato importante, así como lo es también la densidad de la institución en la que se encuentra inserido o el grado de libertad ejercida de la que trae causa su posición, estos factores no pueden constituir el único criterio a tener en cuenta a la hora de decidir qué omisiones de gravedad intermedia son penalmente relevantes. Razones de proporcionalidad hablan en este sentido. De hecho, si no se tiene en cuenta la entidad de la lesión o del bien jurídico lesio-

nado (59), existe el riesgo de que se condene con mayor pena la omisión pura de garante que el delito de comisión activa que no se ha evitado. De ahí que el artículo 286 seis proyectado, en su tercer párrafo, incluyera la previsión de que en ningún caso «podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas».

La crítica es plenamente trasladable al tipo de omisión pura de garante previsto en el artículo 408 del Código penal español. En este precepto se ordena sancionar con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de perseguir los delitos de los que tenga noticia. Es obvio que con un marco penal tan estrecho no se puede sancionar de forma coherente y proporcionada conductas con un desvalor de tan distinta gravedad como las que son subsumibles en este tipo. Así, por ejemplo, la deliberada falta de persecución de un delito de asesinato (arts. 139, 140 Cp, delitos castigados con penas de prisión de más de quince años) no puede ser sancionada con el mismo marco penal previsto por la omisión de perseguir una falta de consideración a la autoridad (art. 556.2 Cp, delito castigado con multa de uno a tres meses).

iii) Tipificación expresa de las concretas omisiones puras de garante que se consideren penalmente relevantes.

La expresa tipificación de las concretas omisiones puras de garante que se consideran penalmente relevantes es, probablemente, la mejor de las vías de solución posibles. Al menos desde una perspectiva jurídico-dogmática. La comisión por omisión queda claramente diferenciada de las omisiones de gravedad intermedia, de modo que se reduce al mínimo el riesgo de confusión entre los operadores jurídicos y se maximiza la realización del principio de legalidad (60) (61).

Ahora bien, las ventajas teóricas de esta opción puede que no sean capaces de compensar sus carencias desde un punto de vista pragmá-

(59) Sobre la importancia del bien jurídico-protegido como criterio a tener en cuenta en la criminalización de las omisiones, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 69, con ulteriores referencias y cita de opiniones discrepantes en nota 150.

(60) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2003, pp. 473 y ss.; EL MISMO, FS-*Roxin*, 2001, p. 647 y s.

(61) Propone esta vía de solución para el concreto grupo de casos de agentes de la autoridad que no evitan la comisión de un determinado delito, COCA VILA, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber», *REDPC* (19-24), 2017, p. 32.

tico: ¿es realista pensar que el legislador va a realizar la laboriosa tarea de determinar y describir en tipos penales todas y cada una de las omisiones puras de garante penalmente relevantes a la luz de los delitos de comisión activa previstos en la Parte especial del Código penal? Han pasado más de veinte años desde que se viene reivindicando una tipificación expresa de las omisiones puras de garante, sin que el legislador haya atendido lo más mínimo esta demanda, pese a la solidez de los argumentos en los que se asienta. Aparte, es dudoso que una tipificación tan casuista sea capaz de adaptarse de forma adecuada a la rápida y continua evolución de la fenomenología.

iv) Cláusula general: propuesta de un «art. 11 bis» Cp.

Por último, cabe explorar la vía andada por el legislador alemán con su § 13 StGB y su cláusula de atenuación facultativa.

Se trata de una vía fuertemente criticada, con razón. En efecto, es contradictorio establecer una cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión y, a la vez, facultar al Juez o Tribunal para que atenúe la pena en relación con la omisión. Si se trata de modalidades comisivas equivalentes, no hay lugar para atenuación alguna (62). La contradicción se puede evitar regulando de manera explícita y específica las omisiones de gravedad intermedia, ya sea en un apartado específico del artículo 11 Cp, ya sea en un nuevo artículo «11 bis» Cp, por ejemplo. Asimismo, si la pena prevista para estas omisiones se fija tomando como referencia la pena prevista para la imputación de los resultados típicos no evitados, la atenuación no podrá ser facultativa, sino preceptiva.

Menos atendible es la crítica de corte político-criminal dirigida contra una regulación de las omisiones puras de garante a través de una cláusula general referida a los tipos de comisión activa en los que se describen los resultados no evitados. Se objeta que la posibilidad de atenuación puede fomentar una concepción laxa de la comisión por omisión por parte de Jueces y Tribunales (63). Sin embargo, si la atenuación es preceptiva, la crítica se reduce a un mero problema de etiquetas. Siendo la delimitación entre comisiones por omisión y omisiones puras de garante clara, mediante una regulación en preceptos o artículos distintos, el riesgo de sobreinclusión se debería reducir significativamente.

(62) La crítica en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2003, pp. 473 y ss.

(63) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2003, p. 474; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 647.

Las consideraciones formuladas en el anterior apartado son trasladables a esta vía de solución. Una cláusula general de tipificación de las omisiones puras de garante referida a los tipos de comisión activa que describen el resultado típico no evitado no se puede hacer descansar sobre un único pilar, a saber, el de la importancia de la posición de garante ocupada por el omitente. La mayor restricción de la libertad general de acción inherente al mandato obliga a restringir la intervención penal a los actos de insolidaridad que afecten a los bienes jurídicos más importantes, así como a las lesiones de mayor entidad.

