

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO. Comentario de la sentencia 26/1998, de dieciséis de enero, de la Sala Segunda del TS.

Eduardo Ramón Ribas

Sumario: 1. Introducción: hechos enjuiciados. 2. La Ley penal aplicable. 3. Autoría y participación en los delitos imprudentes. 4. El delito de omisión del deber de impedir delitos. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: HECHOS ENJUICIADOS

El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Barcelona incoó Diligencias Previas con el número 3166/1992 contra Miguel B. T. y Gabriel S. A. y, una vez concluidas, las remitió a la Audiencia Provincial de la citada Capital que, con fecha 6 de marzo de 1997, dictó sentencia que contiene los siguientes *Hechos Probados*:

“Se declara probado que sobre las 22.40 horas del día 19 de septiembre de 1992, los acusados Miguel B.T. y Gabriel S.A., mayores de edad y sin antecedentes penales, funcionarios de la Guardia Urbana de Barcelona con documentos números (.....) y (.....) respectivamente, cuando estaban prestando servicio de patrulla en la calle Aragón en la confluencia con la calle Nápoles de Barcelona, iniciaron la persecución del Opel Corsa B-9193-IZ que conducía José María A. D. quien momentos antes lo había sustraído en un aparcamiento de la calle Ausiàs March de esta localidad. En su huida, José María A. condujo el automóvil por la calle Nápoles en dirección contraria y se introdujo en el garaje público de los números 208 y 214 de la referida calle. Los agentes acusados cruzaron su coche intentando bloquear la salida del aparcamiento y continuaron la persecución de José María A. a pie. **Una vez en el interior del aparcamiento, Miguel B. y Gabriel S. hicieron un total de 11 disparos con intención de detener al conductor del vehículo; dos de estos disparos fueron intimidatorios y el resto los hicieron apuntando a las ruedas del coche, errando los tiros de tal forma que sólo acertaron en tres ocasiones al vehículo. Como consecuencia de los disparos, José María A. fue alcanzado por las balas en el brazo izquierdo y en la mano derecha, causándole lesiones que le tuvieron impedido para sus ocupaciones durante 30 días y que precisaron para su sanidad tratamiento médico**”.

En el *Fallo* de la sentencia, la Audiencia absuelve a los acusados del *delito de imprudencia grave con resultado de lesiones* por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, quienes, en desacuerdo con ello, interpusieron sendos recursos de casación alegando, primero, la indebida aplicación del artículo 8.11 del antiguo Código Penal, esto es, de la exigente de *obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*, y, segundo, la indebida

inaplicación del artículo 565.1¹, en relación con los artículos 420² y 421.1³, del citado texto legal, que hoy guardan correspondencia, una vez suprimida la cláusula genérica que permitía el castigo de los hechos culposos, con el artículo 152⁴, en relación con el 147.1⁵, del actual Código Penal (delito de lesiones imprudentes)⁶.

El Tribunal Supremo estimó los dos motivos de casación y dictó segunda sentencia en la que declaró los hechos probados legalmente constitutivos de “*un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 párrafo primero con resultado de lesiones de los artículos 420 y 421.1º del Código Penal de 1973*”, considerando responsables de dicho delito, en concepto de autor, a los dos acusados.

2. LEY PENAL APLICABLE

Aunque los hechos juzgados tuvieron lugar en septiembre de 1992, la Audiencia Provincial de Barcelona y, posteriormente, el Tribunal Supremo, adoptan sus respectivos fallos bajo la vigencia del Código Penal de 1995, por lo que nos encontramos ante un supuesto de sucesión de leyes que debería haber provocado, de estimarse más beneficiosa la última de ellas, la aplicación del artículo 152 del nuevo texto penal. En él se prevé la imposición de una pena de siete a veinticuatro arrestos de fin de semana, mientras la pena imponible de conformidad con lo establecido en el artículo 565.1 del CP de 1973 era de dos mes y un día de arresto mayor a dos años y cuatro meses de prisión menor⁷, pena, por tanto⁸, sensiblemente superior a la prevista en el artículo 152. No obs-

¹ Art. 565.1 ACP.- *El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.*

² Art. 420 ACP.- *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.*

No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.

³ Art. 421.1 ACP.- *Las lesiones del artículo anterior serán castigadas con las penas de prisión menor en sus grados medio a máximo:*

1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción.

⁴ Art. 152.1.1º NCP.- *El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:*

(...)

2º Con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.

⁵ Art. 147.1.- *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

⁶ En realidad, la acusación particular considera, en el recurso de casación interpuesto, que las lesiones causadas son dolosas y no, como sostiene en cambio el Ministerio Fiscal, imprudentes.

