LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS POLICIALES POR NO IMPEDIR DELITOS

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO

Profesor Titular de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

Resumen: Si bien es indiscutida la función y deber del Estado de garantizar la seguridad colectiva, como parte del contrato social, se discute en cambio la responsabilidad penal de los agentes policiales por la no evitación de delitos, cuando fue posible, y en concreto si mediante esa omisión se infringe un simple deber general de solidaridad o bien el agente debe responder del resultado delictivo no evitado. A este respecto, se propugna la solución expresa por parte del legislador, que concrete la definición social de la institución policial.

Palabras clave: Función policial. Seguridad colectiva. Omisión pura. Omisión impropia. Deber de impedir delitos. Deber de solidaridad.

Abstract: While the State's role to ensure collective security is indisputable, as part of the social contract, by contrast it is discussed the criminal responsibility of its police officers for not preventing crime, where possible, and in particular whether with that omission is violated a simple general duty of solidarity, or the officer is also liable for the outcome of the not prevented crime. In this regard, the solution by the legislator is advocated, thus clarifying the social definition of the police role.

Key words: Police role. Collective security. Pure omission. Improper omission. Duty to prevent crimes. Duty of solidarity.

I. Introducción

Entre las tradicionales funciones del Estado, que explican y justifican su existencia, se cuenta indiscutiblemente mantener la seguridad colectiva. Ésta se entiende al menos como expectativa de los ciudadanos en la intervención de los órganos competentes del ente estatal ante la posible comisión de delitos, intervención que mantenga la delincuencia a un nivel todavía compatible con la convivencia ordenada. Admitida tan elemental condición de existencia del Estado, se discute el problema del grado de garantía con que puede contar el ciudadano en la efectividad de esa intervención, la cual depende de los concretos representantes del Estado que tienen atribuida la competencia de prevenir e impedir delitos, y en particular se discute hasta dónde llega la garantía disciplinaria y, sobre todo penal, que la refuerce, mediante la eventual conminación con pena de la omisión de las medidas que habrían impedido el delito. Así pues, se trata de dirimir en los casos en que la autoridad o agente, entre cuyas competencias se encuentra la de impedir delitos, incumple tal obligación, dándose los requisitos generales de responsabilidad por omisión, si ésta cabe conceptualarla como alguno de los tipos de omisión propia prevenidos en el Código penal, y relativos a la evitación de peligros para bienes jurídicos provenientes de delitos, o si, pudiéndose afirmar la concurrencia en tales personas de un deber de garante de impedir delitos, se les puede atribuir responsabilidad a título de omisión impropia, lo que entrañaría la imputación del resultado delictivo no evitado.

Pues bien, el legislador penal español emite mandatos a primera vista discordantes en orden a la responsabilidad de la autoridad o agente de policía omitente.

Por una parte, hay supuestos para los que establece expresamente la responsabilidad del servidor público por delitos no evitados, a título de omisión impropia, como ocurre con los delitos contra la integridad moral (principalmente tortura), en virtud del art. 176 CP, imputando el resultado lesivo a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permite que otros realicen los hechos descritos en los arts. 173 y ss. CP, siendo así que con probabilidad rayana en la seguridad podría haberlos evitado. Asimismo, el art. 11 abre la posibilidad de estimar omisión impropia en relación con cualesquiera delitos no impedidos, siempre y cuando se considere suficientemente fundamentado el deber de garante (la «específica obligación legal... de actuar»).

Por otra parte, prevé la responsabilidad por omisión pura, esto es, por el mero no actuar, y por tanto sin imputación del resultado de-

lictivo ejecutado materialmente por tercero al autor de la omisión, por la vía del delito *especial* de denegación de auxilio de funcionario a particular (art. 412.3 CP) o por el tipo *genérico* de omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450 CP).

En efecto, la figura del art. 412.3 conmina con pena al funcionario o autoridad que, requerido por un particular para prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo, se abstuviera de prestarlo, cuando con su intervención se habría evitado un delito contra la vida (tipo básico del primer párrafo), o bien delitos contra otros bienes jurídicos personales, como integridad, libertad sexual, etc. (tipo atenuado), o bien cualquier otro delito o mal (tipo super-atenuado). Además de la referida posibilidad, y cuando se trata de los delitos contra los bienes jurídicos individuales más trascendentes, esto es, la vida, la integridad o salud, la libertad o la libertad sexual, resulta problemático si también los miembros de las fuerzas del orden responden por la omisión del deber de impedir los referidos delitos, o de ponerlos en conocimiento de la autoridad, del art. 450, o bien ambos tipos están concebidos sólo a la medida del *particular* omitente.

Ambos regímenes resultan difíciles de armonizar. En efecto, de la existencia de preceptos específicos de omisión *pura* para estos supuestos podría colegirse *sensu contrario* que no cabe responsabilidad del policía como garante; que ya el legislador ha previsto un régimen específico y que por tanto no queda espacio para plantearse la posibilidad de aplicación del régimen general de la omisión impropia, que permite hacer responder no sólo por omitir intervenir, sino además por el resultado del delito no evitado. El esquema punitivo recuerda al de la responsabilidad específica del omitente particular para los casos de omisión de socorro a víctima de accidente ocasionado imprudentemente por quien omitió el auxilio, por la vía del art. 195.3º, que cerraría el paso, según entiende parte de la doctrina, a plantearse la aplicación de la responsabilidad por el resultado posteriormente no evitado a título de comisión por omisión, de acuerdo con el principio de injerencia¹. Creo, sin embargo, que en ninguno de ambos casos el principio de especialidad (¿o quizá subsidiariedad?) debe cerrar el paso a un análisis más detenido del precepto aplicable, y que es posible que al final nos veamos abocados a la posibilidad inversa: a que si afirmamos el deber de garante apenas quede espacio para el supuesto régimen específico.

¹ Así, p. ej., Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2007, pp. 335 s. Tratan de armonizar lo dispuesto en los artículos 195.3º y 11, en cambio, Carbonell Mateu / González Cussac, en Vives Antón *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2008, pp. 295 ss.

En lo sucesivo se analizará, pues, la posibilidad de apreciar responsabilidad en comisión por omisión en estos casos, seguida del estudio del ámbito de aplicación de los distintos regímenes posibles, y de las eventuales relaciones concursales entre ellos.

II. La posición de deber policial (¿de garante?) de impedir delitos

La doctrina española, en aplicación del art. 11 CP, viene exigiendo cumulativamente, para afirmar la responsabilidad en comisión por omisión, en primer lugar que el sujeto ocupe una posición de deber de garante, esto es, que le vincule un especial deber jurídico de evitar al resultado, en la medida en que el ordenamiento jurídico ponga a su cargo la supervivencia del objeto del bien jurídico hasta el punto de ser hecho responsable de la lesión que pudo evitar, exactamente igual que si la hubiera causado; elemento al que ha de añadirse la equivalencia de la omisión a la comisión descrita en el tipo: que la conducta de omisión quepa subsumirla en la descripción típica, o que el tipo admita la comisión por omisión².

Podrá ser discutible que del deber de impedir delitos se derive una posición de garante con respecto a los bienes jurídicos cuya salvación se omitió (cfr. al respecto los capítulos siguientes), pero está fuera de duda el *específico* deber de las fuerzas del orden de impedir delitos, establecido expresamente por la ley reguladora de sus funciones, distinto al deber *genérico* que obliga a cualquier ciudadano a impedir alguno de los delitos más importantes contra las personas (sus prójimos), como manifestación del deber general de solidaridad con respecto a éstos cuando se ven amenazados bienes individuales esenciales (y más discutiblemente del deber de colaboración con los poderes públicos³, a quienes les está asignada primariamente esta competencia). Por tanto, no parece haber inconveniente en admitir que se

² Cfr., p. ej., Vives Antón, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, 1996, p. 86.

³ Parece evidente que difícilmente cabe compartir la ubicación sistemática del art. 450 entre los delitos contra la Administración de Justicia, en tanto que ésta tiene encomendada la función de *perseguir* delitos, puesto que, dada la estructura del tipo del art. 450 CP, no se trata ya de infracción de deberes de *denunciar* delitos, sino del deber de *impedirlos*, y sólo en relación con los atentatorios contra los bienes jurídicos individuales básicos, de manera que en definitiva se persigue la salvaguarda del objeto de tales bienes, y el tipo se configura como una infracción del deber de solidaridad con el prójimo cuando amenazan peligros no de cualquier origen, sino específicamente provenientes de las conductas delictivas ajenas.

da en el policía un deber legal de impedir resultados delictivos en el sentido de la ordenación formal (conforme al origen) de los deberes que sigue el art. 11.

Así, el art. 11 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, establece entre sus funciones las siguientes: «b. Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa. (...) f. Prevenir la comisión de actos delictivos»⁴.

Deben sus miembros asimismo «impedir prácticas abusivas, arbitrarias o discriminatorias que impliquen violencia física o moral» (art. 5.2.a) y «evitar un daño grave, inmediato e irreparable» (art. 5.2.e).

En particular, se establecen, como principios básicos de su actuación, deberes más rigurosos en relación con el tratamiento de los detenidos, con respecto a los cuales (art. 5.3.a) «velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia, y respetarán el honor y la dignidad de las personas»⁵.

Por otra parte, se establece con respecto al ejercicio de sus funciones el principio de dedicación profesional (art. 5.4): «Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana»⁶.

