

PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN LAS CATEGORÍAS DEL DELITO¹⁸

TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

España

Recibido el 31 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN: En el artículo se analizan las manifestaciones del principio de inexigibilidad de otra conducta con respecto a las diversas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e incluso punibilidad)-, sin limitarse a ser, tal y como viene siendo entendido mayoritariamente en la doctrina, un elemento del concepto normativo finalista de culpabilidad. Este principio general, orientado a la protección del individuo frente a injerencias estatales, es una plasmación del valor justicia propio del Estado de Derecho, de la dignidad de la persona y, en último término, de los derechos fundamentales. Aunque tiene una estrecha relación con el principio de proporcionalidad, ambos principios son diferentes. Si entre ambos conceptos se pueden constatar diferencias muy relevantes, también podemos constatar ciertas semejanzas, que se deben, en parte, a que la idea de exigibilidad, al igual que la idea de proporcionalidad, se puede derivar del valor de justicia propio de un Estado de Derecho.

¹⁸ Este artículo es un resumen de las posturas defendidas en la monografía titulada "Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal" publicada en España por Comares en 2004, al que se han incorporado algunas referencias al Código Penal de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE. Inexigibilidad de otra conducta, concepto normativo de culpabilidad, principio general del ordenamiento jurídico, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT: This article analyses the manifestations of the unenforceability of another conduct principle, in regards to the different categories of felonies (typicality, unlawfulness, culpability or even criminal liability)-, not limited to being, such as the majority of the doctrine has understood this term, an element of the normative concept of culpability. This general principle, oriented to the protection of the individual from the State's inherent powers, is a reflection of the value of justice of the very same State of Law, the human dignity, and at last, fundamental rights. Although it has a very close relationship with the proportionality principle, both principles are different. If important differences can be verified amongst these two concepts, certain similarities can be observed as well, that are due to, in part, from the idea that enforceability, as well as the idea of proportionality, can be derived from the value of justice, which is proper to a State of Law.

KEY WORDS: Unenforceability of another conduct, normative concept of culpability, general principle of the legal system, proportionality principle.

1.- INTRODUCCIÓN

Pocas ideas o conceptos han sufrido una evolución histórica tan sorprendente en el Derecho Penal: de elemento de la culpabilidad a principio general del Derecho Penal. No obstante, quedan aun muchas cuestiones abiertas sobre este principio y el papel que desempeña en la actualidad, de ahí que en este trabajo, sin perjuicio de recordar muy brevemente, por razones de espacio, las

etapas fundamentales en la construcción de este principio, nos centremos en el papel que desempeña en la actualidad en Derecho Penal, tanto en las categorías del delito de acción doloso, como el específico papel que desempeña en los delitos de omisión, en donde tradicionalmente se le ha reconocido un mayor protagonismo.

Debemos advertir que, desde el punto de vista terminológico, la utilización del término inexigibilidad no es nada pacífica. Su uso se ha criticado con diversos argumentos, que vienen a coincidir en el fondo: podría inducir a equívocos y llevar a pensar que las conductas no exigibles no son reclamadas por el Derecho cuando dichas conductas sí son reclamadas, a pesar de que declare exento de responsabilidad penal a quien no la lleve a cabo¹⁹; se presta a equívocos, al sugerir una dispensa al cumplimiento de la norma, no pudiendo tener este significado, al menos, en los delitos de acción²⁰; o que la contradicción inherente al término de inexigibilidad radica en que puesto que lo antijurídico señala lo que es exigible por el Derecho Penal, no puede fundarse la exención de pena por falta de culpabilidad alegando la inexigibilidad de la conducta²¹.

Si estas críticas fuesen una mera cuestión terminológica sin más trascendencia, no tendrían mayor importancia, pero lo cierto es que son el reflejo de un problema de gran calado dogmático: la referencia a la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como fundamento de las denominadas causas de inculpabilidad o exculpación, no casa bien con el hecho de que al declarar el legislador una conducta como antijurídica, sí parece exigirla. No se puede desconocer que históricamente se ha circunscrito la utilización del término inexigibilidad para hacer referencia a aquellos casos en los que a pesar de encontrarnos ante un hecho típico y antijurídico, no podía ser reprochado a su autor por la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma.

¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Barcelona, 2011, pág. 665, 24/4.

²⁰ LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2001, previos a § § 32 y ss. Nm. 110.

²¹ VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000, pág. 55, citando a SILVA SÁNCHEZ.

A pesar de todo ello, a lo largo de este trabajo seguiremos utilizando el término inexigibilidad, no sólo por ser un lugar común para la doctrina y la jurisprudencia dominantes, sino porque posee fuerza plástica para expresar la idea a la que se quiere hacer referencia, ya que nosotros no circunscribimos su utilización a la categoría de la culpabilidad, sino que reconocemos el papel que desempeña en el resto de las categorías del delito.

2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO “EXIGIBILIDAD”: DE ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD A PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

La discusión sobre el concepto de exigibilidad tiene una larga tradición en el seno de la dogmática penal, debiéndonos remontar a la primera década del siglo XX para encontrar las primeras referencias a este concepto. La idea de la exigibilidad se encuentra hasta tal punto vinculada al desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad, que incluso se ha llegado a afirmar que la culpabilidad normativa y la idea de exigibilidad de otra conducta, nacen conjuntamente e incluso que se trata de conceptos idénticos²². No obstante, con anterioridad a la formulación de la concepción normativa de la culpabilidad, algunos autores ya habían utilizado de forma puntual y aislada el término exigibilidad, que posteriormente se perfiló y tomó cuerpo como principio de exigibilidad a partir de la formulación de la concepción normativa de la culpabilidad²³.

En la concepción normativa de la culpabilidad, la inexigibilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad por ausencia de la reprochabilidad. Según los partidarios de esta teoría, el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el hecho puede quedar exento de responsabilidad

²² Cfr. SÁINZ CANTERO, “El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de “no exigibilidad””, *ADPCP* 1960, págs. 419 y ss.; el mismo, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Granada, 1965, págs. 7 y ss.

²³ EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, 1969, pág. 1, sostiene que fue GEYER el primero en utilizar el término “Zumutbarkeit”, y fue en relación con el estado de necesidad.

cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no cabía exigirle que actuara de forma distinta a como lo hizo. De ahí que la exigibilidad de otra conducta sea entendida como un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche. La inexigibilidad se vincula a la concepción clásica de la teoría normativa de la culpabilidad donde es el factor común de una serie de causas de exclusión de la culpabilidad²⁴.

A pesar de que el contenido esencial de la exigibilidad se debe fundamentalmente a la aportación de los defensores del concepto normativo de culpabilidad, la teoría de la exigibilidad no dejó de evolucionar y, tras un breve período de letargo, reapareció de nuevo de la mano del finalismo a raíz del paso de la concepción normativa de la culpabilidad a una concepción puramente normativa. Los partidarios de esta última entenderán la inexigibilidad no como una causa más de exclusión de la culpabilidad por ausencia de reprochabilidad, tal como venía siendo entendida, sino como una causa de disculpa o exculpación de la conducta realizada con una culpabilidad plenamente fundamentada. Según WELZEL, no se trata tanto de “una causa excluyente de la culpabilidad como la inimputabilidad o el error inevitable de prohibición, sino tan sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que el Ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor”²⁵. La inexigibilidad no se entiende como causa de exclusión de la culpabilidad sino como causa de disminución de la misma y del injusto del hecho, que inducen al Ordenamiento Jurídico a disculpar esa conducta típica practicada por el sujeto bajo la presión constreñidora de la autonomía de la voluntad. Nos encontramos ante una causa de exclusión de la culpabilidad, ante una causa de disminución notable del poder actuar de otro modo (de la imputabilidad y, por consiguiente, de la culpabilidad), y de disminución del injusto de la acción por la salvación de un bien jurídico, que lleva al Ordenamiento a disculpar esa conducta típica realizada por el sujeto bajo una

²⁴ Vid. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, págs. 10 y ss.

²⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a Auf., Berlin, 1959, págs. 178 y ss.

presión que constriñe la autonomía de su voluntad²⁶. Partiendo de este planteamiento, muchos autores, incluso no pertenecientes al finalismo ortodoxo, distinguen actualmente entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación o disculpa.

La discusión sobre el concepto de inexigibilidad y su significado dogmático se daba por cerrada en Alemania cuando HENKEL defendió que la exigibilidad y la inexigibilidad constituían un principio general regulativo²⁷. Se trataba de una forma totalmente novedosa de abordar el problema de la exigibilidad, al abandonar la idea hasta entonces imperante sobre la ubicación de la exigibilidad. Le asestó el golpe mortal a la concepción de la inexigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad

En opinión de HENKEL, la inexigibilidad no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino más y menos: juega un papel en las consideraciones individuales aquí y allá, apareciendo vinculada tanto a la tipicidad como a la antijuricidad y a la culpabilidad en igual medida²⁸. Lo que pretende HENKEL con este trabajo, según él mismo manifiesta, es mostrar cómo esa localización tradicional del concepto de exigibilidad ha obstaculizado la correcta comprensión de dicho concepto, a la vez que ha menospreciado su ámbito de aplicación por un lado; y, por otro, ha provocado una sobreestimación de su función²⁹.

Si uno de uno de los mayores logros de HENKEL fue contribuir en gran medida a la recuperación del concepto de exigibilidad, uno de sus mayores errores fue la degradación al que lo sometió, al caracterizarlo como un principio meramente regulativo y no normativo.

Por este motivo, los intentos de hacer avanzar la discusión doctrinal sobre el concepto de exigibilidad en la línea apuntada por HENKEL, es decir, como

²⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, 2ª ed. corregida, Madrid, 1986, pág. 364.

²⁷ HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip", *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, Berlin, 1954, págs. 249 y ss.

²⁸ HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit...", *Festschrift für Mezger...*, cit., pág. 305.

²⁹ HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit...", *Festschrift für Mezger...*, cit., pág. 250.

principio general delimitador de deberes, se han centrado en su remisión a un ámbito normativo que sirva de referente para la actividad del legislador y a la valoración judicial del caso concreto. Este ámbito normativo difiere de unos autores a otros, de manera que si bien algunos autores se limitan a calificarlo como principio normativo³⁰; para otros este ámbito podría ser el ofrecido por los preceptos de la Parte Especial del Código penal³¹; no faltando autores para quienes ese ámbito normativo del que hacer partir decisiones sobre el contenido de la exigibilidad, podría ser el constitucional³².