⁷ Si bien el artículo 565.1 establecía que la comisión de un delito imprudente debía castigarse con la pena de prisión menor (seis meses y un día a seis años de prisión), el penúltimo párrafo de aquella disposición excepcionaba lo dispuesto en primer lugar al preceptuar que “*cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, ... los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente*”, esto es, y dado que el artículo 420 preveía la

tante, este último prevé, en su número 2, y para el caso de que los hechos se cometan con arma de fuego, la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a tres años, por lo que este régimen punitivo podría resultar, habida cuenta de la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, más perjudicial para el reo⁸.

Además de ello debemos tener presente lo dispuesto en el número 3 de aquel precepto: “*Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años*”¹⁰. Esto es, aún sin ánimo de prejuzgar la naturaleza de la imprudencia apreciada por el Tribunal Supremo en el supuesto que nos ocupa, no debe descartarse su posible conceptualización como *profesional*, circunstancia que, caso de estimarse concurrente, haría del artículo 152 del Código Penal vigente, ahora sin ningún género de dudas, una ley más perjudicial para el reo¹¹.

Al hilo de esta última reflexión surgen dos cuestiones especialmente interesantes: la oportunidad de la agravación prevista en el artículo 152.3¹² y su posible aplicación al uso imprudente de armas de fuego por parte de Agentes de la Autoridad. Dicho de otro modo, ¿cabe hablar de imprudencia profesional en supuestos de empleo (sin observar el debido cuidado) de armas de fuego por parte de miembros de las Fuerzas de Seguridad? ¿son dichos miembros “profesionales de las armas” en el sentido exigido por el tipo? Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa y se admite, de forma general, la existencia de una culpa específicamente profesional, ya sólo quedaría conceptualizar, en el caso particular, la conducta observada, y determinar, en suma, si nos encontramos ante un supuesto de “culpa del profesional”¹³ o ante una “culpa profesional”¹⁴, pues sólo la segunda es contemplada como circunstancia agravatoria.

imposición de la pena de prisión menor (seis meses y un día a seis años), la de arresto mayor (un mes y un día a seis meses). Ahora bien, puesto que el artículo 565 debía relacionarse, además de con el 420, también con el 421 (como declara el propio TS), la pena de referencia no era ya la de prisión menor en toda su extensión, sino la de prisión menor en sus grados medio o máximo, conformándose la pena inmediatamente inferior por el primer grado de la citada prisión menor y los dos últimos (medio y máximo) de la pena de arresto mayor, de lo que resultaba una pena que se extendía de dos meses y un día a dos años y cuatro meses.

⁸ Pese a la posible aplicación del sistema de redención de penas.

⁹ Aunque la decisión acerca de la Ley penal aplicable corresponde al Juez o Tribunal, debemos recordar que el artículo 2.2 del Código Penal establece, en caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, la necesidad de oír al reo.

¹⁰ La pena de inhabilitación aparece, por tanto, como una pena principal agravatoria.

¹¹ En la Sentencia comentada el Tribunal Supremo impone la pena accesoria de *suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena*, régimen indudablemente más beneficioso para el reo que el resultante de la alternativa ofrecida por el artículo 152.3 del NCP y el régimen de accesoriidad previsto en los artículos 54 a 57 del mismo texto legal.

¹² En opinión de GRACIA MARTÍN, no cabe ver en la *imprudencia profesional* un plus de injusto o un plus de culpabilidad: las reglas técnicas que les obligan especialmente a ellos nos servirán como referencia para establecer el cuidado debido y, consecuentemente, si ha existido una infracción grave o leve del mismo, mas no añaden mayor contenido de injusto o culpabilidad. Vid. GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.I*, Valencia 1997.

¹³ Definida por el Tribunal Supremo como la imprudencia común cometida por el profesional en el ejercicio de su profesión. Vid., entre otras, las Sentencias del TS de 21 de febrero de 1986, 28 de septiembre de 1992 y de 29 de octubre de 1994.

¹⁴ Que alude a la ausencia de los conocimientos básicos y elementales propios de la profesión. Vid. SSTs citadas en la nota anterior; MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, págs. 51 y ss, Madrid 1997.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo coinciden al considerar que los dos agentes de policía cometen una imprudencia con resultado de lesiones, estableciéndose las diferencias entre una y otro en el ámbito de la antijuridicidad: mientras la Audiencia entiende que la conducta típica realizada está justificada, pues los agentes acusados actúan en *cumplimiento de un deber*¹⁵, el Tribunal Supremo estima que no concurren los requisitos propios de aquella eximente, pues los hechos probados patentizan un uso inadecuado de las armas que impide, incluso, “*al no existir necesidad abstracta ni concreta del empleo de la violencia*”¹⁶, la apreciación de la eximente incompleta.