Cuestión distinta, que no se va a abordar aquí, es la de que, en el supuesto de que quepa la responsabilidad a título de omisión impropia, la intervención en el resultado delictivo, al fin y al cabo realizado materialmente por otro en concepto de autor, ha de imputársele al omitente a título de autor o de partícipe⁷. Baste señalar que la juris-

⁴ La STS de 8 de octubre de 1991 comparte las críticas a la ubicación sistemática del art. 450 CP, ya que a la Administración de Justicia sólo le corresponden funciones represivas del delito, no preventivas, atribuidas éstas a la policía por el referido art. 11.f de la L.O. 2/1986.

⁵ Cfr. acerca de este deber específico la jurisprudencia en nota 14.

⁶ En el mismo sentido el art. 21 del Proyecto de Código Ético de la Policía de Cataluña, matizando que constituye extralimitación intervenir, haciendo valer la condición de policía, en casos ajenos al mantenimiento de la ley y de la seguridad ciudadana. Acerca de si surge deber de garante de impedir delitos cuando se ha tenido conocimiento de ellos al margen del servicio, Weigend, *StGB Leipziger Kommentar*, t. I, 2007, § 13, núm. marg. 31, con referencias bibliográficas.

⁷ Sobre la participación por omisión, cfr. Díaz y García Conlledo, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión: ¿un caso de dolo alternativo?», *PJ* 1991, pp. 203 ss.; Portilla Contreras, «La participación omisiva en delito de resultado y de simple actividad», en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, 1999, pp. 439 ss.; Robles Pla-

prudencia española vacila en atribuir uno u otro título de responsabilidad al omitente que no impide hechos delictivos de terceros, si bien predomina la reserva ante la apreciación de responsabilidad a título de autoría⁸. Así, la STS de 30 de enero de 1945 consideró al padre coautor del robo ejecutado por su hijo de 14 años. Asimismo, en la relación concursal con el art. 450, el TS tiene establecido reiteradamente que si un sujeto en posición de garante no evita la comisión de un delito realizará un tipo de participación por omisión, de aplicación preferente al art. 450⁹. En cambio, la STS de 15 de abril de 1997 considera que la situación del garante que no impide un delito en nada se distingue de la de autoría por omisión, pues el garante tiene la obligación de impedir el resultado delictivo, calificando de «dudosa» a la figura de la participación por omisión.

Ahora bien, ¿supone necesariamente la vinculación formal por un deber específico de impedir delitos que el policía ocupe una posición de garante con respecto al titular de los bienes jurídicos amenazados por tales delitos?

III. Posiciones favorables a apreciar deber de garante

Presuponiendo que concurra el resto de los elementos de los delitos de omisión impropia, a saber: la producción de resultado lesivo como consecuencia del delito no impedido, la cualificación para ser autor del tipo en cuestión, la capacidad del omitente para realizar la acción requerida, el conocimiento de la situación típica y de los presupuestos fácticos del propio deber, la causalidad hipotética de dicha acción para haber evitado el resultado, así como la equivalencia del ilícito omisivo al activo en el sentido del respectivo tipo de delito; lo que aquí se cuestiona es exclusivamente si cabe reconocer una posición de garante que permita hacer responder por el resultado delic-

nas, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, 1995, pp. 83 ss; Silva Sánchez, «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPCr* 1989, 380 ss.

⁸ Cfr. al respecto, Luzón Peña, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Estudios penales*, 1991, p. 231 (ya antes en *PJ* 1986-2), con más referencias jurisprudenciales, y análisis de las posiciones doctrinales en pp. 232 ss. El propio Luzón niega que la mera existencia de deber de garante pueda fundamentar responsabilidad en comisión por omisión en casos de no evitación de delitos, y ello ni en concepto de autoría (lo que le parece más coherente) ni de participación.

⁹ Desde la STS 10 de abril de 1981; además, SsTS 31 de enero de 1986, 8 de octubre de 1991 y 9 de octubre de 2000.

tivo al omitente en los supuestos que nos ocupan, o bien falta algún requisito que se oponga a esta posibilidad.

Con carácter previo, y con independencia de que ha de relativizarse el alcance de la clasificación entre deberes de protección y de control¹⁰, ha de señalarse que el deber en cuestión, cuyo sujeto es el agente de policía, se concibe mayoritariamente como un deber de garante *de protección* de los bienes jurídicos más importantes de los ciudadanos frente a posibles ataques, *deber en que se concreta el genérico de mantenimiento de la seguridad colectiva*; y no como un deber *de control* con respecto a la conducta peligrosa de terceros, en este caso los sujetos activos de inminentes delitos, del estilo del deber de quienes custodian p. ej. a menores o enfermos mentales, o del propio agente de policía cuando custodia a detenidos o presos. No cabe afirmar, pues, un deber específico de la policía de vigilar y controlar a todos los ciudadanos, de cuyos actos libres por antonomasia deba responder¹¹, ni puede considerarse genéricamente a los ciudadanos como fuentes de peligro delictivo para sus semejantes¹².

En Alemania, por afirmar un deber de garante con función de protección se han inclinado, con pormenorizada fundamentación, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria¹³.

¹⁰ Como subraya Pawlik («Der Polizeibeamte als Garant», *ZStW* 1999, pp. 338 ss.; = «El funcionario policial como garante de impedir delitos», trad. de Lerman y Sancinetti, en *InDret* 1/2008, www.indret.com), la distinción entre deberes de protección y de control, sin indicación de su respectivo fundamento, no representa un instrumento útil para la determinación de su extensión, ya que los deberes de control se reformulan sin dificultad como deberes de protección (frente al peligro que ha de controlarse), y los de protección como deberes de controlar determinados peligros que afecten a determinado sujeto (y no a todos). En todos los casos se trata, dependiendo del punto de vista que se adopte, de proteger frente a peligros a determinados sujetos y de mantener a raya o controlar determinados peligros, limitándose la teoría de las funciones a resaltar alguno de los dos aspectos, no siempre de modo obvio.

¹¹ Como atinadamente señala Schünemann (*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 323 ss., en particular 329; traducción española — *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009— por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), sin que sufra constreñimiento de la libertad quien delinque no cabe hablar de deber de garante de su custodio como responsable de una fuente de peligro.

¹² Así, Pawlik, *ZStW* 1999, pp. 337 ss. En cambio, Schönke-Schröder-Stree (*StGB*, § 13, núm. marg. 52) incluyen entre los deberes de control de fuentes de peligro, derivadas de la supervisión de los peligros que proceden de determinadas personas, a los agentes de policía, frente a los delitos que representan una perturbación de la seguridad y el orden público, respondiendo como garantes si no intervienen para impedirlo.

¹³ Cfr. Sängenstedt, *Garantenstellung und Garantspflicht von Amsträgern*, 1989, pp. 606 ss.; Weigend, *StGB LK*, § 13, núms. margs. 30 ss.; amplias referencias en Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 34.^a ed., 2004, t. II, p. 739, nota 139, y sobre todo Pawlik, *ZStW* 1999, p. 341, nota 18.

En concreto, el Tribunal Supremo Federal (BGH)¹⁴ ha establecido que al ciudadano le asiste un auténtico derecho, de carácter jurídico-público, frente al Estado con el contenido de que sus órganos policiales han de intervenir para la protección de sus bienes jurídicos fundamentales cuando son puestos en peligro delictivamente por otros ciudadanos, y ello aun cuando al propio ciudadano le esté permitido defenderse también por sí mismo o recibir auxilio de terceros particulares, ya que el Estado cuenta con medios más eficaces para tal objeto, merced a las competencias atribuidas, a la causa de justificación ejercicio de cargo y a los medios que le están asignados. Se basa para esta declaración tan rotunda en la premisa de que el Estado incluye entre sus funciones la del mantenimiento de la seguridad ciudadana, que conlleva la eliminación de estados antijurídicos en interés de la colectividad e, inseparablemente unida a ella, la función de asegurar los bienes jurídicos en interés de cada particular, de manera que la misión de defender al ciudadano en concreto de delitos no representa un efecto colateral de un deber profesional con otro contenido, sino un elemento *esencial* del ejercicio de cargo policial. Ahora bien, como un deber omnímodo con este contenido imposibilitaría el propio ejercicio de la función policial, el BGH a tal efecto establece como limitaciones la necesidad de competencia espacial y objetiva del funcionario y que se encuentre de servicio, negando por tanto el deber cuando el agente está disfrutando de su tiempo libre, en que si no interviene responderá por mera omisión propia. Y en cuanto al conocimiento de delitos obtenido de modo particular, el deber de garante de impedirlos lo hace depender de la gravedad del hecho y de si perdura la realización (delitos permanentes, reiteración delictiva de la criminalidad organizada, etc.) una vez el agente entra de servicio.

¹⁴ P. ej. en BGHSt 38, 388, año 1992.

En la jurisprudencia española, en cambio, las afirmaciones más claras del deber de garante en relación con la omisión de impedir delitos por parte de la autoridad o sus agentes con respecto a detenidos, situaciones en que existe una supeditación especial que, como se analizará *infra*, no plantea problema ni siquiera a los partidarios de restringir en general el alcance de la comisión por omisión. Cfr. SsTS de 12 de diciembre de 1996, de 22 de noviembre de 1999 (inspector de policía como máximo responsable de los detenidos en comisaría, al que agredieron otros policías) y 5 de octubre de 2000 (responden indistintamente los agentes de policía que causaron las lesiones como los que no las impidieron), así como SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de noviembre de 2002. Exposición sistemática en López Barja de Quiroga, «La omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, 2004, pp. 381 ss., especialmente pp. 416 ss. La STS de 28 de abril de 2006, en cambio, niega la responsabilidad omisiva impropia de un agente por los delitos de detención ilegal y allanamiento cometidos por sus compañeros, debido a la ausencia de relación de superioridad jerárquica sobre ellos (contradiendo así la doctrina mantenida en el ámbito de la tortura por omisión).