En nuestra opinión la inexigibilidad es un principio general del Ordenamiento Jurídico de carácter normativo que no puede ser degradado a la categoría de principio regulativo. Del principio de inexigibilidad se puede decir lo mismo que afirmó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, en relación con el principio de proporcionalidad: “es un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un grado de apreciación”.

Este principio general, orientado a la protección del individuo frente a injerencias estatales, es una plasmación del valor justicia propio del Estado de Derecho, de la dignidad de la persona y, en último término, de los derechos fundamentales. Esta conexión con la dignidad de la persona la puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53/1985.

3.- RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXIGIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

³⁰ MAIWALD, “Die Unzumutbarkeit-Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?”, *Festschrift für Schüler-Springorum*, Köln, 1993, págs. 480 y 481.

³¹ FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt am Main, 1980, págs. 79 y ss.

³² Dentro de nuestras fronteras es partidario de esta solución, BAUCCELLS LLADÓ, *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, pág. 311. Fuera de nuestro país, ALBRECHT, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigengständige der Gehält des Zumutbarkeitsgedankes in Abgrenzung zum Grundsatz des Verhältnismässigkeit*, Berlin, 1995, pág. 203; o FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, págs. 217 y 221.

En las escasas ocasiones en las que el Tribunal Constitucional español se ha referido a la exigibilidad, siempre lo ha hecho mencionándola junto con el criterio de proporcionalidad. La primera vez que el Tribunal Constitucional puso de manifiesto y reconoció la estrecha relación entre ambos conceptos, aun cuando en ningún momento se denunció por los recurrentes la desproporción, fue en la STC 53/1985 (FJ 9) y lo hizo en los siguientes términos:

“Por otra parte, 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 Ley resulta totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción –la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”.

Lo mismo ha sucedido en las posteriores ocasiones en las que el Alto Tribunal español ha hecho referencia a la necesidad de que el legislador deba tener “siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento...”, en concreto, en la STC 55/1996 y en el ATC 262/1998, pero nunca ha aclarado los términos de la relación existente entre ambos criterios.

A la vista de la jurisprudencia constitucional española, se puede concluir que, a pesar de su estrecha relación, ambos conceptos son independientes. La

diferencia más patente entre exigibilidad y proporcionalidad consiste en que se trata de diferentes medidas de enjuiciamiento, con un contenido distinto: mientras que esta última se utiliza para enjuiciar la no concurrencia de un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma, consistiendo fundamentalmente en un enjuiciamiento del tratamiento de los derechos fundamentales desde el punto de vista de la relación medio-fin; la exigibilidad enjuicia un deber de comportarse teniendo en cuenta la situación personal del afectado, es un límite de los deberes jurídicos de comportamiento de los ciudadanos.

Con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el Alto Tribunal español realiza un control constitucional sobre la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto, es decir, si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo del derecho de libertad (juicio de idoneidad); sobre la necesidad de su existencia y acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada (juicio de necesidad); por último, en sede del principio de proporcionalidad en sentido estricto, el control constitucional se centra en la relación final que guarda la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena, en la no concurrencia de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma³³.

De lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, única ocasión en la que se pronuncia sobre el contenido del criterio de la exigibilidad, se deduce que el control constitucional se centra en si el legislador está empleando la máxima constricción, que no es otra que la sanción penal, para imponer la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos, al existir situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado.

³³ Sobre el contenido y alcance del principio de proporcionalidad vid. SSTC 55/1996, 131/1997 y 137/1999, y AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999.

Ahora bien, si entre ambos conceptos se pueden constatar diferencias muy relevantes, también podemos constatar ciertas semejanzas, que se deben, en parte, a que la idea de exigibilidad, al igual que la idea de proporcionalidad, se puede derivar del valor de justicia propio de un Estado de Derecho.

Además ambas ideas adquieren relevancia en dos momentos: en el momento legislativo, es decir, en el momento en el que el legislador aborda la tarea de selección de las conductas a incriminar, y así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional en los pronunciamientos que hemos citado; y en el momento de aplicación de la ley penal, ya que el juez tan solo podrá imponer una pena a un individuo si a éste le era exigible la realización de la conducta conforme a Derecho.

No obstante, no siendo ambos principios idénticos y no derivándose el uno del otro, no se puede desconocer que la exigibilidad de una conducta es uno de los factores que hay que tener en cuenta cuando se estudia la proporcionalidad en sentido estricto, tanto la proporcionalidad abstracta como la proporcionalidad concreta.

Cuando se trata de la proporcionalidad abstracta, hay que tener en cuenta que tan solo pueden amenazarse con pena aquellas conductas que pueden exigirse al ciudadano medio, de manera que si el legislador exige comportamientos heroicos en un determinado precepto penal, éste será desproporcionado en abstracto. En estos casos se podría hablar de falta de proporcionalidad abstracta debido a inexigibilidad abstracta o general.

Cuando se lleva a cabo el juicio de proporcionalidad concreta, el juez o tribunal deberá tener en cuenta la exigibilidad individual o concreta, es decir, si a ese individuo concreto en la situación en la que se encuentra le es exigible el cumplimiento de lo establecido en el precepto penal. No olvidemos, que el juez en el momento de imponer la pena concreta al autor, debe atender tanto a la gravedad del injusto como a la culpabilidad concreta, viniendo determinada la culpabilidad en el caso concreto, además de por la gravedad de la ilicitud

cometida, por las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma y el mayor o menor desvalor ético- social de los motivos que impulsaron a actuar al autor.

Existe, pues, una relación de total interdependencia entre la exigibilidad y la proporcionalidad en abstracto y la exigibilidad y la proporcionalidad en concreto, respectivamente: si la conducta no es exigible en abstracto, la pena no es proporcionada en abstracto; y si la conducta no es exigible al sujeto concreto, la pena no será proporcionada en concreto.

4.- CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA

Una de las cuestiones más importantes y que ha sido calificada como la más ardua en materia de inexigibilidad³⁴, es el del parámetro o medida para determinar el ámbito de lo exigible y, por ende, de lo inexigible. Es difícil, porque la idea de exigibilidad no ofrece, por sí misma, ningún criterio objetivo de ponderación, siendo en sí misma una fórmula vacía mientras que no se establezcan los criterios de exigibilidad que son constitucionalmente legítimos. Pero a su vez, alcanzar la concreción de estos criterios es importante, en tanto que es necesario traducir el principio de inexigibilidad en criterios más precisos, tanto para el legislador como, sobre todo, para el Juez, encontrándonos ante una tarea complicada a pesar de la simplicidad estructural de este principio.

En la actualidad, para determinar el grado exigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, la mayoría de la doctrina se decanta por el criterio objetivo del hombre medio, pero como tendremos ocasión de ver se contextualiza este criterio, atendándose al criterio del hombre medio en la posición del sujeto³⁵. Se afirma que el Derecho Penal no puede prescindir de la contemplación del hombre medio,

³⁴ SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, pág. 719.

³⁵ Entre otros, SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho...*, cit., pág. 721; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pág. 374; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pág.611, 24/25.

puesto que todo el ordenamiento punitivo está construido sobre el nivel psíquico y moral de la mayoría de los ciudadanos.

Incluso para determinar si el miedo sufrido por una persona reviste el carácter de “insuperable” en el ámbito de la eximente de miedo insuperable, recientemente el Tribunal Supremo ha contextualizado el criterio del hombre medio al incluir la referencia a la concreta posición del autor.

Y es también este criterio objetivo del hombre medio contextualizado el que debe fijar los límites de lo exigible tanto en la categoría de la tipicidad como en la categoría de la antijuricidad³⁶. Emplear el criterio objetivo del hombre medio en las tres categorías delito no implica desconocer el diferente significado que la inexigibilidad posee en la tipicidad o en la antijuricidad, y el significado o cometido que tiene en sede de culpabilidad.

Si en la delimitación de la tipicidad o del alcance de una causa de justificación se puede hablar de inexigibilidad general, porque se trata de los casos en los que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de cometer un hecho; en sede de culpabilidad se habla de inexigibilidad individual, ya que en estos casos el Ordenamiento no renuncia a exigir o permite no exigir la realización de conductas conformes a Derecho, sino que por circunstancias particulares de un caso y sujeto concreto, no puede exigírsele a una persona que se comporte como lo hubiese hecho el hombre medio en su lugar.

Por otra parte, la utilización del mismo criterio para determinar la inexigibilidad en el ámbito de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad, no implica que deban tenerse en cuenta los mismos conocimientos. Como afirma CORCOY BIDASOLO³⁷, cuando el juicio de exigibilidad se realiza en el nivel del injusto, se hace desde la perspectiva del espectador objetivo situado en el lugar del autor, teniéndose en cuenta aquellos conocimientos de algún modo

³⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pág. 374.

³⁷ *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, págs. 252 y 253.

objetivables, y, por tanto, susceptibles de ser valorados por el espectador objetivo; cuando el juicio se hace en sede de culpabilidad, el espectador objetivo situado en el lugar del autor, lo llevaría a cabo desde la perspectiva del propio autor, teniendo presente otros datos que, aun no estando relacionados con la conducta, puedan tener relevancia en la culpabilidad³⁸.

Como hemos puesto de manifiesto al comienzo de este epígrafe, no sólo es necesario traducir el principio de inexigibilidad en criterios más precisos para el Juez o el aplicador del Derecho, tarea de la que se ha ocupado la doctrina tradicional, sino también para el legislador. El criterio objetivo del hombre medio es, entre otros, el criterio al que debe atender el legislador a la hora de determinar lo exigible, ya que el ordenamiento penal no puede exigir bajo amenaza de pena un comportamiento heroico. Tales conductas no deben ser incriminadas aun cuando sean contrarias a Derecho, lo cual no quiere decir que no sea exigible abstenerse del hecho en otras ramas del ordenamiento, ya que no se puede confundir ausencia de incriminación con aprobación por parte del ordenamiento jurídico. Lo dicho no obsta para que en ocasiones el legislador requiera una especial o superior exigibilidad a determinadas personas que se encuentran en situaciones concretas, o que ejercen determinados cargos o profesiones (art. 20.5.3 CP³⁹), ya que la sociedad tiene el poder de exigir la obediencia del Derecho incluso en situaciones difíciles de la vida aun a costa de onerosos sacrificios en determinados supuestos.

5.- MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN LAS CATEGORÍAS DE LOS DELITOS COMISIVOS DOLOSOS

El principio de exigibilidad afecta a todas las categorías del delito doloso - tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e incluso punibilidad-, sin limitarse a ser, tal y como viene siendo entendido mayoritariamente en nuestra doctrina, un elemento

³⁸ Vid. infra lo afirmado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica en el Expediente 2010-00852.

