de los insuficientes medios propios, pero que no se ha buscado precisamente porque se consideraba segura y plena la protección ofrecida por el garante presente. Entonces el desblindamiento significa aumentar de golpe el nivel de desprotección al haberse excluido la de otros posibles protectores, y por ello aumentar y descontrolar de pronto decisivamente el peligro que pueda atacar a ese bien jurídico: ese desblindamiento equivale a los casos de interrupción o frustración activa de cursos causales salvadores ajenos, que es delito comisivo según opinión dominante[58].

Así, p. ej., sucede con el guardia o vigilante de seguridad nocturno de un establecimiento o local, que cuenta además con sistema de alarma conectada a la policía, si incumpliendo su función, que normativamente se da por seguro que desempeña, no avisa inmediatamente a la policía ante la entrada de unos ladrones en el local, y por ello crea riesgo, en este caso no de realizar el tipo del robo, sino de cooperación: de facilitar la realización del tipo del robo a los ladrones. Dicho criterio se puede aplicar también, p. ej., al director de banco que asesora habitualmente a clientes en sus inversiones en productos financieros, compraventas de acciones, etc., si en un caso no les advierte sino que les oculta los grandes riesgos de una operación y hay por ello estafa en comisión por omisión. Los clientes parten con razón de la base de que ese director los va a proteger de riesgos excesivos o vicios ocultos de una operación como hace siempre, y como suelen hacer habitualmente los directores de bancos; por tanto, si de pronto en una ocasión éstos ocultan vicios o riesgos tremendos y ello hace confiar al cliente en suscribir una operación segura, están desprotegiendo de golpe a un cliente que hasta ese momento se podía considerar blindado o seguro frente a riesgos patrimoniales. Ello será tanto más evidente cuanto menor sea el nivel de conocimientos económicos del cliente, pues en ese caso podría aceptarse una situación de total vulnerabilidad y desamparo suyo, que se sumaría a la función de protección muy específica del director del banco.

Pero, a la inversa, ello significa que *no habrá comisión por omisión si* no actúa, o no actúa a tiempo y eficazmente, un garante protector (contratado, institucional o que asume por propia iniciativa esa función), cuya presencia supone ciertamente *una protección* para los bienes jurídicos, *pero no representa un blindaje o protección segura y completa frente a peligros*, p. ej. la presencia de algún vigilante salvavidas en la playa frente al riesgo de ahogarse o la existencia de un parque de bomberos en otro barrio del municipio que pudieran hacer frente a los peligros de un incendio ya comenzado. En tal caso, si la posible víctima o víctimas no acuden a otros garantes para completar y tener una protección totalmente eficaz, es que *se conforman con una protección parcial, así que la presencia del primer protector no ha excluido la posibilidad de que se recurriera a otros.* Por tanto, puesto que en caso de producirse un riesgo no se da normativamente por hecho que los bienes jurídicos están totalmente seguros y blindados frente al peligro, y éste no se da por controlado frente a ese bien o bienes –en los ejemplos citados no se da por seguro que el salvavidas de la playa va a salvar a tiempo al bañista que se empieza a ahogar, o que los bomberos podrán llegar a tiempo y salvar a las personas apresadas en el incendio del edificio–, no comete dolosa o imprudentemente por omisión homicidio o lesiones graves ese garante protector que no actúa dolosa o imprudentemente (el vigilante de la playa que no se lanza a tiempo a salvar al bañista que se ahoga o el personal de bomberos que pudiendo no llega a tiempo para salvar a una persona atrapada en el incendio)[59]. Esos sujetos, además de incurrir en responsabilidad disciplinaria, responderán en caso de dolo en su no intervención o bien por omisión de socorro, que debería estar legalmente agravada por tratarse de garantes, o bien, si se optara por otro modelo legislativo como el que permite el StGB alemán, por el correspondiente delito de resultado lesivo, pero aplicando en todo caso la atenuación que el § 13, ap. 2, StGB prevé únicamente como facultativa[60].

[58] Con diversas fundamentaciones entre otros, ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 28; RUDOLPHI, *SK*, 4ª ed., 1984, antes del § 1, 43; SAMSON, *FS-Welzel*, 1974, p. 596.

4. DEDICATORIA

Santiago Mir Puig es para mí no sólo el más importante de los penalistas españoles y mi queridísimo amigo entrañable. He tenido el privilegio, desde que nos conocimos en el Friburgo alemán hace nada menos que cuarenta y cinco años, de disfrutar de su excepcional inteligencia en nuestras conversaciones, a veces interminables, y sobre todo de su permanente e inquebrantable lealtad, apoyo y cariño. Y de él he recibido un último regalo y privilegio: el de ser, junto con Agustín Jorge Barreiro, el amigo al que dedica su obra magna, su *Parte General*, en pie de igualdad con su familia íntima y sus discípulos. Quien quiera conocer en detalle los hitos más importantes de nuestra vida en común y los sentimientos que albergo hacia Santiago Mir puede adentrarse en mi *Laudatio* con motivo de su investidura en 2008 como Dr. *Honoris Causa* por mi Universidad de Alcalá y en mi prólogo al *Libro Homenaje* que en 2010 le dedicamos con motivo de ese doctorado *honoris causa*, y a ellos remito[61]. Pero en este momento quiero añadir algo más: precisamente desde mediados de aquel año 2010 Santiago Mir ha venido padeciendo una muy grave y dura enfermedad y luchando denodadamente contra ella, por fortuna con bastante eficacia. Por eso siento la más profunda admiración por su entereza y valentía y la mayor alegría al comprobar que van pasando años y años y él sigue ganando la batalla.