Al argumento jurisprudencial de que del ejercicio del cargo se deriva una mayor eficacia para hacer frente a los peligros derivados de la comisión de delitos se ha objetado que el particular también cuenta con causas de justificación que le asignan incluso mayores posibilidades de defensa, como p. ej. con respecto al uso de armas o a que puede adoptar medidas particulares de protección¹⁵. Sin embargo, parece evidente que no cabe comparación razonable entre las posibilidades de defensa del particular y las que ofrece la maquinaria de seguridad pública del Estado, la única que puede ofrecer una base de confianza sobre la que planificar la vida cotidiana, y sin la cual la mayor parte de los recursos y atención individuales la acapararía la prevención de posibles ataques delictivos, que ni siquiera así se vería garantizada. Téngase presente, además, que, pese a la implantación en el Estado moderno de un sistema de seguridad colectiva, no privada, y aun cuando no se compartiera que la prioridad en la intervención frente a delitos corresponde a las fuerzas policiales, y sólo subsidiariamente a los propios afectados o terceros particulares (auxilio necesario o legítima defensa de terceros); el auténtico problema surge cuando el particular carece de posibilidad de defensa y depende en exclusiva de la posibilidad de intervención policial.

Por lo demás, la doctrina dominante en Alemania conceptúa estos deberes como de protección, bien subrayando la idea de asunción de la función protectora¹⁶, bien la del desempeño de funciones públicas, más cercana a la fundamentación del deber que a su origen formal.

Ejemplifican la doctrina dominante Wessels y Jescheck. Wessels¹⁷ incluye entre los deberes de protección el ocupar un cargo vinculado con un especial ámbito de deberes, siempre que estos deberes jurídico-públicos persigan el objetivo de proteger el bien jurídico del respectivo tipo delictivo precisamente frente al peligro a que lo expone la omisión, como p. ej. los agentes de policía, en el ejercicio de sus funciones y en el ámbito temporal y espacial de su ejercicio de cargo, para la protección de bienes de particulares e incluso de la colectivi-

¹⁵ Roxin, *AT*, p. 741.

¹⁶ Con respecto a la idea de asunción, con razón subraya Roxin (*AT*, pp. 741 ss.) que (con independencia de que desde una perspectiva de filosofía del Estado digamos hobbesiana pueda defenderse que el ser humano, merced al contrato social, renuncia en parte a su libertad natural de ejercer sus derechos de defensa para formar parte de la comunidad política como ciudadano en virtud de que el Estado asuma la función de protección y ponga así fin a la situación de anarquía) lo cierto es que se puede nacer incurso en una relación de protección, sin necesidad de un acto volitivo específico de acuerdo sobre la función de protección, como tampoco lo hay p. ej. en la relación materno-filial.

¹⁷ Wessels / Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2004, p. 274.

dad. Wessels va más allá de la jurisprudencia, al mantener que, en caso de tener conocimiento de la futura perpetración de delitos fuera del ejercicio de cargo, también les vincula un deber de garante cuando se trata de delitos graves que afectan ostensiblemente al interés público.

En la misma línea, Jescheck¹⁸ reconoce el deber de garante de los agentes de policía relativo a evitar delitos en su ámbito de competencia, fundándolo en la libre asunción de su posición especial o profesión, de donde se desprende a su juicio la responsabilidad no a título de autor, sino como cómplice del delito en curso no evitado.

También Roxin, no sin cierto recelo y desde una posición matizada y —como él la llama— «intermedia», comparte el parecer de la doctrina alemana mayoritaria, entendiendo que el ciudadano expuesto a un delito, aun contando con posibilidad de defensa particular, está necesitado de la protección del Estado e incluso debe confiarle dicha misión a éste, puesto que sin Estado ni policía se llegaría a una situación anárquica en que la seguridad ya no cabría garantizarla¹⁹. Con este telón de fondo, se comprende que las medidas de seguridad que pueda adoptar el particular sólo pueden tener carácter subsidiario, de manera que sólo pueden resultar eficaces a partir de una seguridad pública *básica* garantizada por el Estado, alcanzando sólo a colmar las lagunas que deje ésta. Sin la protección pública, las medidas privadas ya no podrían garantizar la seguridad en modo alguno. De manera que si el particular renuncia a medidas de protección más amplias —suponiendo que pudiera permitirse procurárselas— es porque confía en la red de seguridad del Estado. Como señala Roxin, en sintonía con la línea argumentativa del BGH, no es que el Estado tenga por misión garantizar la seguridad y orden públicos, de donde como efecto secundario se derivara la protección del particular, sino que si existe es precisamente para la protección del individuo, que constituye su razón de ser. Y de esta razón de ser se deriva el derecho público subjetivo del particular a la intervención de la policía en las situaciones de necesidad, que como vimos tiene reconocido la jurisprudencia alemana. A este respecto, estima equiparables los supuestos en que se da un requerimiento formal del ciudadano para la intervención de la policía, que desde ese momento —se entiende, si acude—, asume una innegable función de protección y aquellos otros en que la policía percibe la inminente o actual comisión de un delito mientras va de patrulla. Ahora bien, reconoce unos límites que hagan razonable la exigencia del deber, el cual no surgirá

¹⁸ Jescheck, *LK*, § 13, núm. 27 y 29.

¹⁹ Roxin, *AT*, p. 741.

p. ej. frente a los delitos que se habrían impedido sólo mediante una asignación más eficaz de los recursos policiales, así como en el marco del respeto al arbitrio policial sobre dónde, cuándo y cómo intervenir con más eficacia, en particular con respecto a delitos leves.

La cuestión clave reside en cómo fundamentar un eventual deber de garante del funcionario de policía.

Por una parte, cabe fundamentarlo en la expectativa o la confianza del ciudadano en la intervención policial²⁰. Ahora bien, los defensores de esta idea no indican si se trata de una expectativa fáctica (basada en que hasta ahora se ha confiado en la intervención policial), de la que no necesariamente habría que deducir que debiera ser así normativamente, o de una confianza normativa, y en ese caso habría que precisar de dónde se derivaría el respaldo *jurídico* de tal expectativa, de manera que al ciudadano le estuviera permitido confiar en la intervención policial con efectos jurídicos, hasta el punto de convertir al policía en responsable del resultado delictivo no evitado, lo que representaría la verdadera fundamentación.

Otra posibilidad se deriva de la mecánica del principio de asunción de la misión protectora en la relación entre particulares, y reside, ante la encomienda del monopolio de la violencia legítima al Estado, en la de la previa renuncia del particular a medidas de protección, de manera que depende ya de la intervención policial para evitar delitos²¹. Tampoco esta argumentación se sostiene, porque si se trata de la renuncia empírica, efectiva, el ciudadano (al menos el que cuenta con suficientes medios económicos) todavía está en condiciones de procurarse protección privada; y desde el punto de vista normativo, como veremos que mantiene Rudolphi²², el ciudadano sigue disponiendo de las causas de justificación legítima defensa y estado de necesidad como recursos defensivos que le confiere el ordenamiento jurídico.

Un punto de partida decidido en la fundamentación del deber sí se encuentra en Jakobs²³, quien (clasificando los deberes de garante no por su función, sino a partir de su fundamentación, bien en la organización previa del obligado, bien en virtud de competencia institucional) incluye entre las posiciones de garante institucionales, esto es, entre las que forman parte de la definición de ciertas instituciones so-

²⁰ Así, Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986, p. 193.

²¹ Así, Schultz, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 161.

²² *Vid. infra* apartado IV.

²³ *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2.ª ed., 1997, pp. 1008 ss.

ciales indispensables, que sin tal garantía no podrían fundamentar expectativa alguna, a la seguridad interna, sin la cual no cabría concebir la existencia del Estado de los ciudadanos, de donde se desprende que la policía es garante de proteger contra la delincuencia. La fundamentación la sitúa en la renuncia de la persona, para pasar a la condición de ciudadano, a su libertad natural para la autodefensa, y su asunción de la obediencia a las leyes, en términos del contrato social hobbesiano. De esta renuncia se desprendería la correlativa asunción, entre las funciones del Estado, de la de garantizar la seguridad frente a la delincuencia, dependiendo la subsistencia de los bienes amenazados por ésta del cumplimiento de determinados deberes.

Pawlik comparte la categorización de Jakobs, que atiende al fundamento de los deberes, estimando con buen criterio que sin determinar con carácter general una razón de ser de los deberes resulta arbitrario preguntarse por su existencia y límites²⁴. Entre los deberes institucionales reconoce el de los agentes de policía de impedir delitos, así como la consecuencia de que se debe responder en comisión por omisión de su no evitación que fue posible. Y fundamenta su existencia en dos pasos. En el primero, cimenta la función del Estado de evitar el delito, de la que se deriva un auténtico derecho subjetivo del ciudadano a la garantía de la seguridad (en la línea de lo establecido por el BGH), en particular frente a los peligros representados por la comisión de delitos, de manera que la protección frente a delitos no es un mero efecto colateral del poder soberano, sino parte indispensable de su razón de ser: garantizar unas condiciones sociales en que los delitos se perciban como excepciones o anomalías, que no conmueven el sentimiento básico de seguridad y libertad ciudadanas²⁵. Misión del Estado como institución es establecer una «infraestructura de seguridad» aceptable para la sociedad. Sólo así cabe explicar la renuncia del ciudadano al ejercicio omnímodo de su libertad, estadio originario supuesto que haría imposible la existencia de cualquier sociedad (de nuevo la referencia a Hobbes). En el segundo paso, por su parte, ha de sustentarse el deber concreto y la imputación del resultado delictivo no evitado al agente individual que omitió intervenir, lo que presupone, además de la concurrencia de los requisitos generales de la omisión impropia, que tal deber pueda actualizarse como un deber de intervenir en concreto, en su función de representante del Estado para ejercitar su labor de prevención de delitos²⁶, lo que presupone su competencia espacial y objetiva, así

²⁴ ZStW 1999, p. 342.