³⁹ Uno de los requisitos del estado de necesidad es “Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

del concepto normativo finalista de culpabilidad.

Que el principio de exigibilidad debe ser tenido en cuenta por el legislador en el momento de tipificar una conducta, queda fuera de toda duda. La exigibilidad también juega un papel relevante en la categoría de la antijuricidad y, sobre todo, en el ámbito de las causas de justificación. En concreto, de forma más patente, en el estado de necesidad, aun cuando en la legítima defensa también entran en juego consideraciones de exigibilidad, pudiendo llegar a inspirar la aplicación por analogía de estas causas de justificación. Pero es en la culpabilidad donde la exigibilidad alcanza mayor protagonismo, al servir de fundamento a algunas causas legalmente previstas que determinan su ausencia, así como para inspirar la aplicación por analogía de estas causas de exclusión de la culpabilidad; pero tampoco se puede obviar el hecho de que también está presente en la categoría de la punibilidad, en concreto, en la excusa absolutoria de encubrimiento entre parientes.

5. 1. TIPICIDAD La inexigibilidad debe ser tenida en cuenta por el legislador al tipificar las conductas, determinando la atipicidad de aquellas cuya realización sobrepase las posibilidades del hombre medio. Además, puede ser un instrumento valioso para el Juez en la tarea de interpretación y aplicación de determinados tipos delictivos.

En cuanto al papel de la inexigibilidad en el momento de la tipificación, debe tenerse presente que no siempre se puede reclamar al sujeto a través del Derecho Penal, que soporte conductas manifiestamente inexigibles, y ello a pesar de que tales conductas sean contrarias a Derecho. Así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al afirmar que "... existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos"

(STC 53/1985 FJ 9).

Por lo que respecta al papel de la inexigibilidad como instrumento para la interpretación de algunos tipos penales, ha sido la doctrina alemana la que ha subrayado el papel tan relevante que desempeña a la hora de interpretar algún elemento del tipo, como ocurre en el caso del deber de espera del § 142 StGB.

5.2. ANTIJURICIDAD

El principio de inexigibilidad juega un papel destacado en el ámbito de la antijuricidad, en concreto, en el ámbito de las causas de justificación. A diferencia de lo que ocurre en las causas de exculpación, el principio de inexigibilidad no es considerado el principio fundamentador de la exención propia de las causas de justificación. Esto último no nos debe extrañar ya que en la doctrina penal española las causas de justificación y las causas de exculpación se suelen distinguir según los principios que le sirven de fundamento. En tanto que para la mayoría de la doctrina el principio del interés preponderante es el principio que fundamenta las eximentes que se consideran causas de justificación; el principio de inexigibilidad es el fundamento de las causas de exculpación.

Sin embargo, la proclamación del principio del interés preponderante como principio fundamentador de las causas de justificación, y por ende su proclamación como principio rector de la justificación de la conducta, no nos impide reconocer que éste no es el único principio informador de las causas de justificación, sino que junto a él juegan un papel relevante otros principios. Entre otros, el propio principio de inexigibilidad o el principio de proporcionalidad en sentido amplio, principios que pueden actuar como criterios de ponderación de intereses. El papel que puede jugar el principio de inexigibilidad, varía según las causas de justificación de las que se trate: legítima defensa o estado de necesidad.

I. LEGÍTIMA DEFENSA⁴⁰

Quienes mayor relevancia reconocen a la in-(exigibilidad) en la legítima defensa, afirman que sus repercusiones tienen lugar en dos direcciones contrapuestas⁴¹. En su vertiente negativa -inexigibilidad- implica la justificación de un cierto margen valorativo de exceso en favor del defensor; en su versión positiva -exigibilidad- implica una restricción al defensor.

En esta última vertiente, se acude a la exigibilidad para delimitar el contenido y el alcance de los deberes del agredido. En este sentido, la exigibilidad nos podría ayudar a dilucidar la cuestión de los límites del derecho a defenderse que el ordenamiento jurídico concede al agredido.

A priori, aun cuando debe admitirse la necesidad de la defensa abstracta siempre que la agresión obligue a hacer algo para impedirla, incluso cuando pueda evitarse por medios no lesivos, como la huida o solicitando ayuda estatal o de otra persona, el recurso a éstos es exigible siempre que con ellos se evite una defensa que sería extremadamente desproporcionada. En concreto, se afirma la exigibilidad de la renuncia a la defensa siempre que de este modo se evite la muerte del agresor, o en los casos en los que la defensa conllevaría "resultados crasamente desproporcionados". No puede aceptarse sin más el carácter subsidiario de la legítima defensa, sin atender a consideraciones de exigibilidad.

La exigibilidad también puede tener un papel importante cuando se trata de determinar la medida de la necesidad del medio defensivo o necesidad de la concreta defensa. Cuando en circunstancias excepcionales (agresor inculpable,

⁴⁰ La legítima defensa se encuentra regulada en el artículo 20.4º CP español en los siguientes términos: "El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor".

⁴¹ IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999, págs. 376 y ss.

agresiones entre parientes, ataques ínfimos...) no haya posibilidad de evitar el ataque, es exigible una defensa simplemente moderada.

Por lo que respecta a la vertiente negativa, la inexigibilidad juega un papel relevante en los supuestos en los que el defensor ha incurrido en un exceso en los límites de la defensa y, pese a ello, no le es exigible una actuación defensiva diferente⁴². El principio de inexigibilidad permite justificar, excepcionalmente, en atención las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se enjuicia (angustia, tensión, miedo...), los supuestos en los que se pueda apreciar una mínima carencia en los requisitos cuya presencia permiten apreciar la eximente completa de legítima defensa. La aplicación analógica de la legítima defensa en atención a consideraciones de inexigibilidad, es posible según se desprende de lo afirmado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de noviembre de 1994 (FJ 3).

La vertiente negativa, por su parte, nos remite a la cuestión del papel que juega el principio de inexigibilidad en los casos en los que el exceso en la legítima defensa se debe a situaciones asténicas procedentes de debilidad, en concreto, al miedo insuperable, y el tratamiento que, a falta de una regulación específica como la prevista en el § 33 StGB⁴³ o en el art. 29 del Código Penal de Costa Rica⁴⁴ deben recibir estos casos .

En los supuestos considerados como exceso intensivo en la legítima defensa, en los que falta la necesidad concreta de la defensa, se podrán apreciar conjuntamente la eximente incompleta de legítima defensa y la eximente, completa o incompleta, de miedo insuperable. La apreciación conjunta de ambas eximentes es posible y así lo ha estimado tradicionalmente el Tribunal Supremo

⁴² IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos...*, cit., págs. 376 y ss.

⁴³ "Exceso en la legítima defensa. Si el autor excede los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o pánico, no será castigado".

⁴⁴ "...No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable".

(vid. SSTs de 24 de febrero de 2000, de 18 de diciembre de 2008⁴⁵).

Esta solución de apreciación conjunta de ambas eximentes permitiría tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo cual no sería posible si nos decantásemos por apreciar únicamente la eximente de miedo insuperable. Por una parte, la disminución del injusto al ser la actuación base de defensa del bien jurídico y del Derecho y estar dirigida a repeler una agresión antijurídica, aunque sea de forma excesiva. Por este motivo, se aplicaría la eximente incompleta de legítima defensa aunque el exceso sea consciente. Por otra parte, nada impide que se exima al sujeto de responsabilidad penal apreciando la eximente de miedo insuperable, en atención al estado pasional asténico que ha originado el exceso intensivo.

Tampoco existe ningún obstáculo para apreciar conjuntamente la eximente incompleta de legítima defensa y la eximente incompleta de miedo insuperable, en los casos en los que el miedo que origina el exceso intensivo en la legítima defensa no revista el carácter de insuperable. Una vez más, la disminución de injusto y de culpabilidad deben tener una repercusión autónoma en la determinación de la pena, sin que esta forma de proceder atente contra la prohibición “*ne bis in idem*”, puesto que no existe identidad de fundamento de ambas eximentes.

Para que el miedo que padece el sujeto de lugar a la apreciación de la eximente incompleta de miedo insuperable, debe revestir cierta intensidad no

⁴⁵ En esta Sentencia encontramos la siguiente afirmación: “ La jurisprudencia ha relacionado en ocasiones la eximente de miedo insuperable con la legítima defensa, cuya compatibilidad dogmática ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte de quien se defiende (STS nº 332/2000, de 24 de febrero, que cita la de 30 de octubre de 1985 en ese mismo sentido). El miedo puede operar según los casos como un elemento que dificulta una correcta valoración de la necesidad de la defensa por parte de quien se defiende. En el caso, la Audiencia aprecia ambas conjuntamente, con efectos individualizados, lo que esta Sala también ha considerado correcto en otros precedentes (STS nº 322/2005, de 11 de marzo)”.

bastando con la alteración del ánimo propio de los casos de legítima defensa, ya que en este último supuesto procedería apreciar únicamente la eximente incompleta de legítima defensa o incluso la eximente completa de legítima defensa en los casos en los que se aprecie una mínima carencia de los requisitos cuya presencia permite apreciar la eximente completa, en atención a consideraciones de inexigibilidad.

En el seno de la doctrina no existe una opinión unánime sobre si la eximente de miedo insuperable puede cubrir los excesos extensivos o impropios en la legítima defensa. Desde nuestro punto de vista, se podrá apreciar la eximente de miedo insuperable -siempre que concurren los requisitos necesarios para apreciar esta eximente- en los casos en los que el sujeto supere los límites temporales a consecuencia del estado pasional asténico del miedo. Y ello podrá tener lugar tanto en los casos de exceso extensivo por retraso (piénsese en el caso de quien por el estado anímico de miedo en el que se encuentra sigue golpeando al agresor que está tendido en el suelo), como en los casos de exceso extensivo por anticipación (supuesto de quien dispara a un boxeador, dispuesto a agredir a quien dispara, mientras que el boxeador se encuentra calentando los músculos).