En la selección de las posiciones de garante penalmente relevantes deben operar como criterios de selección el grado de ejercicio de libertad del que traen causa o la relevancia de la institución de la que derivan. En su día, el legislador alemán descartó expresamente definir las posiciones de garante penalmente relevantes aduciendo, entre otras razones, que la cuestión no estaba suficientemente madura en la ciencia jurídico-penal (64). El estado actual de la cuestión, por lo menos en Alemania, permite ser, a día de hoy, más optimista.

VI. CONCLUSIONES

El actual tratamiento político-criminal de las omisiones de gravedad intermedia en el ordenamiento jurídico español es valorativamente incoherente. El modelo tripartito de omisiones penalmente relevantes pone al descubierto tales deficiencias y sienta las bases para articular una solución.

La situación actual puede enmendarse tanto a través de propuestas *de lege lata* como *de lege ferenda*. Entre las primeras se cuentan: i) la aplicación de agravantes genéricas a los tipos de omisión pura; ii) la equiparación de la vulneración de determinados deberes positivos con la vulneración del deber negativo; iii) la interpretación laxa del artículo 11 Cp junto con la aplicación de la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7.^a Cp. Entre las opciones *de lege ferenda* están: i) la introducción de agravaciones por la vulneración de deberes de garante en los tipos de omisión pura simple ya previstos en la Parte especial del Código penal; ii) la tipificación de la vulneración de los deberes inherentes a determinadas posiciones de garante consideradas especialmente relevantes; iii) la tipificación expresa de las concretas omisiones puras de garante que se consideren penalmente relevantes; iv)

(64) *Bundestag Drucksache IV/650*, p. 125.

la introducción de una cláusula general de tipificación de las omisiones puras de garante.

No todas estas vías son satisfactorias, aunque la mayoría permitan mejorar el actual estado de la cuestión. De lo que no cabe duda es de que la problemática aquí planteada requiere una solución y que esta pasa, necesariamente, por un esfuerzo investigador y dialéctico sustancialmente mayor del que se le ha dedicado a esta cuestión hasta ahora.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder “Island Mentality”?», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 115 y ss.
- BOLEA BARDÓN, «Posiciones de garante frente al acoso escolar», *InDret* (4), 2017, pp. 1-29.
- «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret Penal* (4), 2018, pp. 1-25, pp. 17-20.
- BUNDESTAG DRUCKSACHE V/4095.
- DRUCKSACHE IV/650.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., 1999.
- COCA VILA, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial», *REDPC* (19-24), 2017, pp. 1-41.
- «La legítima defensa frente a las omisiones», *ADPCP* (69), 2016, pp. 75-122.
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 288-306.
- CUELLO CALÓN *Derecho penal. Parte general*, t. I, vol. I, 18.^a ed., 1980.
- DÍEZ RIPOLLÉS, «Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española», *Revista de Estudios de la Justicia* (16), 2012, pp. 31 y ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006.
- DRESSLER, «Some brief thoughts (mostly negative) about “bad samaritan” laws», *Santa Clara Law Review* (40), 2000, pp. 971-989.
- FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 2019.
- FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015.
- FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., 2015.
- GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.^a ed., 2016.
- GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, 2017.
- GÓMEZ-TOMILLO RODRIGO, «Artículo 195», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, pp. 633 y ss.
- GOULD, «Kropotkin was no crackpot», *Natural History* (97), *passim*.

- GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 414 y ss.
- HIRSCH, VON/SCHORSCHER, «Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von „Solidarität« oder Altruismus?», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 77 y ss.
- JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997 (1991), 29/125.
— *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5.ª ed., 1996.
- KARSTEN/GAEDE, «§ 13», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.ª ed., 2017.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, 2.ª ed., 2006 (1980).
- KROPOTKIN, *Mutual aid. A factor in evolution*, 1902.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002.
- LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, p. 173.
— «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *Goldammer's Archiv* (2), 2008, pp. 78 y ss.
- LEVY, «Killing, letting die and the case for mildly punishing bad samaritanism», *Georgia Law Review* (44), 2010, p. 610 y ss.
- Evangelio según SAN MARCOS 12:28-32.
- MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.ª ed., 2016.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal práctico*, 2018.
- MORALES PRATS, «Artículo 11», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.ª ed., 2016.
- MORENO TORRES-HERRERA, «Lección 15: Los delitos de omisión», en Zugaldía Espinar (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., 2016, pp. 207 y ss.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2019.
- PANTALEÓN DÍAZ, «La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa)», *Libertas* (7), 2018, pp 103-120.
- PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012.
- VON DER PFORDTEN, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 103 y ss.
- ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 9.ª ed., 1985.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, 2003.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002.
- SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971).
- SEELMANN, «§ 13», en Wassermann (ed.), *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990.

- SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*», Bosch, 1986.
- «Artículo 11», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. I, 1999.
- «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en AA. VV., *Problemas específicos de aplicación del Código penal. Manuales de formación continuada* (4) del CGPJ, 1999, pp. 153 y ss.
- «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 641 y ss.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.^a ed., 2003.
- STERNBERG-LIEBEN/HECKER, «§ 323c», en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 2019.
- STREE/BOSCH, «§ 13», en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., 2019.
- THE LAW COMMISSION, *A Criminal Code for England and Wales*, 1989, vol. 2, pp. 186 y ss.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 11», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015.
- VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005.
- WEIGEND, «§ 13», en Cirener *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13.^a ed., 2020, vol. I.
- WEINRIB, «The case for a duty to rescue», *The Yale Law Journal* (90), 1980, pp. 247 y ss.