²⁵ ZStW 1999, p. 352.

²⁶ ZStW 1999, p. 353.

como temporal (no estar fuera de servicio, con dudas acerca de la información sobre futuros delitos obtenida privadamente,²⁷ y que no quede ya margen de discrecionalidad en cuanto a la necesidad de intervenir («reducción a cero de la discrecionalidad»)²⁸, tras un examen conforme a deber de la situación en que amenaza acaecer un delito. Los límites al deber de garante coinciden, según se puede comprobar, con los señalados por la jurisprudencia del BGH y por Roxin.

En España, Bacigalupo²⁹, siguiendo la categorización de Jakobs, también incluye, entre los deberes de garante derivados de la posición institucional del omitente los que se refieren al ámbito de los deberes estatales, que ejemplifica con las de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como con la Administración penitenciaria.

No se ha planteado, en cambio, la cuestión de que, si en virtud de lo dispuesto en el CP español, por el delito de atentado contra la dignidad moral no impedido responden los agentes en comisión por omisión³⁰, esto es, con la misma pena que los autores por acción de la tortura, según establece expresamente el art. 176 CP, por qué no resultaría de aplicación el mismo régimen en relación con otros delitos que afectan a bienes jurídicos no menos importantes que la integridad moral, como pueden ser la vida o la integridad física, o la libertad o libertad sexual a que alude el delito de omisión pura del art. 450 CP, referido a todos los ciudadanos. El sentimiento de justicia no acepta fácilmente que el hecho de asistir impertérrito un policía a un trato degradante o a un delito de violencia sexista o doméstica habitual le haga responder por ese resultado delictivo (arts. 173 a 175 CP, ámbito de la referencia del art. 176), pero no en cambio permitir un asesinato o una violación. Cabría aducir que está justificada la responsabilidad a título de omisión impropia (y de autor) del agente puesto que se trata de supuestos de detenidos, por cuya seguridad deben velar, pero así no se estaría teniendo presente que el art. 176 se refiere también a supuestos de delitos contra la integridad moral cometidos

²⁷ Amplia reseña de la jurisprudencia alemana al respecto en Pawlik, *ZStW* 1999, p. 353, nota 70.

²⁸ *ZStW* 1999, p. 355.

²⁹ *Delitos impropios de omisión*, 2005, p. 229.

³⁰ El legislador se limita a asumir expresamente en este punto la jurisprudencia anterior. Así, con respecto al anterior CP (hechos probados acaecidos en noviembre de 1993), ya la STS de 18 de marzo de 1997 confirma la condena por el delito de tortura en comisión por omisión de los policías que las permitieron con respecto a detenidos, o las SsTS de 1 de octubre de 2002 (donde se rechaza expresamente la exigencia de superioridad jerárquica sobre los ejecutores, bastando con formar parte del «equipo investigador») y 16 de abril de 2003. Asimismo SAP Madrid (sec. 6.^a) de 10 de julio de 2002.

por particulares, incluyendo la violencia sexista o doméstica habitual (salvo que se entienda el art. 176 referido exclusivamente a los delitos especiales del Título VII CP, lo que difícilmente concuerda con su tenor literal). ¿Acaso este bien jurídico prepondera sobre p. ej. la vida, la libertad o la libertad sexual, hasta el punto de recibir también protección reforzada frente a la omisión de impedir (su lesión) por parte los agentes del orden? Desde luego a esa conclusión no invita la posición sistemática del Título VII CP. La previsión expresa en el único caso del art. 176 no debería constituir argumento suficiente para sustentar la exclusiva aplicación de la omisión impropia a no impedir los delitos contra la integridad moral, sino que más bien del análisis conjunto de los arts. 11 y 176³¹ cabría deducir que la voluntad del legislador apunta a que se aprecie la equivalencia característica de la omisión impropia, así como el deber de garante, en todos los supuestos en que la policía no impide delitos, *como ejemplificaría precisamente el art. 176* para un supuesto concreto. Resultaría difícil fundamentar, en cambio, por qué se establece expresamente la responsabilidad del policía en comisión por omisión para ese delito, y no en cambio para los demás.

Asimismo, se han expuesto razones de peso en contra de apreciar posición de garante en los casos que nos ocupan, como vamos a analizar en el siguiente epígrafe.

³¹ No comparto el criterio de Tamarit Sumalla (en Quintero Olivares, dir. / Morales Prats, coord., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2008, p. 870), de que en el art. 176 CP, «al tratarse de una regla especial para un supuesto de omisión impropia, no rige lo previsto en el art. 11 respecto a los criterios de equiparación de la omisión a la acción, puesto que es la propia norma penal especial la que establece tal equiparación». Por el contrario, estimo que hay que presumir la coherencia del legislador con sus propias premisas generales del art. 11 CP para la omisión impropia, de las que el art. 176 supone un mero ejemplo expresamente regulado. En tal sentido p. ej. Muñoz Conde (*Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 199 ss.) y Carbonell Mateu / González Cusac (*Derecho Penal. Parte Especial*, p. 211) señalan que la conducta de no impedir la tortura sería igualmente punible a través del art. 11 si no se hubiera previsto expresamente en el art. 176. Lo que, por cierto, concuerda con la jurisprudencia aludida en la nota anterior. ¿Y por qué no igualmente con respecto a no impedir los demás delitos? De la Cuesta Arzamendi (*El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura del art. 204 bis del Código Penal*, 1990, 199 ss.) y Muñoz Sánchez (*Los delitos contra la integridad moral*, 1999, pp. 75 y 97; más bibliografía de la doctrina dominante en nota 189) aducen como razón adicional de la previsión expresa la voluntad de resolver problemas de teoría de la participación (autoría mediata con instrumento no cualificado, o realización de la conducta por sujeto no funcionario, cooperación activa seguida de pasividad...). Acerca de si la conducta de la autoridad que permite la tortura entraña coautoría o cooperación necesaria, en ambos casos por omisión, cfr. STS de 18 de julio de 1997.

IV. Propuestas de restringir la responsabilidad por el resultado delictivo no evitado

Desde una visión de conjunto, se aprecia por otra parte un amplio sentir en la doctrina tendente a restringir el alcance de la responsabilidad por el resultado no impedido, singularmente en sede de delimitación de las posiciones de garante. Esta inclinación resulta comprensible, si se tienen en cuenta las objeciones que presenta la delimitación legal española, basada en la mera enumeración de fuentes de deber, desde el punto de vista de los principios de legalidad y seguridad jurídica³². La restricción propuesta opera mediante la incorporación de exigencias adicionales a la especial posición de deber de proteger bienes jurídicos o de controlar peligros, en particular estableciendo la necesidad de una especial relación de dependencia del ciudadano con respecto al Estado como presupuesto del deber de garante de los órganos estatales.

Mir Puig, en crítica a la regulación de la omisión impropia en el art. 11 de nuestro CP, basada en la teoría formal, que atiende al origen del deber de garante, y no a su función, señala que no basta la concurrencia de un deber de actuar en el sujeto para responder en concepto de omisión impropia, como parece indicar el tenor literal del art. 11, refiriéndose expresamente para ejemplificarlo a los padres de un menor que ya puede valerse por sí mismo, o el caso de la policía: «También tienen obligación de actuar ante cualquier delito los policías y sería absurdo castigarles por la propia comisión si no lo impiden»³³. En esta afirmación se confía en que el lector comparta una respuesta negativa con anclaje en el sentido común, pero no se la fundamenta.

Schünemann, a partir de su idea básica de que sólo puede dar lugar a equiparación entre omisión y acción en los delitos de resultado el *dominio sobre el fundamento u origen del resultado* por parte del candidato a responsable por omisión impropia, o sea, la falta de protección suficiente de la víctima sometida al propio dominio (control, vigilancia) o de control sobre un haz de peligros, lo que permite la equiparación o analogía al dominio del hecho en los delitos comisivos³⁴, establece dos posibles subgrupos de supuestos: los del *domi-*

³² Objeciones que por otra parte igualmente cabría esgrimir frente a una exposición basada en las funciones del deber, puesto que lo que en realidad se encuentra en tela de juicio es el alcance concreto de la responsabilidad por el incumplimiento de tales deberes: si ha de responderse por el puro no omitir o en cambio por el resultado no evitado.

³³ *Derecho Penal. Parte General*, 2004, p. 319.

³⁴ Cfr. Roxin, *AT*, t. II, pp. 717 ss., que engloba ambas posibilidades en el concepto general de «dominio del control», trasunto en la omisión del principio del dominio,

nio sobre una causa esencial del resultado (sobre la fuente del peligro) y del dominio sobre el desvalimiento de la víctima³⁵, en ninguno de los cuales considera factible encuadrar la omisión de impedir delitos por agente de policía.