No existe ninguna razón que justifique un tratamiento desigual de los casos en los que el exceso, ya sea intensivo o extensivo, tenga su origen en un estado pasional asténico como el miedo insuperable. Menos aún cuando en muchos supuestos, el exceso extensivo y el exceso intensivo no se pueden distinguir fácilmente. Con frecuencia el agredido lleva a cabo varias acciones de defensa sucesivamente, a pesar de que la primera de ella hubiese bastado. En este caso, es difícil determinar si en el momento en que tuvieron lugar el resto de actos de defensa el agresor ya había abandonado por completo -en cuyo caso nos encontraríamos ante un exceso extensivo- o si se encontraba, por ejemplo, sólo en la retirada y con probabilidad hubiese continuado con el ataque en un descuido

del defensor -supuesto de exceso intensivo-⁴⁶.

En los casos de exceso extensivo en la legítima defensa, tanto por anticipación como por retraso, se debe reclamar una conexión temporal inmediata con la agresión concluida o inminente⁴⁷.

Por supuesto no se podrá apreciar la eximente de miedo insuperable en los supuestos en los que el sujeto supere a sangre fría los límites temporales de la legítima defensa, puesto que el sujeto no habría actuado debido al estado pasional asténico de miedo. Es el caso de quien dispara por la espalda al agresor que ya se retira.

II. ESTADO DE NECESIDAD⁴⁸

En la eximente de estado de necesidad, el principio de inexigibilidad desempeña una función muy importante. No solo fundamenta, junto al principio de ponderación de intereses el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales, sino que también sirve de criterio rector de la interpretación del presupuesto para apreciar esta causa de justificación y, por último, fundamenta algunos supuestos de exigibilidad especial. Pasemos a ver cada uno de estas funciones que se le atribuyen al principio de inexigibilidad en el marco del estado de necesidad.

A) PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO PRINCIPIO

⁴⁶ PERRON, "Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Plichtenkollision)", en *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg im Breisgau, 1991, pág. 89.

⁴⁷ *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 22 Nm. 90.

⁴⁸ Regulado en el art. 20. 5 CP español en los siguientes términos: "El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse".

FUNDAMENTADOR DEL ESTADO DE NECESIDAD

Es en relación con el estado de necesidad, donde el silencio del legislador sobre la naturaleza y principios fundadores de las diferentes eximentes ha provocado una división de opiniones doctrinales más patente y trascendente desde el punto de vista de las consecuencias prácticas. Esta división doctrinal ha venido condicionada significativamente por el papel que se le concede al principio de inexigibilidad en relación con la misma, así como por la opinión, aún mayoritaria en nuestro país, de que el principio de inexigibilidad sólo puede ser fundamento de una causa de exculpación y nunca de una causa de justificación.

Y es que en tanto que los partidarios de la teoría de la diferenciación niegan que el principio de inexigibilidad juegue un papel relevante en la categoría de la antijuricidad, relegando su virtualidad al ámbito de la culpabilidad; algunos defensores de la teoría unitaria abogan por otorgarle al principio de inexigibilidad el papel de principio de cofundador, junto con el principio de ponderación de intereses, de la causa de justificación del estado de necesidad en los supuestos de colisión de intereses equivalentes.

Los partidarios de la teoría de la diferenciación, mayoritaria en el seno de nuestra doctrina y en la jurisprudencia, entienden que en los supuestos de conflicto de intereses desiguales, la eximente de estado de necesidad opera como una causa de justificación basada en el principio del interés preponderante; en tanto que en los casos de conflicto de intereses iguales, la eximente de estado de necesidad operaría como una causa de inculpabilidad fundada en el principio de inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma. La razón fundamental que se esgrime en favor de la teoría de la inexigibilidad, se encuentra en la insuficiencia que se le reconoce al principio del interés dominante para explicar todos los conflictos de bienes jurídicos que se amparaban en el art. 8.7 ACP (art. 20.5 CP). Por eliminación se acudiría al principio de no exigibilidad de otra conducta al no haberse encontrado otro principio en el ámbito de lo que justifica, y de ahí que se salte al terreno de lo que se exculpa. El legislador excluiría la responsabilidad de quien actúa impulsado por un estado de necesidad subjetivo, porque la decisión

de voluntad adoptada ha seguido a un anormal proceso de motivación, y no le era exigible actuar de otro modo puesto que cualquier hombre situado en idénticas condiciones hubieran actuado de la misma manera.

Sin embargo, la teoría de la diferenciación es, en nuestra opinión, insostenible a la vista de las consecuencias prácticas que acarrea, entre otras, en materia de error sobre una causa de inexigibilidad, legítima defensa, participación, y, sobre todo, a la vista de la regulación unitaria del estado de necesidad prevista en el art. 20.5 CP. Además, esta interpretación contradice la regulación del estado de necesidad, cuya apreciación se hace depender de la concurrencia de una serie de requisitos objetivos y no de la presión anímica del sujeto; en segundo lugar, porque no se explica por qué la restricción de la libertad de decisión excluye la pena y no se limita a reducirla como sucede en otros casos de reducción de culpabilidad; en tercer lugar, no explica convincentemente por qué en él se contemplan supuestos de exigibilidad especial que excepcionan la exención de pena, a pesar de que en estos casos la presión anímica que padece el sujeto es la misma, y el grado de instinto de conservación también.

Como hemos afirmado con anterioridad, somos partidarios de la teoría unitaria y reconocemos el papel de la inexigibilidad de otra conducta en los casos de conflicto entre bienes iguales. El principio de ponderación de intereses reforzado por el principio de inexigibilidad de otra conducta, fundamentaría esta causa de justificación.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica considera que en tanto que el estado de necesidad justificante estaría regulado en el art. 27 CP; en el art. 38 CP se regula el estado de necesidad exculpante en los siguientes términos: “No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa”. Los requisitos objetivos necesarios para apreciar el estado de necesidad exculpantes son: 1) Debe haber un peligro o amenaza de un mal grave; 2) El peligro o amenaza del mal grave debe ser actual, inminente o permanente; 3) El hecho ilícito ejecutado debe ser necesario para

evitar el peligro o amenaza de un mal grave, lo que implica que por una parte sea apta, idónea o adecuada para evitar el peligro y, por otra, que sea el medio menos lesivo con que contaba el autor para evitar el peligro, debiéndosele plantear al autor que, para evitar el peligro, se hayan agotado otras acciones y mecanismos posibles a su alcance; 4) El peligro que amenaza debe ser antijurídico⁴⁹.

B. PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DEL PRESUPUESTO DE ESTADO DE NECESIDAD (SITUACIÓN DE NECESIDAD)

Al principio de inexigibilidad también hay que acudir para suavizar el carácter absoluto que la jurisprudencia predica de uno de los elementos que integran el presupuesto del estado de necesidad: el requisito de la subsidiariedad de la acción salvadora. Como en su día señalara CÓRDOBA RODA⁵⁰, el estado de necesidad debe ser estimado en un sentido de concreción definido por la idea de exigibilidad: siempre que el sujeto haya hecho todo lo humanamente exigible, dadas las circunstancias existentes, antes de decidirse a causar el mal en el grado que lo hizo, deberá apreciarse la cualidad de absoluto en el estado de necesidad. Para ello deberá probarse que antes de realizar la conducta, el agente hizo todo lo que le fuese exigible. Así parece haberlo entendido posteriormente también el Tribunal Supremo (vid., entre otras, SSTS de 2 de octubre de 2002 y 23 de junio de 2003).

Pero no sólo se acude al criterio de exigibilidad objetiva para medir la denominada necesidad abstracta, sino que también se acude a dicho criterio cuando se trata de medir la necesidad concreta, es decir, la necesidad del concreto medio salvador elegido. Éste ha de ser el menos lesivo de entre aquellos

⁴⁹ Vid. Resolución 2010-00852, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las doce horas cinco minutos del nueve de agosto de 2010.

⁵⁰ En *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Barcelona, 1976, pág. 279.

que le sean exigibles al sujeto en el caso concreto⁵¹.

Esta forma de proceder también la utilizan en Alemania los Tribunales y un sector de la doctrina⁵², a la hora de interpretar en sede del estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB)⁵³, el requisito de la necesidad de la acción implícito en la expresión “*Nichts-anders-Abwendbarkeit der Gefahr*”⁵⁴ (que el peligro no se pueda evitar de otra forma)⁵⁵. Este requisito debe entenderse en el doble sentido de que la acción cometida en estado de necesidad debe ser, a la vista de las circunstancias concurrentes, lo más idónea y lo menos lesiva posible para el bien jurídico atacado (principio de idoneidad y del medio menos gravoso), siendo en el momento de determinar el medio menos lesivo cuando entrarían en juego consideraciones de exigibilidad⁵⁶. Un medio sólo puede reputarse como el menos

⁵¹ PAREDES CASTAÑÓN, “Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad. El criterio de la exigibilidad. (Comentario a la STS de 8 de abril de 1988)”, *PJ* n° 13, pág. 125.

⁵² Cfr. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 35 Nm. 13a; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., pág. 482.

⁵³ Aun cuando en la regulación contemplada en el §34 StGB (estado de necesidad justificante) se utiliza también la expresión “*nichts-anders-Abwendbarkeit der Gefahr*”, en este caso no se acude a consideraciones de exigibilidad para interpretar el requisito de necesidad de la acción. En los supuestos en los que el grado de idoneidad y necesidad diverjan de forma inversamente proporcional, es la cláusula de ponderación de intereses la que va a ayudar a determinar el medio menos lesivo en el caso de que existan varias acciones alternativas, cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 34 Nm. 20 a.

⁵⁴ Recordemos que el inciso primero de este párrafo reza así: “El que ante un peligro actual para la vida, integridad física o libertad, *no evitable de otro modo*, comete un hecho antijurídico, para apartar el peligro de sí, de un pariente próximo o de otra persona allegada a él, no actúa culpablemente”. En la letra c) del art. 27 del CP de Costa Rica también se utiliza una expresión parecida a la alemana, “Que no sea evitable de otra manera”.

⁵⁵ En la letra c) del art. 27 del CP de Costa Rica también se utiliza una expresión parecida a la alemana, “Que no sea evitable de otra manera”.