Razonablemente excluida la posibilidad de justificar el comportamiento (típico) de los acusados, parece correcta, en principio, la solución adoptada por el Tribunal Supremo: condenar a Miguel B. y Gabriel S. como autores de un delito de lesiones imprudentes. En efecto, no resulta difícil calificar el comportamiento de los agentes como *gravemente imprudente*¹⁷: 1) puesto que el delincuente se limitaba a huir, no estaba armado, ni consta que agrediera (o tuviera tal intención) a sus perseguidores, y dado que era factible controlar la salida del parking en el que se encontraba, el uso de armas no resultaba indicado ni, mucho menos, era necesario; 2) descartada la necesidad de aquel uso, el mismo se convirtió en un simple acto irresponsable y peligroso para la vida e integridad del sujeto perseguido; 3) la peligrosidad de la conducta de los agentes, derivada del repetido uso de las armas y del hecho de que los disparos se realizaron hacia las proximidades de la persona cuya detención se pretendía¹⁸, no intenta neutralizarse tomando medidas que eviten los riesgos para aquélla, pudiéndose afirmar, en suma, que los acusados “*no cumplieron su obligación con la prudencia exigida a quien por su función se le legitima el uso de las armas, al no desplegar todo el cuidado necesario para evitar riesgos indudables de su utilización y manejo*”¹⁹.

¹⁵ Art. 8.11 ACP y 20.6 del CP de 1995.

¹⁶ “*Efectivamente, consta del «factum» la realización de once disparos con sus armas, dos de los cuales fueron intimidatorios pero los restantes se realizaron apuntando a las ruedas del coche y sólo alcanzaron en tres ocasiones al vehículo y produjeron heridas en brazo izquierdo y en mano derecha al conductor. No consta que éste fuera armado, ni que agrediera de manera alguna a sus perseguidores.*”

El art. 5.2 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986/788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, prescribe al respecto que «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, en aquellas situaciones que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior», que son los criterios de racionalidad, proporcionalidad y congruencia con el uso de los medios a su alcance.

Pues bien, ni existía riesgo racionalmente grave para las personas, ni para la seguridad ciudadana y para el cumplimiento del concreto deber no les era necesario el uso de la fuerza, ya que sin tal violencia podían cumplirlo, la utilización de las armas comportaba peligro y no era proporcional con la situación que exigía su intervención.

Se trataba de un delincuente que huía y el empleo de las armas no constituía el único medio utilizable. Al haberse introducido en el parking resultaba factible controlar la salida del mismo y requerir el apoyo y ayuda de otros agentes para la posterior detención del mismo.

Por otra parte, el delito perseguido no era de gravedad, ni consta siquiera que se utilizara en su comisión violencia alguna. Finalmente, el uso de armas no fue meramente intimidatorio según el relato de hechos probados y no se trataba de delincuente peligroso”. Vid. STS comentada, Fundamento Primero.

¹⁷ Si atendemos a la estructura del delito, en este momento retrocedemos un escalón: no nos ocupa ya el análisis de elementos propios de la justificación (vg. el cumplimiento de un deber) y sí, en cambio, de la imprudencia, componente subjetivo de los tipos penales.

¹⁸ En este sentido vid. STS comentada, Fundamento Segundo.

¹⁹ Si bien en primera instancia la cuestión que ahora tratamos atañe a la tipicidad y, más concretamente, a la parte subjetiva del tipo, en la argumentación se entremezclan consideraciones relativas a la imprudencia (tipicidad) y al cumplimiento del deber (justificación), de modo que al fundamentar la existencia de la primera se alude, al mismo tiempo, a las razones que apoyan la imposibilidad de apreciar la segunda.

Ahora bien, la plausibilidad inicial de la solución alcanzada por el Tribunal Supremo resulta discutible si se tiene en cuenta que *la bala que causó las lesiones fue disparada por el revólver Astra perteneciente al acusado Miguel B.*²⁰ y que, en consecuencia, Gabriel S. no causó, pese a actuar imprudentemente, lesión alguna a José María A. Esto es, y dado que el castigo de la imprudencia requiere, con carácter general, la producción de un resultado de lesión²¹, falta, en la conducta de Gabriel S., un elemento del tipo de lesiones imprudentes, lo que habría de dar lugar a la atipicidad de su comportamiento.

Dicho con otras palabras: el tipo de lesiones imprudentes no se conforma con la desnuda infracción del deber de cuidado, sino que precisa, además, la producción de un resultado lesivo objetivamente imputable a aquélla, que, en caso de no concurrir, determinará, dada la ausencia de previsión legal del castigo de la ejecución incompleta de los tipos imprudentes, la impunidad de la conducta. Si a ello se añaden las dificultades para admitir la participación en la imprudencia^{22 23}, no cabe sino asumir, como una realidad difícilmente cuestionable, la mentada impunidad.

Ante esta evidencia, al Tribunal Supremo sólo le quedaba una opción para declarar punible la conducta del agente cuyas balas no hirieron a José María A.: imputar el resultado lesivo, ausente todo nexo físico-causal, a su comportamiento omisivo²⁴. La fórmula de la omisión impropia o comisión por omisión, actualmente regulada en el artículo 11 del Código Penal²⁵, permite, en efecto, enlazar, desde una óptica estrictamente jurídica²⁶, una conducta omisiva con una concreta lesión, y considerar a ésta como un resultado de aquélla. El enlace o conexión entre ambos requiere la existencia de un especial deber jurídico de actuar por parte del autor (posición de garante) y, además, la equivalencia, según el sentido de la ley, entre la no evitación del resultado y su causación.