En efecto, aun reconociendo que lo contrario se defiende casi unánimemente en doctrina y jurisprudencia alemanas, estima que en estos casos no es el deber como tal, sino sólo la relación de dominio que posiblemente subyace a él, la que puede fundamentar la equivalencia del omitir a la acción, también en los deberes derivados de un cargo. Lo cual sólo ocurre en los casos de relación de dominio actual en conexión con el cargo, como en los casos del jefe de sección competente en seguridad vial, el superior que ha de supervisar la actividad de sus subordinados, el personal de supervisión y asistencia en sanatorios y hospitales, el funcionario al mando de un traslado de presos..., todos los cuales poseen poder de dominio concreto y por tanto los correspondientes deberes de garantía derivados de una relación de dependencia especial³⁶. Pero la cuestión aparece distinta en el caso que realmente nos interesa, en el del policía que, al patrullar, se percató p. ej. de un hurto y no hace nada por evitarlo, porque la posición de garante de control queda descartada en tanto que la «relación de poder general» entre Estado y ciudadano, a diferencia de la «relación de poder especial» entre superior y subordinado, no fundamenta una incapacidad parcial en el ciudadano, sino sólo «simples» deberes jurídicos, y, por otra parte, para una posición de garante de protección falta un concreto acto de disposición de la víctima³⁷. De ello deduce Schünemann que en la inactividad del poli-

que rige en los delitos comisivos. Acepta asimismo el principio Winkelbauer, «Zur Garantenstellung des Leiters eines Ordnungsamt im Hinblick auf den durch § 180a Abs. 1 StGB geschützten Personenkreis», *JZ* 1987, pp. 1119 ss., señalando que, en consecuencia, a partir de los deberes de cargo relativos a la protección de la seguridad y del orden públicos no puede derivarse un deber de garante de protección de bienes jurídicos individuales (p. 1120).

³⁵ *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 229, 236 y 241.

³⁶ Así también Roxin, *AT*, pp. 738 ss. Cfr., acerca de la responsabilidad omisiva de los funcionarios de instituciones penitenciarias por la muerte de reclusos a manos de otros, en tanto que el recluso se halla recluido en una «institución total», en que aquéllos ejercen un control absoluto y en que disminuyen drásticamente las posibilidades de autoprotección, Silva Sánchez, «Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?», en *ADPCP* 1991, pp. 561 ss., y ya en *CPCr* 1989, pp. 367 ss.

³⁷ Recuérdense, no obstante, la respuesta de Roxin: los deberes de protección no presuponen acuerdo por parte de la víctima, como ejemplifica a la perfección el caso de los deberes paterno-filiales.

cía no se da más que una *omisión propia* (desde luego, especialmente merecedora de punición), cuyo castigo requiere un tipo especial. En Derecho alemán, apunta a los §§ 340 ss. (omisión de evitar lesiones), que contienen toda una serie de preceptos especiales en tal sentido, que permiten una adecuada conminación de los «delitos de omisión propia en el ejercicio de cargo», y el que aun así se advierta alguna laguna de punición, al poderse castigar el no impedir un delito si acaso por el § 346 (encubrimiento en ejercicio de cargo), teniendo en cuenta el carácter fragmentario del Derecho penal, no puede en absoluto justificar el abandono de la idea fundadora de la equiparación, de manera que para satisfacer estas necesidades no suficientemente tenidas en cuenta por el Derecho positivo, únicamente es competente el legislador.

A este planteamiento cabe objetar que el dominio efectivo resulta discutible como fundamento de la equivalencia a la acción, cuando no todos los delitos de acción responden a esta idea, como ocurre con los delitos de infracción de deber³⁸.

Por otra parte, en relación con los delitos de control del desamparo o desvalimiento de la víctima, el criterio del dominio sobre dicha situación no resulta más determinado ni determinable que los que aspira a superar y al final depende, no de criterios ontológicos, sino normativos³⁹, esto es, de cómo se defina en una sociedad dada el alcance del referido dominio y de a quién se le considere atribuido. No olvidemos que en definitiva se trata de establecer la equiparación valorativa de lo estructuralmente desigual (acción y omisión). Si la igualdad de la omisión a la acción se deriva de la relación material de control del sujeto con respecto al curso causal conducente al resultado y las características de la acción omitida respecto de su adecuación para la evitación del resultado, también en la omisión propia que sólo responde al deber de solidaridad hay supuestos en que el omitente controla la situación de desvalimiento o el origen del peligro, que *asume* por el hecho de internarse en la situación en que puede ya actuar, y está en condiciones, sin necesidad de auxilio de terceros, de evitar el resultado. La idea del dominio sobre el origen del resultado y sobre el curso causal salvador, si la interpreto bien, no aporta un criterio de distinción practicable, reproche que por cierto el mismo Roxin⁴⁰ dirige contra el criterio de las expectativas recíprocas en el seno de la sociedad, de Otto o Brammsen, no reparando en que re-

³⁸ Así, Jakobs, *PG*, p. 970, nota 53.

³⁹ Así, Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 128 ss.

⁴⁰ *AT* t. II, p. 721.

sulta igualmente aplicable a la tesis defendida por él, siguiendo a Schünemann. Si acaso, y con dudas, serviría para distinguir la omisión propia en concepto de autoría de la de en concepto de partícipe en función de que el sujeto dominara o no la *definitiva* acción salvadora (ej. de participación en sentido material: la salvación última depende del auxilio médico recabado; en cualquier caso, todas las acciones impeditivas, incluyendo la de recabar ese auxilio por parte de otro, están equiparadas en el tipo)⁴¹, pero carece de poder definitorio acerca de cuándo se da o no posición de garante, o «posición de comisión por omisión», en terminología de Gracia Martín. Sin un criterio al menos susceptible de ulterior determinación y concreción, y el de Schünemann no parece satisfacer esta exigencia, difícilmente puede eludirse la infracción del principio de legalidad al establecer la responsabilidad por omisión impropia sin enunciación al menos inminente de los supuestos de equivalencia.

En la misma línea, Rudolphi⁴² niega aquí la concurrencia de deber de garante partiendo de que los deberes de protección presuponen dos requisitos: que a la víctima le sea total o parcialmente imposible protegerse por sí misma de los peligros que la acechan, y que entre el omitente y la víctima medie una relación de protección como aquella en que se basan los delitos de omisión impropia legalmente tipificados, como p. ej. en el § 221 StGB (abandono de menores). De ahí deduce, para los deberes derivados de ejercicio de cargo, que el cometido de defender sus propios bienes jurídicos corresponde primariamente al ciudadano, y por tanto distingue entre los casos en que éste es incapaz total o parcialmente de realizar tal cometido, por encontrarse en una relación especial de dependencia con respecto al Estado, como ocurre con los internos en instituciones penitenciarias y similares⁴³, o con los enfermos mentales, en los que sí se da posición de garante derivada del cargo; de aquellos otros en que el ciudadano no se encuentra en una situación de dependencia especial, sino en la de relación general entre Estado y ciudadano, en que éste

⁴¹ Cfr. al respecto STS de 23 de Julio de 2002.

⁴² SK, § 13, núms. margs. 54c y ss.; acerca de las tesis de Schünemann y Rudolphi, y en particular con respecto a la responsabilidad de los funcionarios con competencias ambientales, Gimbernat Ordeig, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en *Ensayos penales*, 1999, pp. 342 ss.

⁴³ Así, la STS de 3 de junio de 2008 afirma (en un supuesto de la violación de un recluso por parte de otros dos que compartían celda con él, si bien en el recurso se dilucidaba la responsabilidad civil de la Administración penitenciaria) la especial posición de garante de ésta para salvaguardar «la indemnidad del interno mientras permanezca en prisión, ya que lo es contra su voluntad y la administración penitenciaria debe velar por que no se viole el resto de los derechos que no quedaron afectados con la condena» (*scl.*, todos menos la libertad ambulatoria).

no está limitado ni básica ni jurídicamente ni en realidad en sus posibilidades de defender sus propios bienes jurídicos, supuestos en que no recae sobre los servidores públicos deber de garante alguno. Por el contrario, en estos últimos casos, el ordenamiento jurídico les atribuye (y salvaguarda sus posibilidades de defensa mediante) competencias para la legítima defensa propia y el estado de necesidad de los bienes propios, de manera que no queda espacio para una especial posición de garante de protección del Estado y de los funcionarios que lo representan. Para los casos en que el ciudadano afectado no esté en condiciones de preservar de daño personalmente sus bienes jurídicos, Rudolphi reconoce la obligación de la policía de socorrer, pero en plano de igualdad con el resto de los ciudadanos, esto es, a través del deber general de auxilio o solidaridad, no de uno específico del que se responda como garante⁴⁴.