⁵⁶ Según algunos autores, la cuestión de la necesidad de la acción salvadora no solo se enriquece a través de consideraciones de exigibilidad, sino que éstas son completadas a través de un examen sobre la proporcionalidad, a través del cual se intenta constatar la existencia de una cierta proporcionalidad entre la gravedad del peligro y el daño que se

lesivo, cuando también se le pueda exigir al sujeto. El hecho realizado en estado de necesidad se presenta como el último medio exigible y a la vez eficaz, del que dispone el amenazado⁵⁷; como la *ultima ratio*. Los medios legítimos tienen preferencia frente a los ilícitos y, dentro de éstos, los ilícitos pero no típicos frente a los típicos. Cuando sea necesario acudir a un medio típico, es exigible acudir a una acción antijurídica de menor entidad. Incluso es exigible que el amenazado soporte el menoscabo de derechos propios, siendo más exigible la adopción del medio menos lesivo aun cuando conlleve el menoscabo de intereses propios, cuanto mayor sea la gravedad de la actuación en estado de necesidad⁵⁸.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, en la Resolución 2010-00852, a las doce horas cinco minutos del nueve de agosto de 2010, en un caso de los conocidos como “tirano de la casa”, interpretó el requisito de si el medio es el menos lesivo con que contaba el autor para evitar el peligro, en los siguientes términos: “Para el caso de mujeres sometidas a violencia doméstica grave, o que ejecutan un ilícito con el fin de evitar un peligro permanente para sus familiares o allegados cercanos, que ha sido generado por una situación de violencia doméstica grave, tal perspectiva no ofrece una solución satisfactoria, porque el criterio de razonabilidad o necesidad (la denominada cláusula de exigibilidad) que se utiliza es definido y delimitado desde un modelo normativo abstracto (el hombre promedio) que tiene una enorme carga androcéntrica. El uso de tal modelo para decidir la existencia o no de un estado de necesidad exculpante, vulneraría el principio de igualdad, en aquel extremo que obliga al trato desigual de lo diferente. Expuesto con otros términos, con el uso de este parámetro, se vuelve imposible o casi imposible para las mujeres, cumplir con el requisito fijado, ya que sus posibilidades de reacción física o psíquica ante una

puede causar a través de la acción salvadora. En este sentido, vid. WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 1999, § 10 Nm. 439.

⁵⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., pág. 482.

⁵⁸ LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 35 Nm. 13 y 13a; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., pág. 482.

situación de peligro son distintas a las de un varón, y a la del “hombre promedio”. Por esa razón, el concepto de necesidad o razonabilidad de la reacción, y con ello, la valoración de si el peligro era o no evitable de otra manera, debe redefinirse desde un parámetro real-concreto. El juicio sobre la necesidad de la acción ilícita cometida y sobre el medio menos lesivo que ha de utilizarse para evitar o contrarrestar el peligro, debe partir del modelo real-concreto de una mujer, del mismo nivel social y educativo de la autora, enfrentada directamente a una situación de violencia doméstica grave o cuyos familiares o allegados más cercanos enfrentan tal situación de peligro permanente. El concepto de razonabilidad y necesidad se redefine así desde las posibilidades reales y concretas que tiene una mujer para enfrentar una situación de peligro para sí o sus familiares o allegados más cercanos. Para el ejemplo del tirano de la casa, se debe considerar, hipotéticamente, que si una mujer del mismo círculo social y con el mismo nivel educativo al de la autora, ubicada en la misma situación de violencia doméstica grave, no hubiera podido evitar tal peligro mediante una acción menos lesiva que el homicidio, entonces deberá concluirse que la autora de tal hecho injusto no tenía otras posibilidades de acción menos severas, para evitar el peligro de un mal grave. En tal supuesto, se debe concluir que se cumple con el requisito de la necesidad y el homicidio típico y antijurídico debería ser exculpado. Exigir otro comportamiento, visto como razonable a partir de lo que podría hacer un hombre promedio, implicaría que, en el caso de las mujeres, el estado de necesidad exculpante se volviera ineficaz para la protección de los bienes jurídicos amenazados por un cuadro de violencia doméstica”.

C. PRINCIPIO DE EXIGIBILIDAD COMO FUNDAMENTO DE ALGUNOS DE LOS REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD: SUPUESTOS DE EXIGIBILIDAD ESPECIAL

Con independencia de la relevancia que se le otorgue al principio de inexigibilidad como fundamento de la eximente de estado de necesidad, en el seno de la doctrina se suele afirmar que el principio de exigibilidad es fundamento

de algunos de los requisitos previstos por el legislador para poder apreciar el estado de necesidad. El principio de exigibilidad serviría en estas ocasiones para delimitar el alcance del estado de necesidad. No obstante, una vez más, no existe acuerdo a la hora de señalar cuáles de los requisitos previstos en el art. 20.5 CP y en qué supuestos estos requisitos responden a la idea de inexigibilidad.

1.- “Que la situación de necesidad no hay sido provocada intencionadamente por el sujeto”⁵⁹

Al ser el sujeto el que ha provocado intencionadamente la situación de necesidad, se altera la normal ponderación de intereses, de manera que en estos casos no hay inexigibilidad, sino que al sujeto se le exige el sacrificio de sus intereses⁶⁰.

2.- “Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”⁶¹

Su fundamento reside en el principio de exigibilidad de la conducta, por lo que nos hallaríamos ante un supuesto de exigibilidad aumentada por encima de

⁵⁹ En la letra b) del art. 27 CP de Costa Rica, se exige este requisito en términos muy parecidos: “b) Que no lo haya provocado voluntariamente”.

⁶⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros, CÓRDOBA RODA, SÁINZ CANTERO O LUZÓN PEÑA.

⁶¹ El último apartado del art. 27 del Código Penal de Costa Rica reza así: “Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo”.

los límites aplicables al hombre medio⁶².

Pero la exigibilidad, además de ser *ratio* de este requisito del estado de necesidad, opera como una importante limitación ulterior: la exigibilidad produce como efecto la restricción del alcance de la obligación de sacrificarse⁶³. Como ejemplo se ofrece el del bombero, quien si bien por su profesión está obligado a sufrir riesgos en su persona antes de atacar a otros sujetos con el fin de salvarse de las llamas, tal deber no le obliga a soportar lesiones o incluso la propia muerte para salvar un patrimonio. No es exigible un deber de inmolación a los profesionales afectados por esta cláusula de exigibilidad.

Dado el paralelismo que existe entre los dos requisitos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 20.5 del Código Penal español, en el art. 27 del Código Penal de Costa Rica y lo dispuesto en el § 35.1.2 StGB⁶⁴, nos parece interesante hacer una breve mención a la interpretación que sobre el fundamento del mismo ha realizado la doctrina germana. La exculpación por estado de necesidad no tiene lugar aun concurriendo los requisitos previstos en el inciso primero del § 35.1 StGB, cuando con arreglo a las circunstancias concurrentes, se le pueda exigir al sujeto que soporte el peligro. El legislador alemán menciona dos supuestos de exigibilidad especial a modo de ejemplo, para ofrecer una clave para la interpretación de la denominada cláusula de exigibilidad⁶⁵: cuando el autor haya causado el peligro inherente al estado de necesidad y cuando el autor se

⁶² CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código...*, cit., pág. 306; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pág. 246.

⁶³ CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código...*, cit., pág. 306.

⁶⁴ “Esto no será de aplicación en tanto que, conforme a las circunstancias, pueda exigirsele al autor que soporte el peligro, en especial porque él mismo ha causado el peligro o porque se encontraba en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede reducirse en virtud del §49.1 cuando el autor haya debido soportar el peligro no en atención a su especial relación jurídica”.

⁶⁵ Se suelen mencionar como otros casos de exigibilidad especial en las que surge el deber de soportar el estado de necesidad, los supuestos en los que es preciso tolerar intervenciones de la autoridad, ajustadas a Derecho en interés de la colectividad, o la existencia de un deber de garante respecto de la víctima; los supuestos de desproporción entre el peligro amenazante y el menoscabo del bien jurídico causado, o estado de necesidad a favor de allegados.

encuentre en una especial relación jurídica. Lo decisivo en cada caso particular para decidir la exclusión de la exculpación, es determinar si la asunción del peligro es exigible en el caso concreto a la vista de las circunstancias especiales concurrentes⁶⁶.

5. 3. CULPABILIDAD

I. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD BASADAS EN EL PRINCIPIO INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Es en la categoría de la culpabilidad donde la inexigibilidad de otra conducta juega el papel más importante y menos cuestionado por la doctrina. Con independencia de cuál sea la postura adoptada para explicar el contenido de la no exigibilidad de otra conducta (tesis del poder actuar de otro modo, tesis prevencionistas, tesis de la anormalidad de la motivación...) y la postura defendida sobre el papel de la inexigibilidad en Derecho Penal, existe acuerdo sobre el protagonismo que la inexigibilidad adquiere en esta categoría del delito. No en vano, la idea de exigibilidad se encuentra íntimamente vinculada a la evolución histórico-dogmática de la culpabilidad, como hemos tenido ocasión de constatar.

Rechazada por la mayoría de los autores españoles la no exigibilidad de otra conducta como causa general de exclusión de la culpabilidad, se admite que la inexigibilidad de otra conducta sirve para la determinar la ausencia de la culpabilidad, al ser fundamento y criterio interpretativo de algunas de las causas que excluyen la culpabilidad previstas en el Código Penal, a la vez que inspira la aplicación analógica de éstas.

⁶⁶ Si bien existe acuerdo en afirmar que la *ratio* de esta cláusula reside en la exigibilidad de soportar en estos casos el peligro, el fundamento último de esta cláusula de exigibilidad difiere, en función de la postura que los autores hayan sustentado en relación con el fundamento del estado de necesidad. Sobre todo ello, vid. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta...*, cit., págs. 116 y ss.

A diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación, que sólo pueden explicarse acudiendo a una pluralidad de puntos de vista, las causas de exculpación pueden reconducirse y fundamentarse en el principio de inexigibilidad de otra conducta.

El principio de inexigibilidad es el fundamento de las conocidas como causas de inexigibilidad, exculpación o incluso como causas de disculpa. Respecto a esta última denominación, debe tenerse presente que en nuestro país no se utiliza este término en el sentido que se utiliza por la mayoría de los autores en Alemania, país en el cual se utiliza esta denominación para denotar una disminución de culpabilidad, sino en el sentido agrupar las causas de exclusión de culpabilidad reconducibles al principio de inexigibilidad bajo la denominación “causas exculpación o disculpa”.

En nuestra opinión la única causa de exculpación de las contempladas en el Código Penal español que responde a la idea de no exigibilidad de otra conducta, es el miedo insuperable.

II. MIEDO INSUPERABLE⁶⁷

El papel que cabe atribuirle en la actualidad a la idea de inexigibilidad de otra conducta en el ámbito de la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 CP), es doble: fundamento de la eximente y criterio de concreción de la cualidad de “insuperable” que ha de revestir el miedo para eximir de responsabilidad criminal. Pasemos a ver cada una de ellas.