Esta parece ser la vía seguida por el Tribunal Supremo, que, en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia, señala que Gabriel S. *“ha infringido el deber de cuidado y el resultado resulta objetivamente imputable a la acción (?), debiendo añadirse, además, la posición de garante que incumbía a cada uno de los acusados”*.

²⁰ Vid. Fundamento Segundo de la STS comentada.

²¹ Vid. por todos FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, págs. 123 a 129, Barcelona 1986.

Sólo excepcionalmente está prevista la punición de comportamientos imprudentes sin necesidad de producción ulterior de un resultado lesivo, previsión legal que cabe identificar, fundamentalmente, con los delitos de peligro. Vid. al respecto FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, ob. cit., pág. 128; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pág. 7, Madrid 1994.

²² Si bien es perfectamente factible concebir imprudencias de diversas personas a la vez, relacionadas todas ellas con el mismo suceso, no lo es considerar que una constituye *ayuda o cooperación* a otra, ya que cada sujeto infringe su propia norma de cuidado. Vid., por todos, QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, págs. 618 y ss., Pamplona 1999.

²³ Esta idea imposibilitaría acudir a una vía frecuentemente utilizada por la jurisprudencia en el ámbito de los delitos dolosos: considerar que el garante que omite impedir un hecho delictivo *participa (cooperación)* en su comisión.

²⁴ La imputación de un resultado a una omisión ha de fundamentarse en criterios estrictamente jurídicos, pues desde una óptica causalista o fisicista resulta imposible realizar aquella imputación: la omisión es, en efecto, un concepto jurídico y, en consecuencia, no existe en la naturaleza; dado que se identifica con la nada, con el no-ser, y *“de la nada, nada surge (ex nihilo nihil fit)”*, sólo criterios propios del Derecho permitirán enlazar una omisión y un resultado material.

²⁵ Art. 11.- *Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido de la Ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción:*

a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*

b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción y omisión precedente.*

²⁶ Abandonando, por tanto, la necesidad de establecer una relación causal entre la conducta y el resultado.

Y decimos *parece* porque la Sentencia declara, sin fundamentación alguna, que el resultado resulta objetivamente imputable a la acción²⁷ de Gabriel S., dando por supuesto lo que se ha de demostrar, esto es, el enlace físico-causal o jurídico entre su conducta y la lesión, añadiendo, acto seguido, una vez ya admitida la relación de imputación objetiva, que, *además*, los dos agentes (y por tanto el agente en último lugar citado) ocupaban la posición de garante, argumento éste que parece reforzar²⁸ la conclusión anterior.

En cualquier caso, si olvidamos ahora las deficiencias subrayadas y las atribuimos a una simple falta de acierto en la redacción de la sentencia, podemos extraer las siguientes ideas: el Tribunal Supremo acepta que tan sólo un disparo de Miguel B. alcanzó a la víctima; establecida la relación causal entre la acción de este último y la lesión, no existen mayores problemas, dado que además su conducta es imprudente, para considerar que ha realizado el tipo de lesiones culposas; aunque Gabriel S. no alcanza con sus disparos a José María A., sí ocupa una posición de garante que permite responsabilizarle por el resultado causado por su compañero, resultado que se le imputa a título de imprudencia.

En suma, y siempre según el Tribunal Supremo, existen, en el caso que nos ocupa, dos autorías de distinto signo: en primer lugar, la de Miguel B., quien, mediante una acción positiva, hiere imprudentemente a José María A.; y, en segundo lugar, una autoría omisiva, protagonizada por Gabriel S., a quien, igualmente a título de imprudencia, también se imputa el resultado producido.

La corrección de esta solución ha de pasar el examen del artículo 11 del Código Penal de 1995, ya anteriormente aludido²⁹. Esto es, la no evitación del resultado, en este caso la lesión producida, ha de ser equivalente, según el sentido de la ley, a su causación activa; además, el sujeto ha de ocupar una posición de la que se derive un deber de garantía dirigido a evitar la producción del resultado típico. Puesto que estas son exigencias ineludibles, impuestas por la Ley, el juzgador habrá de motivar, si quiere imputar el resultado a la omisión del autor, su efectiva concurrencia, circunstancia ésta que eludió, como es fácil comprobar, el Tribunal Supremo, que tan sólo se refiere a la existencia de una genérica *posición de garante* de cada uno de los acusados, pero obvia fundamentar la equivalencia entre omisión y producción activa.