Sin embargo, no justifica adecuadamente Rudolphi por qué el reconocimiento de una posibilidad, la de autodefensa, genéricamente reconocida en las que denomina relaciones generales Estado-ciudadano, posibilidad de autodefensa que precisamente falta en los supuestos en que surge la necesidad de intervenir para salvar del delito (si estuviera presente la posibilidad de autodefensa no se plantearía siquiera la necesidad de intervenir para evitar el delito, ni por tanto la responsabilidad omisiva en caso de no atender el mandato), fundamenta un tratamiento distinto del de los supuestos de relaciones de dependencia especiales del ciudadano con respecto al Estado, pues en uno y otro caso el ciudadano se encuentra indefenso y el Estado está obligado, en la medida de sus posibilidades (y en los casos debatidos esta posibilidad queda fuera de toda duda, puesto que está presupuesta) a defender los bienes jurídicos frente a conductas delictivas. A este respecto, la situación del ciudadano indefenso que p. ej. va a resultar muerto por alevosía, algo que —supongámoslo— puede evitar el agente de policía, en nada se diferencia de la del interno en una institución penitenciaria en análogas circunstancias. Que al ciudadano le asistan en abstracto las causas de justificación le-

⁴⁴ Rudolphi reconoce la posibilidad de posición de garante (por asunción) de los representantes del Estado cuando éste ha asumido funciones de protección determinadas (es decir, cuando se convierte en garante de protección por asunción), como p. ej. cuando la policía asume funciones específicas de protección de personas especialmente en peligro (piénsese en personalidades o en testigos protegidos), o la protección frente a determinados peligros, como p. ej. el derivado de incendios con respecto a los bomberos. En cualquier caso, no reconoce esta posibilidad en el caso de los funcionarios con competencias medioambientales. Llama la atención, no obstante, que por el criterio de *asunción* de funciones de protección frente a delitos respondiera incluso un guardaespaldas privado, y en cambio un agente de policía fuera de los supuestos de protección de determinadas personalidades o p. ej. de testigos protegidos.

gítima defensa o estado de necesidad no obsta a la necesidad de intervenir del agente de policía, sobre todo si en concreto no puede ejercerlas realmente, p. ej. debido a la superioridad del agresor. Por otra parte, también los internos pueden al menos en abstracto ejercer tales causas de justificación. Si lo que se quiere decir es que no pueden en concreto, el planteamiento debería extenderse a todo ciudadano que asimismo se ve imposibilitado por cualquier circunstancia.

En suma, frente a Schünemann y Rudolphi hay que señalar que falta la consecuencia entre sus puntos de partida y la conclusión restrictiva a que llegan en el caso concreto de la responsabilidad de la policía por no impedir delitos. Sus fundamentos no explican por qué se llega a una conclusión negativa. En realidad, la conclusión en uno u otro sentido depende de cómo se defina socialmente la relación del agente con el ciudadano que va a ser víctima de delito, de si la expectativa de que lo impida, pudiendo hacerlo, posee respaldo jurídico y da lugar a responsabilidad por las consecuencias, además de por la mera omisión, en comparación con la abstención de intervenir del *quivis ex populo*, de cualquier otro ciudadano en condiciones de impedir el delito. Hay que profundizar aún, pues, en el análisis de si la situación presenta el suficiente parecido a la de los casos absolutamente claros de comisión por omisión, como los del padre que no cierra el paso un peligro que se cierna sobre su hijo de corta edad o la del guía con respecto a los excursionistas en una situación de apuro. Y esta definición sólo puede ser precisa, a mi juicio, si se plasma de un modo u otro en la ley, merced a la soberanía del legislador que recoja el sentir social, mediante un catálogo de deberes de garante o de «responsabilidad especial», en su caso circunscrita a grupos de delitos específicos⁴⁵. Como se apuntó *supra*, no se entiende que con respecto a los delitos contra la integridad moral sí se aprecie la necesidad de establecer jurídico-positivamente la equivalencia a la comisión de la conducta omisiva de los agentes de la autoridad como supuesto específico, pero en cambio haya que dejar en la indefinición el resto de los grupos de casos en que éstos no impiden delitos, infringiendo su deber.

Asimismo, una vez determinadas las categorías de deberes de garante, queda por resolver el alcance de dicho deber. Ni siquiera los deberes indiscutibles, como la relación paterno-filial, carecen de límites, y en esta tarea de delimitación las ideas del dominio sobre el desvalimiento o de la relación general Estado-ciudadano no sirven de

⁴⁵ La supuesta imposibilidad de resolver legislativamente el problema de la equiparación, debido a la multiplicidad inabarcable de la materia, y a la necesidad de dejar margen a la evolución social hace ya tiempo que se ha aducido. En tal sentido, Henkel, «Das Methodenproblem bei den unecheten Unterlassungsdelikten», *MKrim* 1961, pp. 186 ss.

gran ayuda; es la definición social de la institución, con respaldo jurídico, la que determina hasta dónde llega el deber cualificado de preservar de peligros a otros, lo que preferiblemente debería dilucidar y fijar el legislador, el único con competencia para expresar la delimitación del contenido y alcance de la institución social.

Pero por otra parte, en contra de apreciar en estos casos el deber de garante cabe esgrimir un argumento adicional, a mi juicio decisivo: el de la excesiva exigencia que entrañaría una asunción de las funciones policiales que supusiera que el incumplimiento de las tareas profesionales cotidianas, consistentes en la prevención de delitos, entrañara el riesgo jurídico de responder por tales delitos no impedidos, sobre todo teniendo en cuenta la ubicuidad del fenómeno del delito. Un riesgo jurídico-penal de tal magnitud, continuo y permanente, sin parangón en toda la regulación penal, haría insoportable el ejercicio de la función policial y disuadiría a posibles candidatos a ejercerla, lo que a la postre redundaría en detrimento de la propia función de preservación de la seguridad pública.

El balance acerca de la posible posición de garante policial con respecto a la evitación de delitos arroja, pues, un resultado incierto. Pero ¿cómo se integra la cuestión debatida en el esquema general de responsabilidad de la policía por no impedir delitos impenibles que se deduce del Derecho positivo español?

V. El sistema de atribución de responsabilidad en el Código penal español. Conclusiones

Dejando al margen la problemática más amplia que plantean los supuestos de no intervención frente a delitos que pongan en peligro la vida o la integridad física, con respecto al tipo de la omisión de socorro⁴⁶, cuando quien ha omitido la intervención ha sido un agente de la autoridad confluye, en primer lugar, la posible aplicación de los tipos previstos en los artículos 450 y 412.3 CP⁴⁷.

⁴⁶ Cfr., sobre la jurisprudencia al respecto, que se inclina por conceptualizar como ley especial los arts. 412/450 con respecto al 195, Crespo Barquero, en Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, 1999, p. 1645, aludiendo a los problemas que presenta la omisión de asistencia sanitaria por parte de personal sanitario público.

⁴⁷ Cfr. al respecto Fernández García / López Moreno, «La omisión del deber de impedir delitos y de promover su evitación», *AP* 1998; Huerta Tocildo, «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», *La Ley* 1983; *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 199 ss.; Luzón Peña, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia», *La*

De entrada, no parece obvio que el art. 450 sea aplicable asimismo a la omisión de los agentes de policía, pues se presenta el inconveniente de que, desde una interpretación gramatical, difícilmente podría considerarse adecuado en este caso el tipo subsidiario del art. 450.2 («...quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia»)⁴⁸, que parece concebido en principio para *todos* los posibles autores del tipo principal del 450.1. Resulta forzado admitir que la autoridad «acuda» a sí misma, esto es, a la autoridad⁴⁹; como también la posibilidad de entender la expresión alusiva al acto de pedir refuerzos de más agentes de la autoridad. Pero la opción alternativa consistiría en negar que el tipo subsidiario fuera aplicable a todos los posibles supuestos del tipo principal, algo también difícil de admitir. Por último, la aplicación del art. 450 a la omisión de intervenir de la autoridad y sus agentes dejaría prácticamente sin razón de ser al tipo del art. 412.3, o al menos limitado a un ámbito de supuestos sumamente reducido.

Supongamos, no obstante, la respuesta afirmativa⁵⁰ ¿Cuál sería, en ese caso, la relación concursal del art. 450 con el art. 412.3, éste sí específicamente aplicable a los agentes del orden?

reforma penal y penitenciaria, 1980; «Participación por omisión y omisión de impedir delitos, *La Ley* 1987; Rubio Lara, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, 2003; «Tratamiento jurídico-penal de la abstención de intervenir para evitar o denunciar determinados delitos», *CPCr* 2005, pp. 133 ss.; *Denegación de auxilio por funcionario público (Código Penal, art. 412, párrafo tercero)*, 2006; «Delito de ausencia de los deberes del funcionario público de promover la persecución de los delitos y sus responsables», *La Ley Penal* 7 / 2008, pp. 45 ss.; Sola Reche, *La omisión del deber de impedir delitos del art. 450 CP*, 1999; Tardón Olmos, «Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución. Nueva regulación. Análisis comparativo respecto al texto anterior», *Delitos contra la Administración de Justicia. CDJ* 1997, pp. 45 ss.

⁴⁸ Señala esta incongruencia, subrayando la imposibilidad lógica de que el agente de la autoridad responda por el art. 450.2, Rubio Lara, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, pp. 212 ss.

⁴⁹ Al menos, a diferencia de la redacción del CP anterior (antiguo art. 338 bis, 2), ya no se castiga (subsidiariamente) la omisión del deber de denuncia, el cual sí encajaría sistemáticamente entre los delitos contra la Administración de Justicia (a diferencia de esta infracción del deber de impedir delitos) y se ajustaría al epígrafe del capítulo II, en que se encuadra: «De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución», si tenemos en cuenta que el no impedir un delito resulta distinto a no favorecer su persecución (así ya Benéitez Merino, en Conde Pumpido Ferreiro, dir., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, 1997, p. 4026).

⁵⁰ En la doctrina española, Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 942 ss. y 979 ss. (quien por otra parte propugna el concurso de delitos, por ser diferentes los bienes afectados en uno y otro caso; e incluso admite la subsunción de la responsabilidad por el art. 412.3 en la posible participación por omisión del policía en el delito no evitado) y González Rus (en Cobo del Rosal, coord., *Derecho Penal español. Par-*

De entrada, mientras que el tipo del art. 412.3 incluye entre los elementos del tipo que un particular (sea la víctima del delito o sea un tercero) requiera la intervención de la autoridad o funcionario, de manera que quedan fuera de su ámbito de aplicación los casos en que tienen noticia o conocimiento del delito, pero nadie requiere expresamente su presencia, el del art. 450 no incluye en cambio entre sus requisitos la petición de auxilio por parte de la víctima, sino simplemente «poder» impedir el delito⁵¹. Además, el art. 412.3 sí requiere *expresamente* la condición de autoridad para el sujeto activo.