La razón de que se exima de responsabilidad penal al sujeto que se encuentra en una situación de miedo insuperable, radica en que cualquier otra persona en su lugar hubiese actuado de la misma forma. Tras la aprobación del nuevo Código Penal, esta es la opinión que sustenta unánimemente la doctrina⁶⁸.

⁶⁷ Art. 20.6 CP español: “El que obre impulsado por miedo insuperable”.

⁶⁸ Vid., entre otros, CUERDAARNAU, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, pág. 80; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pág.

El sujeto actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiere sucumbido, por mucho que siga siendo dueño de su voluntad, de ahí que no le sea exigible otra conducta. Lo decisivo en la eximente de miedo insuperable es que al sujeto, ante la presión del miedo, no se le podía exigir otra conducta distinta de la desarrollada.

Por lo que respecta a la opinión del Tribunal Supremo español sobre el fundamento y la naturaleza de la eximente de miedo insuperable, la doctrina jurisprudencial se ha caracterizado históricamente por su diversidad, al haber sostenido todas las opiniones imaginables sobre la naturaleza de ésta, si bien predominan claramente las resoluciones que, antes y después de la aprobación del nuevo Código Penal, reputan el miedo insuperable como una causa de inimputabilidad, fiel a la interpretación subjetiva del término miedo que realiza⁶⁹.

La conceptualización del miedo insuperable como causa de exclusión de la culpabilidad basada en la inexigibilidad de otra conducta, se ha visto reforzada a raíz de la supresión del requisito de ponderación de males en la regulación del miedo insuperable que se recoge en el art. 20.6 CP. Esta regulación permite que esta eximente se erija en una cláusula de inexigibilidad supletoria o de recogida para aquellas conductas que no quedan justificadas por faltar alguno de los

591. Se ha superado así, la división de opiniones que había venido caracterizando la discusión sobre la naturaleza de esta eximente desde su introducción en la legislación penal española a partir del Código Penal de 1822. Se deja atrás la etapa en la que algunos autores reputaban el miedo insuperable como una causa de justificación, causa de inimputabilidad o una causa de naturaleza de mixta.

⁶⁹ “En efecto como hemos dicho en SSTs. 1530/2004 de 24.7, 340/2005 de 8.3 y , entre otras, la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.

Es quizás en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable” (STS de 10 de marzo de 2011).

elementos exigidos para apreciar la causa de justificación de legítima defensa (casos de exceso intensivo o extensivo) o del estado de necesidad (el mal causado es mayor que el evitado), pero a pesar de ello existan razones para eximir de pena.

La inexigibilidad de otra conducta no solo opera como fundamento de la eximente de nuclear de esta eximente, sino que también desempeña un papel muy importante en el momento de interpretar el requisito que delimita sus contornos: el carácter insuperable del miedo. No todo miedo exime de responsabilidad penal, sino sólo aquel que resulta insuperable.

En coherencia con el fundamento y el concepto de miedo que se defiende, este requisito no debe entenderse en sentido técnico-psicológico, como imposibilidad de vencimiento o apartamiento de un determinado estado emotivo, sino en un sentido normativo, entendiéndolo como inexigibilidad⁷⁰. Lo insuperable no es el conflicto psíquico que desata el miedo sino que lo insuperable es la respuesta al conflicto, respuesta que el ordenamiento se ve obligado a aceptar porque no puede exigirle que se comporte de otra manera.

Aun cuando existe acuerdo en entender el carácter insuperable como inexigibilidad, las opiniones se dividen a la hora de decantarse por el criterio conforme al cual debe concretarse o medirse dicha inexigibilidad. En realidad, el problema del criterio de la insuperabilidad del miedo se reconduce al problema del criterio para determinar la inexigibilidad de otra conducta.

Para salvar las críticas relativas a la excesiva abstracción de la situación individual a la que conduciría el criterio del hombre medio hay que contextualizar dicho criterio con la inclusión de la referencia al hombre medio situado en la posición del autor. Por consiguiente, insuperable será aquel miedo que cualquier hombre medio en la posición del autor no habría logrado vencer. Situar al hombre medio en la posición del autor, implica, como señala MIR PUIG⁷¹, preguntarse si

⁷⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, pág. 628.

⁷¹ *Derecho Penal...*, cit., pág. 611, 24/25.

ese hombre medio hubiera resistido al miedo en el caso de haber tenido la edad, sexo, cultura, experiencia, oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, en una zona en la que se habían producido otros atentados. Por el contrario, no se deberán tener en cuenta las características patológicas del autor, como pudieran ser las neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante determinadas circunstancias, que el hombre normal superaría. El criterio del hombre medio evitaría una excesiva subjetivización, en tanto que la contextualización del mismo en la situación del autor permite no comprometer la función esencialmente individualizadora propia de la culpabilidad.

5.4. PUNIBILIDAD: LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES (ART. 454 CP)⁷²

La naturaleza jurídica de esta exención de responsabilidad criminal, que ya fue controvertida bajo la vigencia del anterior Código, sigue discutiéndose todavía hoy en el seno de nuestra doctrina. Desde SILVELA, se venía considerando que la excepción prevista en el art. 18 ACP era una excusa absolutoria que eliminaba la punibilidad, no afectando a la antijuricidad ni a la culpabilidad, si bien a raíz de la sugerencia de RODRÍGUEZ MUÑOZ, formulada en las notas a la Traducción del Tratado de MEZGER, se afirmó que se trataba de una causa de exclusión de la culpabilidad y, más concretamente, de un reconocimiento del principio de inexigibilidad. A partir de ese momento, las opiniones doctrinales se dividieron⁷³. En tanto que algunos continuaron manteniendo la naturaleza de excusa absolutoria, un sector cada vez más amplio defendía su consideración como una

⁷² “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de 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 número 1 del artículo 451”. Este supuesto del apartado primero se refiere a los casos en los que se auxilie “a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito sin ánimo de lucro propio”.

⁷³ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Encubrimiento entre parientes”, en *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo V, vol. 1*, Madrid, 1985, págs. 343 y 344.

causa de exclusión de la culpabilidad, al estar basada en la no exigibilidad.

En la actualidad se observa un giro hacia el planteamiento originario, puesto que la mayoría de los autores consideran que en el art. 454 CP se contempla una excusa absolutoria, basada en el principio de inexigibilidad de otra conducta. Y esta es la postura que consideramos correcta. El fundamento de la impunidad de la conducta de encubrimiento previsto en este artículo (excluido el que consiste en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen del provecho, producto o precio del delito al que se refiere en el art. 451.1 CP), no es otro que la inexigibilidad de otra conducta a las personas unidas por una relación de parentesco. Fundamento que no debe predeterminar la naturaleza de la exención en él contenida,

Que la inexigibilidad de otra conducta se considere la *ratio legis* de la exención de la pena, no implica que el legislador la haya concebido como una causa de inculpabilidad. Por contra, la consideración de la exención como una excusa absolutoria viene avalada no sólo por su operatividad objetiva y mecánica sin espacio para la función individualizadora del Juez, sino incluso por los términos utilizados por el legislador en el art. 454 CP- “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores...”, que difieren de los utilizados en el art. 20 CP - “Están exentos de responsabilidad criminal”, donde se regulan las causas de inculpabilidad.

Por su parte, la jurisprudencia ha calificado tradicionalmente esta exención como una excusa absolutoria (vid. STS de 25 de enero de 1999), si bien hay algunas sentencias en las que opta por considerarla como una causa de inculpabilidad basada en la inexigibilidad de otra conducta (STS de 5 de junio de 1995).

6. DELITOS DE OMISIÓN

6.1 INTRODUCCIÓN

El papel que se le reconoce a la inexigibilidad en el ámbito de los delitos de omisión es, sin duda, mucho mayor que el que se le reconoce en el ámbito de los delitos de acción. Se admite que existen casos en los que la inexigibilidad desempeña un papel importante: aquellos supuestos en los que la ejecución de una acción pondría en peligro intereses propios relevantes; es decir, aquellos casos en los que la omisión es menos gravosa que la realización de la acción requerida o prohibida. No obstante, no existe unanimidad en el seno de la doctrina sobre su importancia, su fundamento, su ámbito de influencia, etc. Ni cuando se trata de los delitos de omisión propia o pura, ni menos aún cuando se ocupan de la inexigibilidad en el ámbito de los delitos de omisión impropia o delitos de comisión por omisión. Esta polémica trae su causa, en parte, en la conceptualización de la inexigibilidad como un principio general presente en todas las categorías del delito.

6.2. DELITOS DE OMISIÓN PURA

I. INTRODUCCIÓN

Lo único que resulta evidente es que el legislador tan solo ha contemplado expresamente la idea de la exigibilidad (inexigibilidad), en el ámbito de los delitos de omisión pura. Pero incluso en relación con estos delitos, se discute en qué categoría delictiva juega la inexigibilidad su papel.

En la actualidad, la discusión doctrinal se centra en el papel que las cláusulas “...sin riesgo propio ni de terceros” o “sin riesgo propio o ajeno”- expresiones del principio de no exigibilidad de otra conducta-, desempeñan en los delitos de omisión propia en los que han sido incluidas: en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP) y en el de omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución (art. 450 CP), respectivamente.

II. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO (ART. 195 CP)⁷⁴

En el art. 195 CP el legislador limita expresamente el deber de prestar socorro, a aquellos casos en los que pudiere hacerlo sin “riesgo propio o de tercero”⁷⁵. Este límite ha sido entendido mayoritariamente como manifestación del principio de inexigibilidad, desde que NAVARRETE⁷⁶, siguiendo a SCARANO, refirió esta limitación al principio de no exigibilidad de otra conducta. Así lo entiende también nuestro Tribunal Supremo, como se desprende de lo afirmado en la Sentencia de 5 de junio de 1995: “... el principio de “no exigibilidad de otra conducta”... se inserta también en algunos delitos para circunscribir, como elemento negativo, el tipo de injusto (así, “*ad exemplum*”, en los artículos 338 bis – “sin riesgo propio o ajeno”-, 489 bis –“sin riesgo propio ni de tercero”...”.

En cuanto a la naturaleza y ubicación sistemática de esta cláusula, en nuestra opinión, es un elemento que condiciona la propia tipicidad de la conducta, por cuanto que de ella depende la existencia o no del deber penal de auxilio. De manera que cuando concurre un riesgo propio o para tercero, desaparece el deber de prestar socorro a la persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave. No compartimos la postura de quienes estiman que, aun cuando aparece en el tipo, se trata de una cláusula que afecta a la culpabilidad, pues la tipicidad del delito de omisión hace referencia a la “acción esperada”, pero acción esperada no es aún acción exigible jurídicamente⁷⁷. Además, su consideración como elemento del tipo nos permite alcanzar las consecuencias político-criminales más aceptables en materia de error y de participación, como tendremos ocasión de

⁷⁴ Art. 195.1 CP: “El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”.