La presencia de ambos requisitos resulta dudosa. ¿Lesiona quien no evita que un tercero dispare, sin intención de alcanzarla, a otra persona? ¿Ocupan los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad una posición jurídica que les convierte en *garantes*³⁰ de la evitación de lesiones cuya causa sea la comisión de un delito? ¿Es posible imputarles el resultado típico cuando han omitido cumplir con su deber de evitarlo?³¹

²⁷ Afirmación absolutamente incorrecta, pues su acción, disparar con evidente riesgo para la salud del sujeto perseguido, no produce resultado alguno. En realidad, el TS debería haber empleado el término *conducta*, mucho más amplio, y apto para abarcar tanto comportamientos activos como omisivos.

²⁸ Cuando, en realidad, debería cofundamentar y no, simplemente, reforzar una conclusión que carece de toda base.

²⁹ Si bien el TS aplica el CP de 1973, en el que no se regulaba la comisión por omisión, que, ello no obstante, se admitía jurisprudencial y doctrinalmente (en este caso de forma mayoritaria), la incorporación de un régimen legal al que someterla obliga a los juzgadores, si de ello pudiera resultar un beneficio para el reo, a su observación.

³⁰ Los agentes de los Cuerpos de Seguridad asumen voluntariamente una función pública, un compromiso genérico, de desempeñar los deberes de su cargo, entre ellos la prevención y persecución de delitos. Esta especial posición les distingue de los simples ciudadanos, otorgándoles una responsabilidad cualificada que es, pese a todo, en mi opinión, incapaz de fundamentar un deber de garantía que permita la activación del artículo 11, lo que requeriría, por ejemplo, la asunción particular de la custodia de un detenido, preso, etc.

³¹ En sentido negativo se posiciona MIR PUIG cuando afirma que los policías tienen obligación de actuar ante cualquier delito "y sería absurdo castigarles por la propia comisión del delito si no lo impiden". Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 306, Barcelona 1999.

Imaginando que la respuesta a las tres cuestiones formuladas sea positiva, aún resta una última objeción que salvar. El artículo 11 del Código Penal y, en general, la comisión por omisión, es una institución jurídica que nace para evitar, en principio con carácter excepcional³², la impunidad de conductas omisivas y, por tanto, causalmente no conectadas con un resultado desvalorado jurídicamente, que, no obstante, resultan materialmente no sólo indeseables sino valorativamente idénticas a comportamientos activos tipificados penalmente. Ahora bien, cuando existe ya un autor *activo* y, por tanto, el resultado típico se considera obra de un determinado sujeto, fundamentar una autoría omisiva se presenta no sólo como algo innecesario sino que incluso puede llegar a representar un contrasentido. El resultado ya ha sido imputado a una acción, ya existe un autor de la *obra* delictiva; atribuir ahora la misma obra, el mismo resultado, a quien, pese a tener el deber de evitar su producción, no participó en la misma, supone conceder un espacio aplicativo excesivamente amplio a la comisión por omisión, lo que la transforma en un instrumento de justicia criminal extremadamente peligroso³³.

La imputación, por todo ello, de la lesión sufrida por José María A. a la conducta omisiva de Gabriel S., debería haberse hecho con suma cautela, y motivando, en cualquier caso, la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 11 del Código Penal de 1995.

4. LA OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR DELITOS

La posible impunidad del comportamiento de Gabriel S.A podría evitarse mediante la apreciación de un delito de omisión del deber de impedir delitos, que se presentaría, en supuestos de estructura similar al analizado, no sólo como el último recurso al que acudir, sino, incluso, como la respuesta penal más *natural*, según se deriva de las previsiones de nuestro texto punitivo. Así es, el artículo 450³⁴ del Código Penal de 1995, al tipificar la conducta de quien, *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*, ofrece una respuesta punitiva específica para aquellos casos en que la producción de una lesión³⁵ aparece

³² Vid. en este sentido SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, págs. 7 y 9, Barcelona 1986.

³³ En todos los supuestos en que un sujeto determinado ejecuta materialmente el hecho antijurídico y es considerado autor del mismo, la atribución de igual condición a quien, sin participar en su comisión, no impidió aquel hecho, equivale a realizar una interpretación analógica: son autores del delito todos los que lo han cometido y aquellos otros que, sin cometerlo, merecen, por infringir un especial deber de actuar, idéntico reproche. Obsérvese, por otra parte, que no se trata, siquiera, de acudir a la construcción de la autoría mediata: el omitente no utiliza como instrumento a otra persona que ejecuta, de propia mano, el hecho típico; se limita a no impedir, cuando de él se espera lo contrario, su comisión.