Ahora que le vamos a ofrecer este nuevo *Libro Homenaje* con motivo de su 70º aniversario, el 7 de diciembre de este año 2017, por todo lo que acabo de explicar he elegido, para dedicarle a Santiago Mir, un trabajo sobre la comisión por omisión que considero una de mis aportaciones más importantes, en la que he desarrollado, perfilado y completado sustancialmente el criterio normativo de equivalencia de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma que había apuntado mucho tiempo atrás; aunque por las limitaciones de espacio inherentes a esta obra colectiva, este artículo se tiene que conformar con un esbozo de las tesis principales[62]. Felizmente podré completar este público testimonio de la mayor admiración y afecto en diciembre, dado que en las previstas Jornadas en la Universidad de Barcelona para homenajearlo y hacerle

[59] Para más ejemplos, cfr. LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 31/135 y ss., 145.

[60] Sobre los posibles sistemas de agravación de la pena para las omisiones puras o propias de garante, es decir omisiones que pese a ser de un garante no llegan a constituir comisión por omisión, y las ventajas e inconvenientes de cada sistema, cfr. LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 31/152-155.

[61] Cfr. mi *Laudatio* en el acto de investidura del Doctorado y mi Prólogo en LUZÓN PEÑA (dir.), *DP del Estado social y democrático de Derecho.* LH a Santiago Mir Puig. Por su doctorado *honoris causa* en la Universidad de Alcalá, Madrid, 2010, pp. 41 y ss., 27 y ss.

[62] En mi *PG*, 3ª ed., 2016, 31/1 y ss., y en mi más completo artículo de *Libertas* 6 2017, 145 y ss., he podido desarrollar mucho más ampliamente la problemática de la comisión por omisión, y en PG,

solemne entrega de este *LH-Mir* los organizadores, sus discípulos más destacados, me hacen el honor de que sea yo quien pronuncie la conferencia final. Ese día le daré el abrazo más emocionado.

31/9 y ss., 75 y ss., y *Libertas* 6, 2017, 155 y ss., 205 y ss., especialmente las cuestiones abordadas en este artículo, pero en el manual casi sin notas, por ir destinado prioritariamente a estudiantes, mientras que el presente artículo sí cuenta con la correspondiente justificación mediante notas, aun más amplias en el cit. artículo de Libertas 6, 2017; la versión más completa aparecerá finalmente en mi *Tratado* en preparación.

¿NECESITAN UN MÓVIL DISCRIMINATORIO LAS AGRAVANTES DE SEXO/GÉNERO DEL ART. 22.4 CP?

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU *

Mientras permanece confusa y dividida la teoría y la práctica acerca de la exigencia de especiales elementos subjetivos constitutivos de los delitos de violencia contra las mujeres creados por la ley 1/2004, el legislador español ha decidido introducir las "razones de género" como una agravante genérica de discriminación potencialmente aplicable a un mayor número de delitos. Es verdad que, en ese mismo contexto del art. 22.4 CP, ya existía desde 1995 "el sexo" como motivo discriminatorio, pero lo cierto es que muy pocos habían reparado en él y la jurisprudencia lo había ignorado con escasas excepciones. Ahora se impone un esfuerzo por elaborar algún patrón interpretativo fiable que nos permita alejarnos de la inquietante experiencia a que nos han conducido los prejuicios ideológicos de muchos jueces y juezas que se han arriesgado a entrar en el mundo íntimo de los pensamientos y las motivaciones para resolver arbitrariamente situaciones que escapaban a su decidido afán por garantizar un trato punitivo igual para los sexos.

Es sabido que el origen de esa polémica necesidad de requerir un "elemento subjetivo finalístico" en los tipos penales de maltrato (art. 153 CP), amenazas (art. 171.4 CP) y coacciones leves (art. 172.2 CP) se sitúa en algunos de los votos particulares que se hicieron a la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 14 de mayo, por más que unos años antes algunos tribunales y el propio Consejo General del Poder Judicial ya hubieran patrocinado la exigencia de constatar el móvil machista del hombre para que pudieran darse los delitos de violencia de género [1]. Frente a la posición "objetivista" de la sentencia constitucional que, en todo momento, justificó el trato desigual que el derecho penal otorgaba a las agresiones del varón respecto de las de la mujer en argumentos relacionados con el significado social de esa violencia, su mayor lesividad o la insuficiente protección que las mujeres tenían frente a ella y frente a su altísima frecuencia en el contexto relacional de la pareja [2], los magistrados discrepantes demandaron una interpretación conforme al "espíritu y finalidad de la norma" que, a su juicio, exigía comprobar en cada caso concreto que la violencia ejercida por el hombre fuera una manifestación de discriminación, desigualdad o relación de poder con la mujer pareja, para adecuarse a los términos con que el art. 1 de la ley 1/2004 definía la violencia de

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Granada.

[1] Cfr. ROIG TORRES, "La delimitación de la 'violencia de género': un concepto espinoso, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 277.

[2] Véanse Fundamentos Jurídicos nº 7 y ss. (BOE nº 135 de 4 de junio de 2008, pp. 26 y ss.).

Jesús-María Silva Sánchez - Joan Josep Queralt Jiménez
Mirentxu Corcoy Bidasolo - Mª Teresa Castiñeira Palou
Coordinadores

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Homenaje al profesor
Santiago Mir Puig

editorial BdeF
Montevideo - Buenos Aires

2017
Julio César Faira - Editor