Podría aducirse, pues, que el art. 412.3 constituye ley *especial*, aplicable preferentemente siempre que se den sus elementos específicos, que la singularizan con respecto al 450⁵². Y ello porque contiene más elementos especificadores, como la necesidad de que un particular requiera auxilio y, sobre todo, la condición de autoridad en el autor⁵³. El juego de tipos de los artículos 450 y 412 recordaría entonces la técnica, tantas veces aplicada por el legislador, de los delitos especiales impropios, pero en el ámbito omisivo: el particular que omite impedir determinados delitos responde por el delito común, art. 450, y el sujeto especialmente obligado por el especial, art. 412, pero por lo demás se trataría de tipos sustancialmente idénticos. En el caso del particular que omite requerir el auxilio de la autoridad y de la autoridad que desatiende el requerimiento de auxilio que sí realiza el particular (siempre que se trate de alguien ajeno a la víctima, naturalmente) el engranaje de los tipos resulta perfecto.

No se entiende, sin embargo, que este tipo aparezca conminado con pena inferior a la de aquél, siendo así que sus requisitos apuntan

te Especial, 2005, pp. 947 ss.) no descartan que también el funcionario de policía responda por el art 450, si bien abren la posibilidad de que sea aplicable el art. 412.3.

⁵¹ Así la STS 14 de noviembre de 2002.

⁵² Así, Quintero Olivares (*Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2008, p. 2021) defiende en estos casos, bien la aplicación preferente del art. 412.3, bien la consideración como ley especial del tipo de omisión del deber de impedir delitos y la aplicación residual, en función de la pena más benigna prevista, del art. 412.3 (pp. 1882 ss.).

⁵³ En tal sentido la STS de 2 de octubre de 1989, que alude a otros dos argumentos menos atendibles. En efecto, no cabe argumentar, como hace el TS, con el mayor ámbito de aplicación del antiguo art. 371.3 CP (actual 412.3), por referirse a mayor número de delitos, dado que donde se plantea el problema es en relación con los delitos en que se produce coincidencia entre los dos tipos, ni la mayor generalidad parece una razón que pueda abonar el principio de especialidad invocado. Y, en segundo lugar, la mayor pena a que se alude ya no encaja con el menor marco penal del actual art. 412.3, en comparación con el art. 450, lo que precisamente plantea el problema a que se alude más adelante. También en favor de aplicar el principio de especialidad, aun reconociendo que ello conlleva imponer una menor pena, sin cuestionarse la razón del privilegio, Serrano Gómez / Serrano Maíllo, *Derecho penal. Parte especial*, 2008, pp. 818 y 874.

a una superior exigencia de responsabilidad, como la condición de funcionario o autoridad del autor y la necesidad de haber sido requerida por un particular la intervención para impedir el delito. Y si no se entiende es porque el incumplimiento el deber cívico de solidaridad con los demás ciudadanos (para evitar que situaciones de peligro se transformen en lesiones de bienes individuales básicos, y en este caso debido a la circunstancia anecdótica de que el peligro se origina en un delito inminente), o de colaborar con la Administración de Justicia para impedir delitos, no puede resultar más gravemente castigado que el incumplimiento imputable a aquellos a quienes incumbe primaria y específicamente el deber de impedir los delitos y de perseguirlos⁵⁴, hasta el punto de constituir esta misión el núcleo de su función y de su razón de ser.

Parece que nos encontramos ante una situación análoga a la ya criticada por la doctrina con respecto a la antigua regulación de la detención ilegal practicada por funcionario con competencia para detener, incomprensiblemente privilegiada por comparación con la llevada a cabo por particular. En delitos caracterizados por la infracción de un deber especial, como los de funcionarios públicos, la infracción del deber especial, ya sea de omitir (detenciones ilegales) o de actuar (para impedir delitos), la razón de ser de la regulación de un tipo específico reside en la agravación, en ningún caso en la atenuación, que quedaría invalidada por su infracción del principio de proporcionalidad. Recuérdese que para salvar esta incoherencia en relación con la antigua detención ilegal privilegiada por parte de funcionario público se llegó a mantener la relación de concurso ideal entre el tipo especial y el común (esto es, la apreciación adicional del tipo común). Precisamente la tesis del *concurso ideal* es la tesis defendida por Muñoz Conde⁵⁵ y Huerta Tocildo⁵⁶ para la relación que nos ocupa, sobre la base de la diversidad de bienes jurídicos protegidos (deber genérico de impedir, por una parte, y deber específico de acudir en auxilio por razón de cargo) y la presencia como elemento típico del requerimiento por particular adicionalmente en el art. 412.3. No obstante, esta tesis resulta difícil de asumir, ante la coincidencia de conductas y situaciones típicas, puesto que la relación concursal que se produce entre elementos genéricos y específicos es la de la especialidad de és-

⁵⁴ En contrapartida, la vía de la denegación de auxilio permite hacer responder también por no haber intervenido para evitar otros delitos distintos a los enumerados en el art. 450, e incluso, lo que ha criticado la doctrina como exigencia excesiva, otros males (no delictivos).

⁵⁵ Vid. *supra* nota 50.

⁵⁶ *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 251, siguiendo a Rodríguez Mourullo.

tos, razón por la que ha de quedar desplazado el elemento genérico, y ante el criterio general de nuestro actual CP de tipificar expresamente, mediante figuras cualificadas, los delitos de funcionarios contra bienes jurídicos individuales (cfr. p. ej. los arts. 167, 198 o 204 CP). No comparto, por otra parte, que la presencia de requerimiento expreso proveniente de particular introduzca un contenido de ilícito adicional del que hubiera que dar cuenta *además*, puesto que el deber de intervenir se origina en la amenaza representada por el inminente delito, al margen de cómo esa circunstancia haya llegado a conocimiento del sujeto, agente de la autoridad.

Carece de lógica sistemática (se ha llegado a hablar al respecto de «dislate»⁵⁷), pues, que en el caso de funcionario de policía que no interviene requerido por un particular para impedir un delito el art. 412.3 constituya delito especial, y además privilegiado.

Pero por otra parte, si se optara por la regla de *alternatividad*, el art. 412.3, que como hemos subrayado prevé penalidad inferior, en la zona de coincidencia (apartados primero y segundo) prácticamente nunca llegará a aplicarse, al menos en su núcleo fundamental, esto es, el relativo a los delitos más graves, a los que se refieren paralelamente tanto el art. 450 como el 412⁵⁸.

En cambio, la aplicación del art. 412.3 como *subsidiario* del art. 450, en la línea de Del Moral García⁵⁹, resultaría puramente marginal, si bien le aseguraría a aquél un espacio de aplicación, ya que en la mencionada zona de solapamiento, referida a los delitos contra los bienes jurídicos individuales más importantes (vida, integridad, salud, libertad y libertad sexual) sólo cabe pensar que no se puedan cumplir las exigencias típicas del art. 450 y haya que recurrir subsidiariamente al art. 412.3 cuando la intervención del agente entrañe riesgo propio o ajeno, puesto que en éste no se excluyen del tipo los supuestos de

⁵⁷ Del Moral García, en Serrano Butragueño (coord.), op. cit., p. 1468.

⁵⁸ Orts Berenguer (en Vives Antón, coord., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol II, 1996, p. 1796; asimismo en Vives Antón et al., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2004, p. 910) también opta por la aplicación preferente del tipo del art. 450 para los funcionarios de policía, pensando sobre todo en los supuestos distintos al requerimiento para su intervención, esto es, en los casos en que el funcionario puede evitar el delito «en razón de su proximidad al lugar del suceso» y siempre que se trate de los delitos a que se refiere el art. 450, atentatorios contra los bienes jurídicos individuales de mayor entidad.

⁵⁹ Loc. cit. Rubio Lara (op. cit., pp. 21 y 213) parece optar por la aplicación preferente del art. 450.1 para el agente de la autoridad *que se halla presente* para evitar un delito contra los bienes jurídicos personales básicos, pero indudablemente cierra el paso a aplicarles el art. 450.2 a los supuestos de requerimiento por parte de particular para evitar esos delitos, para los que entraría en escena el tipo del art. 412.3.

inexigibilidad como sí ocurre en el del art. 450⁶⁰, supuestos que para los funcionarios quedarán modulados incluso en el art. 412.3, en razón de lo establecido por la regulación del estado de necesidad (art. 20.5.3º), en el sentido de una superior exigencia de sacrificio.

Discrepo en cambio de sostener, como hace Del Moral, la posible aplicación del art. 412.3 a los casos en que la intervención requerida, y omitida, no hubiera impedido el delito, por estimar que en todos los delitos de omisión pura, incluido el propio art. 412.3, constituye un elemento típico implícito la utilidad de la intervención para evitar el resultado (en este caso, la consumación del delito). Continuando con la analogía referida al estado de necesidad, la obligación de sacrificarse, por razón de oficio o cargo, no se extiende a la autoinmolación inútil, como tampoco aquí el deber policial incluye la intervención que no habría evitado el delito, porque un ordenamiento jurídico racional no impone mandatos inútiles, establezca o no expresamente la necesidad de dicha utilidad. Por tanto, no cabe mantener esta zona de aplicación del art. 412.3, puesto que si la intervención requerida no prometía servir para nada ni se aplicará el tipo del art. 450 (que sí establece expresamente la necesidad de que la intervención hubiera sido exitosa) ni el 412.3⁶¹. No existe diferencia a este respecto que justifique recurrir subsidiariamente al tipo del art. 412.3.

