

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIG PUIG  
Director del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales.  
Universidad de Barcelona

### **PROBLEMAS DEL TIPO DE OMISION DEL DEBER DE SOCORRO**

(Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente  
Sr. Díaz Palos)

JESUS MARIA SILVA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** I. Hechos.—II. «Miedo a ser detenido» y exigibilidad de la prestación de socorro.—III. La comisión del delito en estado de embriaguez.—IV. La injerencia en el artículo 489 bis, 3.º del Código penal.

#### I

El día 21 de mayo de 1983, el procesado se apoderó, sin emplear fuerza para ello, del vehículo matrícula S propiedad de María Pilar, quien lo había aparcado junto a un supermercado, en Oyarzun, hallándose el procesado afectado por una fuerte intoxicación etílica, conduciéndolo en este estado, y al pasar junto al campo de fútbol de Moliano, junto a la carretera, entre Pasajes Ancho y Rentería, y debido a la velocidad excesiva que llevaba, invadió la izquierda de la dirección de su marcha colisionando con el vehículo matrícula P, conducido por Antonio, que circulaba de frente, y repelido aquél por la colisión, chocó con el turismo matrícula M, propiedad de X. S. L., sufriendo lesiones Antonio y su esposa Arantxa; el procesado huyó después de las colisiones pese a haberse apercebido de la existencia de lesionados.

#### II

1. En el Cuarto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia, el Tribunal Supremo alude a que la fuga del procesado *evidencia el miedo a ser detenido por la sustracción del automóvil* con el que

perpetró la colisión con los otros dos vehículos (1). Ello, sin atribuir relevancia alguna a esta consideración. Sin embargo, de tal modo se realiza una observación que afecta a un problema discutido en la doctrina —fundamentalmente la alemana— y que merece, según creo, ser comentado con algún detenimiento. La cuestión podría formularse en los siguientes términos: *¿Es punible por el artículo 489 bis del Código penal quien no socorre, pudiendo hacerlo, por temor a que, si lo hace, sea detenido, juzgado y sancionado por la comisión de hechos delictivos anteriores?*

2. En Alemania, tal problemática se examina comúnmente a propósito de la cláusula de exigibilidad (*Zumutbarkeitsklausel*) del párrafo 323 c) StGB (2), con independencia de las discrepancias existentes acerca de la naturaleza jurídica, esto es, ubicación sistemática de la referida cláusula (3). En todo caso, parece ser opinión mayoritaria (4) la que entiende que el peligro de exponerse a un enjuiciamiento no es suficiente para rechazar la subsistencia de la sanción por omisión de socorro, tanto si se trata del enjuiciamiento por la causación del accidente que obliga a socorrer, como si se trata del relativo a otro hecho que no tiene nada que ver con el mismo (5). Tal opinión, de todo modos, no es indiscutible, ni mucho menos. Y así ha

---

(1) «... de modo que la fuga del procesado abandonando la escena de los hechos, más evidencia el miedo a ser detenido por la sustracción del automóvil con el que perpetró la colisión con otros dos vehículos, miedo que igualmente pone de relieve la propia capacidad reflexiva para eludir el alcance de la Ley, capacidad que no empleó, en cambio, para cumplir con un deber cívico y moral, sancionado jurídicamente, lo que elimina cualquier duda sobre su pretendida total falta de imputabilidad.»

(2) El párrafo 323 c) (*Unterlassene Hilfeleistung*) del StGB, relativo al delito de omisión del deber de socorro exige, entre otros elementos, que la prestación de socorro sea exigible (*ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist*).

(3) Básicamente se discute si la referida cláusula expresa un elemento de delimitación del tipo o una causa de exculpación. La primera es la postura dominante; la segunda, la minoritaria. Pero todavía hay una tercera que distingue según casos. Sobre ello, por todos, RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, Besonderer Teil (ed. Rudolphi-Horn-Samson), 6.ª entrega de la 3.ª ed., Frankfurt, enero, 1985, § 323 c), núm. 24.