⁷⁵ El legislador penal costarricense en el art. 144 limita la obligación de auxilio a “cuando pueda hacerlo sin riesgo personal”.

⁷⁶ “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del art. 489 bis del Código Penal”, *RFDUC* 1959, pág. 428, n.p.p. 28.

⁷⁷ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 245.

constatar con posterioridad.

Si bien el legislador exige que la persona desamparada se halle en peligro manifiesto y grave, no adjetiva, en cambio, el riesgo propio o de tercero que hace desaparecer el deber de actuar. El silencio legal debe ser interpretado en el sentido de que no basta cualquier riesgo insignificante para los bienes jurídicos eminentemente personales del sujeto que debe prestar el auxilio para considerar excluido dicho deber, sino en el sentido de que entre el riesgo relevante y el peligro de la persona desamparada debe existir una adecuada relación, no en el sentido de la ponderación de bienes, sino únicamente como exigencia de una adecuada proporción. Y así parece entenderlo también el Tribunal Supremo español al interpretar el riesgo como “equivalente a peligro personal o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que suponga la prestación de socorro” (SSTS de 26 de septiembre de 1990 y 20 de mayo de 1994). Esta proporcionalidad se entiende tanto en sentido cuantitativo, según la gravedad del riesgo, como en sentido cualitativo, en atención a los bienes jurídicos en juego.

Cuestión diversa es si a los obligados del artículo 195.3 CP⁷⁸ se les puede exigir la asunción de un nivel mayor de “riesgos propios” en la prestación del auxilio, que el exigible a los meros obligados solidarios. Como ha apuntado un sector de la doctrina, la causación del accidente deberá ser un elemento a tener en cuenta en la ponderación que se debe realizar entre el peligro que corre el desamparado y el riesgo propio del sujeto ha causado el accidente⁷⁹. Por consiguiente, sobre él recae un deber más intenso que el exigible al mero tercero solidario⁸⁰.

⁷⁸ “Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a dieciocho meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

⁷⁹ En este sentido se ha manifestado, entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pág. 216.

⁸⁰ Así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de octubre de 1993, en los siguientes términos: “...Todos tenían obligación de acudir en auxilio de quien así lo necesitaba por encontrarse el herido en el suelo después del atropello...pero más que ningún otro, estaba obligado a auxiliar quien había sido causa

La necesaria proporcionalidad cualitativa que debe existir entre el peligro que corre el necesitado de asistencia y el que entrañaría para el autor de la prestación de socorro, nos conduce, ante la parquedad e imprecisión de la fórmula legal, a la necesidad de determinar los bienes jurídicos a los que se refiere el requisito legal de la ausencia de riesgo propio o de tercero.

Una interpretación teleológica de la cláusula “sin riesgo propio”, nos conduce a entender la expresión “riesgo propio” como “riesgo personal”, de donde se deduce que por riesgo propio o de tercero debe entenderse peligro para los bienes jurídicos considerados eminentemente personales, es decir, para la vida, la integridad personal, la libertad o libertad sexual, quedando excluidos los peligros para otros bienes jurídicos, como el patrimonio o el honor.

En relación con la cuestión de si puede considerarse “riesgo propio” el peligro de ser perseguido penalmente por un delito, ya sea por la causación del accidente ya por otro delito cualquiera cometido con anterioridad por el sujeto, y, por ende, considerar la prestación de auxilio inexigible, la doctrina niega mayoritariamente esta posibilidad si bien creemos que se debe llevar a cabo en cada caso concreto una valoración. En ésta se deberán tener presentes, como ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ⁸¹, en primer término, la intensidad de los deberes y, en segundo término, otros extremos como pudieran ser la gravedad del peligro que amenaza a la víctima que debe ser socorrida; las posibilidades de las que dispone efectivamente el sujeto para eliminar o reducir ese peligro; la mayor o menor intensidad del riesgo de ser detenido; la gravedad de la pena que se impondría al sujeto por todos los delitos por los que fuese enjuiciado...El Tribunal Supremo, sin embargo, sostiene que el peligro de ser descubierto y tener que afrontar las propias responsabilidades, no se puede computar como riesgo que

del accidente (y en grado superior aún por haberlo sido como consecuencia de un comportamiento imprudente, incluso temerario)”.
⁸¹ “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro. (Comentarios a la STS de 27 de abril de 1987)”, *ADPCP* 1988, págs. 562 y ss.

excluye el deber de socorro⁸².

III. OMISIÓN DEL DEBER DE INTERVENIR PARA IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS (ART. 450 CP)⁸³

En el delito de omisión del deber de intervenir para impedir la comisión de determinados delitos, el legislador vincula expresamente el deber de intervención a que éste no implique un “riesgo propio o ajeno”. Esta limitación, interpretada tradicionalmente como manifestación del principio de inexigibilidad, ha provocado una división de opiniones doctrinales sobre el engarce sistemático que dicha cláusula debe tener en el sistema del delito.

Quienes interpretamos esta cláusula como un elemento del tipo, entendemos que quien en tales circunstancias no realiza la acción típica, no actúa en el sentido previsto en el tipo omisivo. Por su parte, quienes consideran que se ubica en el ámbito de la culpabilidad, defienden que este deber subsiste aun cuando su cumplimiento pueda implicar riesgo propio o ajeno, en cuyo caso se podría apreciar una causa de exclusión de la culpabilidad basada en la inexigibilidad, como la eximente completa o incompleta de miedo insuperable⁸⁴

En cuanto a la entidad del riesgo vale lo mismo que lo afirmado para la cláusula “sin riesgo propio o de tercero”.

⁸² En la Sentencia de 25 de octubre de 1993, encontramos la siguiente afirmación: “...el impedimento u obstáculo del cual se deriva ese peligro propio o de tercero ha de ser de naturaleza material, no de naturaleza jurídica, es decir, dicho impedimento u obstáculo ha de ser tal que por razones de orden físico, tangibles, perceptibles por los sentidos no fuera posible prestar el auxilio, porque de hacerse así habría riesgo de producirse un daño de tales características, lo que no sucede cuando ese perjuicio consistiera en que, por permanecer en el lugar y prestar el auxilio debido, fuera identificado el autor de una infracción y pudiera ser sancionado como tal”.

⁸³ Art. 450.1 CP: “El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél”.

⁸⁴ Entre otros, GONZÁLEZ RUS, en *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1997, pág. 475.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA UBICACIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN PURA

La ubicación de la cláusula de inexigibilidad en los delitos de omisión pura, no es una mera cuestión de sistemática interna, sino que influye en el ámbito de punición de las conductas de los artículos 195 y 450 CP. Incluso se ha afirmado que es uno de los pocos casos “en los cuales el cambio de la ubicación sistemática conduce a un cambio en los resultados jurídico penales”⁸⁵. Las principales consecuencias se observan en materia de error y de participación, motivo por el cual pasamos a considerarlas brevemente.

A) EN MATERIA DE ERROR

El tratamiento de los supuestos en los que el sujeto omita la acción por un error sobre las circunstancias cuya presencia la harían exigible, variaría según la postura que se adopte en relación con la ubicación de la inexigibilidad:

a) Si es un elemento que limita la tipicidad, el sujeto que actúa en estas condiciones actuaría bajo un error sobre un elemento del tipo, que en virtud de lo dispuesto en el art. 14.1 del Código Penal español excluiría la responsabilidad criminal; y en aquellos otros casos en los que el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente.

b) En el caso de que se opte por ubicar la cláusula de inexigibilidad en el elemento de la culpabilidad, al no constituir el error sobre aquella ni un error de tipo ni un error de prohibición, y a falta de una regulación expresa, se origina una particular situación que ha sido tratada por un número muy reducido de autores. Los escasos autores que se han pronunciado sobre la cuestión en relación con los delitos de omisión pura, abogan por la aplicación analógica de las reglas del

⁸⁵ NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 2ª Auf., Frankfurt am Main, 1977, pág. 261.

error de prohibición⁸⁶.

Debemos subrayar que los partidarios de la ubicación de la inexigibilidad en la culpabilidad, no ofrecen ningún argumento convincente para justificar por qué el error vencible sobre la exigibilidad de la conducta ha de recibir un tratamiento diferente al error vencible sobre la necesidad de la acción. Es decir, por qué el sujeto que yerre de forma vencible sobre las circunstancias que limitan la exigibilidad de la conducta, ha de ser tratado de forma distinta a aquel sujeto que yerre de forma vencible sobre las circunstancias que excluyen la necesidad de la acción; por qué el primero ha de responder por dolo, y el segundo no.

2) EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

Aun cuando las características de los delitos de omisión propia hacen difícil la participación, debido a que todos los sujetos que en un momento determinado tengan el deber de actuar son autores, son imaginables casos en los que por afectar a unos sujetos y a otros no, la posibilidad de prestar el auxilio o impedir la comisión de determinados delitos, sea posible tratarlos como supuestos de inducción o de complicidad.

Admitida la viabilidad de la participación en los delitos de omisión pura, hay que tener presente que la punición de los partícipes depende de la ubicación sistemática de la cláusula de inexigibilidad que se defienda. Para los defensores de la solución del tipo, si el potencial auxiliador decide, inducido por un tercero, omitir un auxilio que en atención a las circunstancias concurrentes le es inexigible, la conducta del inductor no será punible; por el contrario, para los partidarios la solución de la culpabilidad el tercero podrá ser castigado como partícipe, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, puesto que basta con

⁸⁶ En este sentido se han pronunciado FRELLESEN, *Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, cit., pág. 210; y FISCHER, en *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49^a Auf., München, 1999, § 323 c Nm. 10.

que la conducta del omitente sea antijurídica sin ser necesario que el autor sea además culpable. El partícipe no puede alegar que la conducta del autor no era exigible para quedar impune.