Estas circunstancias aconsejan que, sin eliminar radicalmente la posibilidad de imputar, existente ya un *autor activo*, un resultado a quien omitió su evitación, este sea un recurso al que se acuda sólo de forma excepcional. Sirva de ejemplo el siguiente supuesto: un sujeto dispara a otro causándole una herida letal que, sin embargo, puede ser operada, con fundadas esperanzas de éxito, por un cirujano que ha adquirido recientemente determinados conocimientos excepcionales en Estados Unidos. Pese a encontrarse de guardia cuando llega aquel paciente y estar dispuesto todo el material quirúrgico decide, en el último momento, y al tener conocimiento de su pertenencia a una banda armada, no intervenirle. La muerte resulta imputable, en principio, tanto a aquél que hirió a la víctima como al médico que decidió no llevar a cabo la intervención.

³⁴ Obviamos referirnos aquí al artículo 412 del Código Penal (Denegación de auxilio), por no adaptarse a la estructura del caso fallado en la sentencia que comentamos. Pese a su condición de delito especial, comisible sólo por autoridades o funcionarios públicos, este precepto exige, en sus respectivos números, el previo requerimiento, a prestar auxilio, de una autoridad o particular, lo que le invalida como eventual solución del supuesto enjuiciado en la STS 26/1998 de 16 de enero.

³⁵ De alguno de los bienes protegidos por los delitos enumerados en el artículo 450.

como una consecuencia, próxima, de la comisión de un delito que el omitente estaba en condiciones de impedir o intentar impedir. Se evita, de este modo, atribuir el resultado a quien ni lo causó ni participó en su producción, mas ocupaba una posición que, por permitirle interrumpir el curso causal que conducía a aquél, generaba un deber de impedir la comisión del delito y, por consiguiente, el resultado lesivo.

También cuando el sujeto que está en condiciones de impedir el delito tiene un deber específico de actuar es aplicable, pese al sentir doctrinal³⁶ y jurisprudencial contrario, esta figura. Al margen de las razones expuestas anteriormente, tendentes a evitar, al limitar su aplicación a supuestos en los que no concurra ya una autoría activa, un uso excesivo de la comisión por omisión, existen otras razones que abogan por aquella solución.

En el artículo 176 del Código Penal se tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, «faltando a las obligaciones de su cargo», permitiere que otras personas ejecuten los delitos de torturas tipificados en los artículos precedentes, fijando para ella las mismas penas establecidas para los autores de las torturas. Esta expresa tipificación evidencia, si no quiere considerarse redundante³⁷, que la existencia de un deber especial asumido de forma genérica³⁸ es insuficiente para generar el nacimiento de un deber de garantía dotado de los extraordinarios efectos que prevé el artículo 11³⁹.

En el mismo sentido apunta el artículo 412.3 del citado texto legal. En él se prevé el castigo del funcionario público o autoridad que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que «venga obligado por razón de su cargo» para evitar un delito⁴⁰, se abstuviera de prestarlo. El sujeto activo de este delito de omisión propia no responderá⁴¹, caso de ejecutarse el delito para cuya evitación se le requirió, de este último, pues la voluntad de la ley es clara: la responsabilidad penal de los funcionarios o autoridades que, aun estando obligados por razón de su cargo, denieguen el auxilio para el que fueron requeridos, se sustanciará a través del artículo 412.3. Considerarles autores del delito de resultado que eventualmente se hubiera cometido supondría vaciar en gran medida el contenido del delito de denegación de auxilio. Si en los casos contemplados en este delito, pese a la especial obligación de deber existente, no resulta posible imputar la comisión del delito no evitado, idéntica reflexión deberá trasladarse al comentario del artículo 450: la única diferencia entre ambos, cuando el sujeto que decide no impedir el delito es una autoridad o funcionario público, radica en la existencia de un requerimiento en el primero de ellos, mientras en el segundo la posibilidad de intervención es inmediata.

³⁶ Vid. en este sentido GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial. II*, pág. 468, Madrid 1997; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 742, Madrid 1997.

³⁷ Por resultar ya aplicable el artículo 11 del CP.

³⁸ En la medida que resulta inherente a la condición funcional del sujeto.

³⁹ El precepto alude a la infracción de los deberes propios del cargo, lo que significa que existe una especial posición de deber que, no obstante, resulta dudoso, como hemos advertido con anterioridad, que equivalga al deber de garante contemplado en el artículo 11.

⁴⁰ El artículo 412.3 establece un diferenciado tratamiento punitivo en orden a la naturaleza del delito cuyo auxilio deniega. Así, si se trata de un delito contra la vida de las personas, la pena prevista es la de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si el delito lo es contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, la pena cuya imposición se prevé es la de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años. Finalmente, cuando el requerimiento lo fue para evitar cualquier otro delito u otro mal, la pena es de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

⁴¹ Que se perfecciona, por lo tanto, con independencia de la verificación del delito cuyo auxilio se denegó.

La solución recién apuntada requiere, no obstante, que nos detengamos brevemente en el análisis del caso y de su posible subsunción en el delito tipificado en el artículo 450.