(4) Esta postura es lógica si se parte de que reconocer la inexigibilidad de la prestación de socorro en estas circunstancias implica una especie de contradicción del Estado consigo mismo: reconocer relevancia eximente (a partir de contemplar como un mal para el sujeto) a algo que para él es un bien —la determinación y sanción de los responsables de un delito—. Sobre la doc. dom. cfr. RUDOLPHI: *SK BT*, 3.ª ed., § 323 c), núm. 27. En España, en el sentido de esta postura, RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pp. 225-226. En contra de tal doctrina dominante, por ejemplo, WELZEL: *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, en «Juristenzeitung (JZ)», 1958, pp. 494-497 y 495. En esta misma línea, en España, ALAMILLO CANILLAS: *La solidaridad humana en la Ley penal*, Madrid, 1962, p. 118. HUERTA TOCILDO: *Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*, en «La Ley», 1983, tomo 4, pp. 1047-1080 y 1055, nota 49, aunque aludiendo sólo al riesgo de recibir una pena privativa de libertad, y no privativa de derechos o pecuniaria.

(5) En nuestro caso se daban las dos situaciones: tanto la causación del accidente como un hecho delictivo anterior.

sido discutida en la propia doctrina alemana por un sector que esgrime argumentos de diversa índole. El más reiterado alude a que los ciudadanos no tienen ningún deber de contribuir al propio enjuiciamiento y, en las circunstancias que nos ocupan, la prestación de socorro equivaldría a una autodenuncia (6). A ello se ha objetado, sin embargo, que una cosa es la «autodenuncia inmediata», por así decirlo, y otra, en cambio, la realización de hechos que sólo de modo *mediato* o indirecto podrían incluirse en el ámbito conceptual de la autodenuncia. Estos últimos podrían ser exigibles por el ordenamiento jurídico, en determinadas circunstancias, si no de modo general (7). En realidad, como Frellesen ha observado, es lo más probable que, en la base del rechazo —por la doctrina dominante— de la aplicación de la institución de la inexigibilidad a estos supuestos se halle una concepción exacerbada de los componentes ético-normativos de la exigibilidad (8). Se entendería así que si bien en ciertos casos —y a propósito de determinadas normas— puede ser inexigible que el sujeto haya de sufrir males para cumplirlas, ello no rige para los males «justificados» o, en otras palabras, para los males impuestos por el ordenamiento jurídico o aquéllos que, de uno u otro modo, «merece» el sujeto (9). La cuestión es si tal planteamiento resuelve razonable-

---

(6) Cfr. la exposición de esta línea argumentativa en FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt, 1980, p. 173, aludiendo a la concurrencia de elementos de autodefensa y a la ausencia de fuerza motivadora de la norma en estos casos, y p. 175. Ya antes, de modo más detallado, FORSTER: *Die Zumutbarkeit des Handelns bei Gefahr von Strafverfolgung*, tesis doctoral, Erlangen-Nürnberg (aprox. 1971), pp. 7 y ss.

(7) Esta es la conclusión de FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, pp. 49 y 50. De todos modos, conviene no olvidar que cuando la jurisprudencia española rechaza la introducción en nuestro ordenamiento del llamado «delito de fuga» (142 StGB) lo hace poniendo de manifiesto que ello en la práctica llevaría a obligar a la autodenuncia. Así, la STS de 27 de marzo de 1987 (ponente Moyna Ménguez) señala que el delito de fuga es atípico en nuestro Derecho «porque no puede reclamarse a los culpables que se sometan voluntariamente a la acción y pesquisas judiciales». Como advierte FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 89, en el delito de fuga se opta expresamente por el deber, de modo que en él desde luego ya no cabe apelar a la exigibilidad.

(8) Cfr. FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit*, p. 174.