6.3. DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

I. UBICACIÓN Y NATURALEZA

Una vez más, la polémica sobre el papel de la exigibilidad se reproduce en sede de los delitos de omisión, pero esta vez en relación con los delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia. Esta discusión ha tenido lugar con especial intensidad en el seno de la doctrina alemana, habiendo sido alimentada en parte, por el recurso de la jurisprudencia a la inexigibilidad como principio general de limitación del deber de garante. Lo cierto es que frente a la postura minoritaria de quienes niegan un papel específico a la inexigibilidad en estos delitos, la mayoría de la doctrina reconoce que en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, a diferencia de lo que ocurre en los delitos comisivos, la inexigibilidad limita con carácter general la punibilidad, al ser considerablemente patentes las diferencias entre los hechos omisivos y los comisivos. No obstante, entre quienes reconocen un papel importante a la inexigibilidad en este marco existen discrepancias, defendiéndose por unos que la exigibilidad limita el deber de actuar, y que por lo tanto se trata de un problema de tipicidad⁸⁷; y, por otros, en mayor número que cuando se trata de los delitos de omisión pura, que excluye la culpabilidad⁸⁸.

Lo cierto es que en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, la

⁸⁷ Entre otros, HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit...", en *Festschrift für Mezger...*, cit., pág. 280; STREE, "Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten", en *Festschrift für Lenckner zum 70 Geburtstag*, München, 1998, cit., págs. 401 y 402.

⁸⁸ Vid., WELZEL, "Zur Problematik der Unterlassungsdelikte", *JZ* 1958, pág. 496; EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen...*, cit., pág. 115 y ss.; KÜHL en LACKNER/KÜHL, *Strafgesetze mit Erläuterungen*, 23ª Auf., München, § 13 Nm. 5.

inexigibilidad de otra conducta juega un papel más importante que en el ámbito de los delitos de acción, al ser patentes las diferencias entre ambos tipos de delitos, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio: "...debemos hacer notar que los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da a lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción. Desde esta perspectiva deben precisarse enjuiciarse las concretas acciones exigidas a quienes se imputa el cumplimiento de sus deberes de garante. Es decir, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar si la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa – especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia- es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante"⁸⁹.

Como en su día pusiera de manifiesto HENKEL, la utilización del concepto de exigibilidad en Derecho Penal resulta apropiada siempre que sea necesario proceder a una delimitación de deberes jurídico-penales. Por lo que respecta a los delitos de comisión por omisión, el principio de exigibilidad sirve para determinar el deber de evitar el resultado. En nuestra opinión, la inexigibilidad de otra conducta

⁸⁹ A través de esta Sentencia el Tribunal Constitucional anuló la condena por homicidio impuesta a unos padres que se opusieron a una transfusión de sangre para su hijo por motivos religiosos. Los datos esenciales en los que se basaba esta condena son, resumidamente, los siguientes: a) la persona por cuya muerte se condena a los demandantes en amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; b) la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del CP de 199); c) la conducta omitida consistía bien una acción de los padres dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; d), en último lugar, la causa de los padres (propriamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigo de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios. En su fallo, el Alto Tribunal declara que a los recurrentes en amparo (los padres del menor) se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa contemplado en el art. 1.1 CE, anulando las Sentencias del Tribunal Supremo que declaraban a los padres autores de un homicidio en comisión por omisión.

opera como principio general que limita el deber del garante, y así parece haberlo reconocido por primera vez el Tribunal Constitucional español en la anteriormente citada Sentencia 154/2002: "...la expresada exigencia a los padres de una acción suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas...va 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" (FJ 15).

La inexigibilidad excluye la tipicidad, al constituir la exigibilidad un límite del deber de protección del bien jurídico puesto en peligro que le corresponde al garante. Desde el punto de vista jurídico, carecen de sentido tanto las conductas inexigibles como las conductas inútiles. Siempre que atendiendo a las circunstancias concretas del caso una conducta aparezca como inexigible, el sujeto no estará obligado a evitar el resultado, 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 exigible.

Quienes en el seno de la doctrina alemana se decantan por la solución de la ubicación de la inexigibilidad en la categoría de la culpabilidad, consideran que esta solución viene avalada por el hecho de que a través del aspecto de la inexigibilidad se tiene en cuenta la presión de la motivación, la cual no afecta al deber jurídico del sujeto, sino que, al igual que ocurre en los delitos comisivos, conduce a negar la reprochabilidad de la conducta. Se trata de que a los obligados no se les puede exigir sacrificar intereses de menor valor cercanos a él, con el fin de ejecutar la acción debida. También se alega que puesto que en el § 13 StGB el legislador ha contemplado una equiparación entre la omisión y la acción, la inexigibilidad debe ser tratada en sede distinta a donde se hace en el § 323 c StGB,

de manera que en los delitos de comisión por omisión se debe plantear en el ámbito de la culpabilidad. Lo cierto que esta opinión no fundamenta su postura ni ofrece argumentos convincentes, y además conduce a unas consecuencias prácticas rechazables en materia de error y participación.

II. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA UBICACIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

La ubicación de la inexigibilidad de otra conducta tiene una vez más, consecuencias prácticas en materia de error y de participación. Consecuencias que incluso se utilizan como argumentos para decantarse por la solución de la tipicidad frente a la culpabilidad⁹⁰.

A) EN MATERIA DE ERROR

El tratamiento de los supuestos en los que el que estando obligado a actuar omite la acción por un error sobre las circunstancias cuya presencia harían exigible la acción, variaría según la postura que se adopte en relación con la ubicación de la inexigibilidad:

a) Si es un elemento que limita la tipicidad, el sujeto que actúa en estas condiciones actuaría bajo un error sobre un elemento del tipo, que en virtud de lo dispuesto en el art. 14.1 del Código Penal español excluiría la responsabilidad criminal; y en aquellos otros casos en los que el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor fuera vencible, la infracción

⁹⁰ STREE, “Unzumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten”, en *Festschrift für Lenckner...*, cit., págs. 393 y ss.

será castigada, en su caso, como imprudente.

b) Si por el contrario se sostiene que limita la culpabilidad, el hecho de tratarse de una causa de exclusión de la culpabilidad no reconocida legalmente, agravado por el hecho de la falta de una regulación legal expresa sobre este error *sui generis*, provoca que las soluciones sean divergentes. La mayoría de la doctrina suele mostrarse de acuerdo en considerar que el error sobre la existencia de una causa de exculpación no reconocida legalmente así como el error sobre sus límites es irrelevante, puesto que es exclusivamente al legislador a quien le corresponde decidir en qué casos puede dejar de formularse el reproche de culpabilidad, en atención a la disminución esencial del contenido de injusto y culpabilidad del hecho⁹¹.

Mayores son las dudas que se plantean a la hora de decidir el tratamiento que debe recibir el error sobre los presupuestos de una causa de exculpación no prevista legalmente. Si bien existe acuerdo en el seno de la doctrina española⁹² en afirmar que el error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de inexigibilidad excluye la responsabilidad por inexigibilidad de otra conducta, es objeto de polémica el tratamiento que deba recibir el error vencible. En concreto, si frente al error vencible procede imponer la pena del delito doloso atenuada - solución del dolo- o la pena correspondiente al delito imprudente, aun cuando no se discuta la presencia del dolo, -solución de la culpa-, o incluso si deben negarse efectos a este error, como ha venido considerando tradicionalmente nuestra jurisprudencia en los casos de suposición errónea del mal amenazante en el miedo insuperable.

c) Más disparidad en los resultados, y por ello más difícil de explicar el distinto tratamiento a la misma clase de error, se deriva de la postura quienes si

⁹¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pág. 629.

⁹² En el seno de la doctrina germana, la mayoría de los autores se muestran a favor de la aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado II del § 35 StGB, apartado en el que se regula el tratamiento del error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante. Vid., entre otros, HARDTUNG, "Die Irrtum über die Schuld", *ZStW* 108 (1996), pág. 49; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 16 Nm. 32.

bien admiten que la inexigibilidad limita la tipicidad del delito omisión del deber de socorro, en los delitos de comisión por omisión, por el contrario, actúa en el ámbito de la culpabilidad. En tanto que en el primer caso el error vencible sobre las circunstancias que excluyen la exigibilidad excluye el dolo; tratándose de delitos de comisión por omisión dicho error no excluye el dolo⁹³.

B) EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

Si ya dijimos que los delitos de omisión poseen unas características que hacen difícil la participación, esta dificultad es mayor aún cuando se trata de los delitos de comisión por omisión, al tratarse de delitos especiales propios. En éstos, la esfera de sujetos activos viene circunscrita por la necesidad de que ostente la condición de garante, lo que quiere decir que si el supuesto participe también ocupa una posición de garante será igualmente autor. Si no ocupa esta posición de garante, la doctrina considera que no hay inconveniente para admitir la posibilidad de participación activa en un delito de comisión por omisión, ya sea induciendo a quien tiene la posición de garante o colaborando con él en la comisión del delito. En cuanto a la posible admisión de la participación omisiva en un delito de comisión por omisión, la inducción queda descartada a la vista de la configuración de esta forma de participar, sin que exista inconveniente alguno para la admisión de la complicidad por omisión en este tipo de delitos por parte de *extraneus*. No obstante, lo cierto es que en la mayor parte de estos supuestos de participación omisiva el sujeto que no ostenta la posición de garante cometerá un delito de omisión del deber de socorro previsto en el art. 195 CP, o un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos tipificados en el art.450 CP.

Como ya pusimos de manifiesto en relación con los delitos de omisión propia, la diversa ubicación de la inexigibilidad implica que el ámbito de punibilidad de los comportamientos de participación sea muy diverso. Si la inexigibilidad

⁹³ Cfr. WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., § 739.

excluye la tipicidad, en virtud de la teoría de la accesoriedad limitada los partícipes en el delito de comisión por omisión no serían punibles; por el contrario, si la inexigibilidad lo que excluye es la culpabilidad, la conducta del partícipe sí sería punible⁹⁴.

Esta diferencia del ámbito de punición de los partícipes según la postura que se adopte en relación con la ubicación de la inexigibilidad, se hace aún más patente en los casos en los que se defienden distintas soluciones (tipicidad o culpabilidad) según se trate de los delitos de omisión pura o de delitos de comisión por omisión, sin que exista justificación material alguna para justificar dicha diversidad. Por qué en los casos de inexigibilidad de otra conducta la participación en un delito de comisión por omisión es punible, en tanto que la participación en un delito de omisión del deber de socorro no lo es. Por qué quien induce al garante a no realizar una acción que permita evitar el resultado en casos de inexigibilidad es punible, en tanto que el inductor quedaría impune en caso de inducir a la omisión del deber de auxilio en el supuesto del art. 195 CP.

⁹⁴ En opinión de STREE, "Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten", en *Festschrift für Lenckner...*, cit., pág. 394, esta circunstancia podría ser tenida en cuenta a la hora de graduar la pena.