En realidad, en el supuesto enjuiciado podemos encontrar no una sino dos omisiones. Cada uno de los agentes ejecuta una acción imprudente, disparar, cuando ello no era necesario, con evidente riesgo para la vida y salud del delincuente perseguido, al tiempo que omiten el deber de impedir que su compañero actúe del modo descrito. Además, uno de los riesgos generados se realiza en el resultado causado, que podría haberse evitado si cualquiera de los acusados hubiera impedido la incorrecta actuación del otro.

Comprobada la plural presencia de acciones y omisiones procede analizar su relevancia penal. Uno de los agentes, por fortuna, no produce lesión alguna a José María A.D, con lo que su imprudente comportamiento carece, en principio, de significación penal. El otro sí causa, en cambio, el resultado que permite completar la estructura típica del delito de lesiones y considerarlo, por ello, autor de dicho delito.

En relación con la posible comisión de un delito de omisión del deber de impedir delitos, debemos señalar, ante todo, que el mismo se configura, dogmáticamente, como un delito de simple inactividad⁴², que no requiere, por lo tanto, la efectiva producción del delito que había de impedirse⁴³, de forma que, aun sin haberse producido la lesión, podría afirmarse su existencia. De haber sido este el caso, cada uno de los acusados sería autor de su propia omisión y, de estimarse concurrentes los diferentes elementos típicos exigidos por el artículo 450⁴⁴, del delito en él descrito. La producción del resultado incide, sin embargo, en esta última conclusión: parece excesivo, efectivamente, considerar que Miguel B. es autor de un delito imprudente de lesiones y, además, de un delito de omisión del deber de impedir delitos, concurso delictivo que, pese a todo, resulta teóricamente posible⁴⁵.

Las reflexiones precedentes presuponen la subsunción de las conductas de Miguel B. y Gabriel S. en el artículo 450, pues ambos omiten el deber de evitar la imprudente actuación del otro agente, derivándose, de una de ellas, un resultado lesivo que completa la estructura típica del delito de lesiones, esto es, de una de las figuras delictivas cuya comisión obliga a impedir aquella disposición. Ahora bien, la adecuación al tipo de omisión del deber de impedir delitos de la conducta de Gabriel S., hasta ahora afirmada, presenta ciertos problemas.

⁴² Delito que tal vez no se haya cometido por la eficaz actuación defensiva de la víctima, por la intervención de terceros, por la torpe actuación del autor, etc.

⁴³ Vid. por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 912, Valencia 1999; VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 292, Valencia 1993.

⁴⁴ Art. 450.1- *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 impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.*

⁴⁵ Como acertadamente señala MIR PUIG, "pese a comprobarse la presencia de un delito de acción, podrá concurrir además un delito de omisión cuando exista una fase omisiva cuyo desvalor no resulte abarcado por el delito de acción". Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 298.

En el supuesto enjuiciado en la sentencia que comentamos, Miguel B., al actuar imprudentemente contra la vida e integridad de José María A., genera un peligro, posteriormente realizado en el resultado lesivo, que determina la existencia de un concreto contenido de injusto. Al omitir simultáneamente controlar otra fuente de peligro que, sin embargo, no llega a producir lesión alguna, concurre un desvalor adicional que no es contemplado por el delito de lesiones imprudentes.

En efecto, a pesar de que el artículo 450 alude, genéricamente, a la no evitación de delitos que afecten a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, por lo que, en principio, cabe incluir cualquier delito contra aquellos bienes, con independencia de su naturaleza dolosa o culposa, la extensión del tipo a los delitos imprudentes es altamente cuestionable. Y no tanto porque ello supusiera una intervención penal excesiva⁴⁶ o por la probable equivocidad de la conducta⁴⁷ y, ni siquiera, por causa de la imposibilidad de hablar de la existencia de un delito imprudente hasta que no se haya producido el resultado^{48 49}, sino por la absolutamente dispar gravedad que poseen delitos dolosos e imprudentes. Dado que de la figura regulada en el artículo 450 no se deriva un deber general de impedir la comisión de delitos, sino únicamente de determinados delitos, estableciéndose incluso diferencias punitivas en atención al delito no impedido, tal vez deba diferenciarse también según el grado de desvalor subjetivo de la conducta que haya de impedirse, pues parece más grave no actuar contra una agresión dolosa que frente a una agresión imprudente.

No obstante, esta última observación pierde sustantividad si se considera que los bienes protegidos por el delito de omisión del deber de impedir delitos son la vida, la salud e integridad, la libertad y la libertad sexual. Y es que, existente una situación de riesgo para alguno de estos bienes, ¿importa cuál sea la fuente del peligro?. El legislador desea ofrecer, mediante el artículo 450, una tutela excepcional, más amplia que la que resulta de los delitos de homicidio, lesiones, detenciones, etc., a ciertos bienes personales de extraordinario valor. Si existe la posibilidad de impedir su lesión, ¿qué trascendencia posee el hecho de que la situación de peligro la genere un comportamiento doloso o imprudente?