En suma, el sistema formado por los artículos 412.3 y 450 se hace acreedor a los calificativos de inexplicable e incoherente, pues en la omisión de impedir los delitos más graves por parte de los agentes de la autoridad resulta difícil no defender que, *al menos*, les sea aplicable el régimen de los particulares omitentes, ante lo absurdo de la opción alternativa privilegiante para aquéllos; y, una vez

⁶⁰ En sentido distinto, Vives Antón (op. cit., vol. 2, pp. 1890 ss.), que, entendiendo la expresión «sin riesgo» como elemento del tipo, estima que el legislador ha optado drásticamente por excluir de aquél todos los supuestos de riesgos, sin la restricción de éstos que supondría atender a las reglas de inexigibilidad para el ciudadano medio. Si existe riesgo en la intervención, aun cuando dicha intervención fuera exigible para el ciudadano medio, en función de este tajante requerimiento típico queda descartada la aplicación del *tipo*, y no sólo la *culpabilidad*. Dada esta interpretación, que recorta aún más el ámbito del art. 450, quedaría más margen aún para el art. 412.3. En sentido contrario, entendiendo que el único riesgo que descarta la aplicación del tipo es el de cierta entidad, no el de poca importancia, Serrano Gómez / Serrano Maíllo, *Derecho penal. Parte especial*, p. 872.

⁶¹ Así la jurisprudencia del TS en relación con el precepto correspondiente del CP, r. a. (art. 371.3), que entre los elementos del tipo requería que con la prestación del auxilio pudiera evitarse el delito o mal (SsTS de 2 de junio de 1969 y de 2 de octubre de 1989). La tesis que defiende la existencia de mandatos inútiles sí que conduce a delitos de omisión absolutamente *pura*: aquellos en que se conmina con pena el mero omitir que ni siquiera habría podido evitar el resultado.

defendida esta posibilidad, prácticamente queda sin contenido lo preceptuado en el art. 412.3. Resolver la insatisfactoria situación mediante una reforma legislativa no admite demora⁶².

Con todo, presupuesta la solución en cualquier sentido a la confluencia de los delitos de omisión pura (arts. 450 y 412.3), la cuestión concursal esencial se plantea entre ésta y el tercer elemento en juego: la posibilidad defendible de la responsabilidad en comisión por omisión en el grupo de casos, de mayor o menor amplitud, en que se afirme la posición de garante con respecto al agente de policía. El problema recuerda en este caso la relación existente entre la omisión del deber de socorro agravada cuando ocurre previa causación imprudente de la situación de desamparo por el sujeto omitente y la responsabilidad de éste en comisión por omisión.

A este respecto, caben dos posibilidades. Entender que, como delito de resultado, la comisión por omisión se aplica a los casos con producción de resultado lesivo, reservándose el delito de omisión pura (respectivamente, arts. 195.3 o 450/412.3) para la mera omisión sin consecuencias, de manera que a cada precepto le correspondería un ámbito de aplicación tangente con el otro; o bien entender que el delito de omisión impropia resulta de aplicación preferente, en virtud del principio de especialidad (fundada en la existencia de más elementos especificantes en la definición de la conducta típica: en este caso, ocupar el sujeto omitente posición de garante), tanto si se produce el resultado como si no, y en este último caso la tentativa de omisión impropia desplazaría al tipo de omisión pura, que quedaría sin ámbito de aplicación.

En favor de la primera interpretación hablaría el hecho de que el legislador no ha podido querer crear preceptos sin ámbito de aplicación alguno, como ocurriría con el art. 412.3 si el agente de policía respondiera por omisión impropia tanto en grado de consumación como de tentativa. Abonaría asimismo esta opción el hecho de que se habría optado por una estructura paralela a la de la punición de la imprudencia: hacer responder por el delito imprudente cuando hay producción del resultado y por delito de peligro, en los casos más graves, allí donde la generación del peligro no ha ido seguida de consecuencias lesivas.

⁶² Ha de mencionarse asimismo de pasada (puesto que en profundidad no resulta posible aquí) la eventual responsabilidad de los sujetos activos de estos delitos de omisión pura por la participación por omisión en el delito no impedido. Cfr. al respecto; Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, p. 381; Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 245; Rubio Lara, op. cit., p. 233 ss.

Otra posibilidad residiría en reconocer para los casos debatidos una omisión de gravedad intermedia, en los términos establecidos por Schünemann⁶³ y en la doctrina española por Silva Sánchez⁶⁴, que consistirían en omisiones puras cualificadas u omisiones puras de garante, sobre el modelo de los actuales artículos 195.3 y 196 CP, en que se agravaría la pena o llegaría a ser típica la conducta por la presencia de un especial deber, destacándose la conducta con respecto a la omisión pura, si bien sin imputación del resultado no evitado. Esta tesis, sin embargo, plantea varios problemas en los supuestos que nos ocupan. El primero, que precisamente cabe discutir la no imputación del resultado al sujeto especialmente obligado, cuando el riesgo que se trata de prevenir se transforma en lesión, puesto que habría que justificar la no aplicabilidad del régimen general del art. 11 CP en supuestos con deber específico, legalmente establecido, de impedir delitos⁶⁵. El segundo se deriva de que la referida técnica se aplica conforme al mecanismo del *numerus clausus*, y la responsabilidad en los supuestos que nos ocupan, la del agente de policía, no está contemplada *específicamente*, o si entendemos que sí, ello sería a través del tipo del art. 412.3, que en apariencia —y absurdamente— privilegia por la concurrencia del especial deber jurídico de actuar. En tercer lugar, habría que fundamentar suficiente y convincentemente la *no equiparación* valorativa de estos casos a los de posición de garante indiscutida. Y debería fundamentarse asimismo y sobre todo por qué con respecto a los delitos contra la integridad moral no impedidos de contrariedad a deber el funcionario de policía sí responde como garante (art. 176 CP), y no en cambio con respecto a otros delitos incluso más graves. Cabría plantearse esta tercera posibilidad, no obstante, como solución *de lege ferenda*, pero con el necesario reajuste armonizador con respecto a los delitos contra la integridad moral.

En conclusión, el balance que se extrae del sistema normativo español relativo a la responsabilidad del policía por no impedir delitos,

⁶³ Op. cit., pp. 379 ss.

⁶⁴ *El delito, de omisión: concepto y sistema*, 1986, pp. 339 ss., 344 ss.; *El nuevo Código penal: cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 70 ss.; «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los artículos 195.23 y 196 del Código penal», en *Manuales de formación continuada* n.º 4, 1999, pp. 135 ss. Amplía el abanico de graduación en las omisiones de gravedad intermedia Gracia Martín, «La omisión por omisión en el Derecho penal español», *CDJ* 1997, pp. 102 ss.; cfr. al respecto con reservas Sola Reche, «Delitos de omisión pura y sistema del Derecho penal», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, pp. 1000 ss.

⁶⁵ En favor de imputar el resultado en comisión por omisión, p. ej. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, 1997, p. 93; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 335 ss.

dándose los requisitos del delito omisivo, no puede ser más insatisfactorio. El malestar que, como antes se ha indicado, genera la articulación de los artículos 412.3 y 450, se agrava al incluir en el cálculo la responsabilidad a título de comisión por omisión. Los argumentos en pro y en contra de tal posibilidad carecen de poder de convicción como para fundamentar una decisión favorable o contraria. Por una parte, que la policía omita impedir un delito representa un incumplimiento de la misión estatal de garantizar la seguridad personal, de modo *primario*, como único trasfondo sobre el que poder planificar la convivencia pacífica (con respecto a la cual la defensa personal, incluido el auxilio legítimo, sólo se presenta como medida *subsidiaria*), pero por otra parte no acaba de convencer la equivalencia valorativa afirmada entre la comisión del delito por otro sujeto y la omisión de quien pudo evitarlo e institucionalmente debía hacerlo, aparte de que afirmar tal equivalencia expondría al policía en el ejercicio cotidiano de su actividad profesional, continuamente, a graves consecuencias penales, equiparables en gravedad a la de a los delitos no impedidos, lo que representaría un riesgo jurídico insoportable y disuasorio para eventuales candidatos a agentes de las fuerzas de seguridad.

Bien es verdad que podría subsanarse este inconveniente con una adecuada delimitación (legal) de los supuestos en que surge para el policía el deber de garante, en el sentido ya expuesto de la jurisprudencia alemana, de Roxin y Pawlik, complementándola con circunscribir el alcance del deber acentuado a los bienes jurídicos individuales esenciales, quizá en la línea del ámbito de aplicación del art. 450 CP.

Urge, pues, una delimitación legal del alcance de tal responsabilidad. Para definir jurídicamente el contenido de la función social de la policía es menester una decisión expresa del legislador en que cristalice hasta dónde, y con qué límites, ha de responder la autoridad o agente que incumple su deber primordial de impedir delitos. No se entiende que quede en la indefinición, como hasta ahora, una materia tan decisiva para la existencia y justificación del Estado como las consecuencias penales del incumplimiento por su policía del deber de garantizar la seguridad personal (en tanto que despliegue del monopolio estatal del ejercicio legítimo de la violencia) en los supuestos más claros, esto es, ante la inminente comisión de delitos graves fácilmente impedibles.

El problema verdaderamente acuciante reside en que diferir la solución a una futura reforma legislativa no deja más opción al intérprete que continuar orientándose en un sistema normativo incoherente e incierto.