(9) Esta concepción de los males «justificados» se observa no sólo a propósito de la exigibilidad, sino también, por ejemplo, en la doctrina sobre la eximente de estado de necesidad del artículo 8.7.º del Código penal español. De conformidad con aquélla, se trata por muchos de excluir del concepto de *mal* los males justificados, señalándose que el «mal», a los efectos de esta eximente, ha de ser *injusto*. Con ello se desplaza al ámbito del sentido del término «mal» un problema que, a mi juicio, sólo se resuelve satisfactoriamente en el seno de la ponderación de males. Ahí es donde corresponde tener en cuenta, entre otros factores, el hecho de que el mal que se pretende evitar está «justificado», esto es, viene impuesto o al menos está permitido por el ordenamiento jurídico. Ello, en general, conducirá a que el mal a que el «mal» causado para evitar aquél sea estimado «mayor» y, en consecuencia, no quepa aplicar la eximente. Pero sólo esta vía es la analíticamente correcta, evitando restricciones injustificadas del tenor literal de la eximente e impidiendo soluciones erróneas por su excesiva generalidad. Cfr. sobre la opinión que entiende que el mal ha de ser «injusto o ilegítimo», SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, en «ADPCP», 1982, pp. 663-691, p. 670, nota 21.

mente las peculiaridades de esta situación de riesgo para el sujeto a propósito del delito de omisión de socorro o no es así. Y, a mi juicio, debe optarse por lo segundo. La exclusión categórica de toda posibilidad de estimar inexigible la prestación del socorro en estos casos puede llevar a soluciones como mínimo sorprendentes: así, por ejemplo, a castigar por omisión del deber de socorro al delincuente que, huyendo tras la comisión de un delito perseguido por la policía, pasa de largo ante un motorista accidentado sin socorrerlo; entre otros muchos. La advertencia de lo chocante de estas situaciones es, probablemente, lo que ha llevado a muchos autores a establecer una diferenciación. Así, se señala que será inexigible la prestación de socorro en los casos en que el proceso penal que amenaza al sujeto se produciría por un delito que nada tiene que ver con la situación de peligro de la víctima (10). En cambio, seguirá siendo exigible socorrer pese al riesgo de ser detenido y condenado en los casos en que el delito a enjuiciar es precisamente el relativo a la causación de tal situación de peligro (vgr. en la gran mayoría de casos, el atropello o colisión) (11).

3. La anterior distinción tiene una importante razón en su favor. En efecto, parte de advertir que no es la misma la intensidad del deber de socorro en un caso en que no se intervinó en la creación de la situación de peligro, que en otro en que sí se generó dicha situación de peligro para la víctima (por actuar precedente peligroso o *injerencia*) (12). Así las cosas, podría ser que, dada la amenaza de un mismo riesgo (proceso y sanción penal) para el sujeto, en un caso (el primero) fuera inexigible cumplir con el deber *general* de socorro, y en el otro (el segundo), en cambio, fuera exigible cumplir con el deber *especial* de socorro surgido en la situación concreta. No obstante, la distinción expuesta peca de excesivo esquematismo. En efecto, cabe que no se haya generado la situación de peligro y que, sin embargo, parezca difícil negar la exigibilidad del socorro; por ejemplo, en los casos en que el sujeto, por otro motivo, se encuentra en una posición de responsabilidad agravada respecto a la víctima, incluso hasta el punto de hacerle responsable del resultado a título de comisión por omisión (13). A la inversa, me parece excesivamente

(10) En contra de establecer esta distinción RUDOLPHI: *SK, BT*, 3.ª ed., § 323 c), núm. 27. A favor, en cambio, CRAMER: *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª ed., München, 1985, § 323 c), núm. 23.

(11) Recoge la distinción expuesta, FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit*, p. 172. FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 145. Afirmando la exigibilidad para el segundo caso, FURTER: *Hilfeleistung nach 330 c) StGB trotz Gefahr eigener strafgerichtlicher Verfolgung?*, en «Neue Juristische Wochenschrift (NJW)», 1961, pp. 1196-1197.

(12) FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 145.