Incluso aceptando que es indistinto el carácter doloso o culposo que posea la agresión, el ámbito típico de la conducta descrita en el artículo 450 vendría restringido por la atipicidad de la imprudencia en los delitos contra la libertad y la libertad sexual. Ello significa que la protección penal de la vida y la salud se articularía, delitos de homicidio y lesiones al margen, a través de los delitos de omisión del deber de socorro y omisión del deber de impedir delitos: el primero actúa cuando la situación de riesgo ha sido generada por cualquier fuente distinta a la comisión (futura) de un delito⁵⁰; el segundo cuando el peligro procede de su próxima comisión.

⁴⁶ En este sentido GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial. II*, ob. cit., pág. 469.

⁴⁷ "Lo que hará difícil para el omitente percibir que está ante un delito". Vid. GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial. II*, ob. cit., pág. 469.

⁴⁸ "Por lo que, en rigor, no es posible impedir un delito imprudente". Vid. GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial. II*, ob. cit., pág. 469.

⁴⁹ Si bien es cierto que no existe un delito culposo hasta que se produce el resultado típico, ello no es obstáculo para hablar de la evitación de un delito imprudente. Precisamente porque aún no se ha producido es posible todavía impedirlo.

También en los delitos dolosos la intervención que se exige ha de ser idónea para impedir su comisión (con lo que aún no existe, al menos en su forma consumada, el delito), sin necesidad de tener que esperar, siquiera, al inicio de la ejecución, pues, como señala QUINTERO OLIVARES, aunque la intervención requerida ha de ser inmediata, "de ello no se deduce que también el delito que se haya de cometer sea absolutamente inmediato, sino que la prontitud de la intervención puede frenar un proceso que acaso más tarde ya no sea posible detener", de modo que lo que debe impedirse "es tanto la ejecución del delito que no ha comenzado a producirse, como la interrupción o detención del delito que ya se está ejecutando". Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, pág. 1939, Pamplona 1996.

En contra, exigiendo que el delito que se vaya a impedir se encuentre en un estadio que ya sea punible como delito, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 913.

⁵⁰ Si el peligro nace de la comisión de un delito ya perfeccionado sí será aplicable el delito de omisión del deber de socorro.

Un posicionamiento en relación con el bien jurídico protegido por el delito de omisión del deber de impedir delitos requiere una fundamentación que no es posible realizar en este comentario. Pese a ello, sí he de señalar que, aún inclinado inicialmente por una lectura que ensalce la idea de que son los bienes individuales vida, salud y libertad los tutelados, el hecho de que el peligro para los dos primeros pretenda interrumpirse de modo distinto según la fuente del riesgo, obliga a otorgar cierta relevancia a otros valores (así, la colaboración con la Administración de Justicia) que podrá incidir, lógicamente, en las soluciones que se ofrezcan.

5. CONCLUSIONES

Miguel B.T. comete un delito de lesiones imprudentes. Además, desatiende su deber de impedir la también imprudente conducta de su compañero. Dicha omisión es susceptible de subsumirse en el delito tipificado en el artículo 450 del Código Penal: la omisión del deber de impedir delitos. Aunque finalmente el delito culposo de Gabriel S.A no ha llegado, afortunada y casualmente, a producirse, ello no obsta a la aplicación del delito omisivo, pues en él se sanciona una omisión pura, en la que el sujeto responde por no llevar a cabo la acción esperada, con independencia de que el delito que había de impedirse se ejecute o no⁵¹.

Gabriel S.A. realiza una acción imprudente que, por no causar lesión alguna, resulta atípica. Dado que no cabe la participación en delitos culposos, su conducta sólo será punible si se estima que existe un delito de omisión del deber de impedir delitos (en este caso el imprudentemente cometido por su compañero) o se le considera autor, en comisión por omisión, de las lesiones sufridas por José María A.D. En mi opinión, sólo la primera de estas posiciones es, si se prueba la concurrencia de los diferentes elementos típicos del artículo 450, plausible; la segunda, en cambio, ensancha excesivamente el ámbito aplicativo del artículo 11, se opone a ciertas consideraciones de orden sistemático que abogan por la inaplicación de aquél, y vaciaría, en gran medida, un delito, el de omisión del deber de impedir delitos, que nace precisamente para sancionar las conductas de quienes, sin participar en el delito cometido, no intentan evitarlo, y ello aunque ocupen una especial posición de deber (por ejemplo, por ser agentes de los Cuerpos de Seguridad), que sólo excepcionalmente, si concurren otras circunstancias, podrá fundamentar la imputación del resultado.

⁵¹ Debo recordar, sin embargo, que, aún siendo teóricamente posible, la solución del concurso de delitos se hará depender de la posición que se defienda en relación con el delito de omisión del deber de impedir delitos (si se comete o no cuando no se impide la comisión de un delito imprudente) y, aún, de la posible sobredimensión del injusto realmente producido.