(13) Cfr. FRELLESEN: *Die Zumutbarkeit*, pp. 201-202, aludiendo a cómo la concurrencia de un deber de garantía en el sujeto intensifica la exigibilidad. Discrepante para los casos de posición de garantía en que no se crea el peligro, FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, p. 145.

categoría la afirmación de que siempre —pese al riesgo de ser detenido— es exigible socorrer a la víctima del peligro creado por uno mismo; ello no tiene en cuenta la posibilidad —de la que el supuesto de hecho que nos ocupa es buena muestra— de que la detención dé lugar a sanción penal no sólo por los hechos que supusieron la necesidad de socorrer a la víctima, sino también por otros hechos delictivos anteriores. Con lo que de nuevo nos hallamos ante el problema. Un problema que estimo de difícil resolución, dado que la única vía auténticamente practicable para la misma es la de acudir a la valoración en el caso concreto (o grupos de casos). Ello, que sin duda no constituye el *desideratum*, es, sin embargo, casi obligado a partir de la concepción de la exigibilidad como principio regulativo. La virtud del planteamiento distintivo que hemos comentado radica precisamente ahí: en proporcionar un primer grupo de elementos a la valoración, al presentar por separado los deberes de diferente intensidad. Pero, a mi juicio, habría que tener en cuenta además otros extremos: así, la gravedad del peligro que amenaza a la víctima que debe ser socorrida, las posibilidades de que efectivamente dispone el sujeto de eliminar o reducir ese peligro, la intensidad mayor o menor del riesgo de ser detenido (14), la gravedad de la pena que se impondría al sujeto (por todos los delitos por los que fuera enjuiciado), etc. Estos y muchos más serían, según entiendo, los elementos que habrían de considerarse a la hora de decidir, en cada caso, si al sujeto le es exigible o no la prestación del socorro (15).

4. En resumen, estimo posible afirmar en algunos casos la inexigibilidad de la prestación de socorro cuando el socorrer implicaría probablemente para el sujeto la detención y consiguientes enjuiciamiento y condena. Ello, que considero materialmente satisfactorio, parte de la concepción del delito de omisión del deber de socorro como un tipo excepcional en nuestro sistema, al exigir bajo amenaza penal prestaciones positivas de los ciudadanos en general sin precisar de posiciones especiales de responsabilidad (salvo, claro está, en el párrafo 3.º) (15 bis). En este marco, la cláusula «sin riesgo propio ni de tercero» aparece como un contrapunto liberal que va más allá de los términos de la exigencia de estado de necesidad. En efecto, dejando aparte las discrepancias existentes en nuestra doctrina acerca de la

---

(14) Así, por ejemplo, sería desde luego exigible socorrer si la prestación de socorro no elevara el riesgo de detención, FURTNER: *NJW* 1961, p. 1197.

(15) En sentido parecido, aunque concretándolo en términos algo diferentes, FORSTER: *Die Zumutbarkeit*, pp. 110-111 y 126. FRELESEN: *Die Zumutbarkeit*, p. 196. Sobre la exigencia de cierta proporcionalidad entre el peligro que se podría evitar y el que se sufre, CRAMER: *Schönke-Schröder*, 22.ª ed., § 323 c), núm. 22.

(15 bis) A mi juicio, RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión*, pp. 226-227, no tiene en cuenta esta especial naturaleza de la omisión de socorro cuando señala que el interés en evitar la imposición de una sanción penal sólo es tolerable en tanto no se recurra a medios que constituyan por sí mismos nuevos delitos. En cambio, sobre el tema, WELZEL: *JZ* 1958, p. 496.

naturaleza sistemática de tal cláusula (16), la gran mayoría de los autores coinciden en entender que, si bien no basta una mera molestia para apreciar que concurre, tampoco son necesarios los requisitos de gravedad ni de ponderación de bienes referidos en el artículo 8.7.º del Código penal (17). No me parece admisible excluir de modo general del ámbito de aplicación de la cláusula los «riesgos justificados» (como el de la detención por un delito cometido); tal restricción conduce en la práctica a una ampliación de las fronteras de lo punible que no tiene en cuenta el tenor legal. Por el contrario, estimo procedente recurrir a la valoración de las situaciones concretas a fin de decidir en cuáles de ellas se da un *riesgo relevante* hasta el punto de hacer inexigible la prestación de socorro. Todo ello, teniendo en cuenta la especial naturaleza del delito del artículo 489 bis del Código penal.

5. En el caso que nos ocupa podrían darse elementos suficientes para afirmar la inexigibilidad de la prestación de socorro: por un lado, sobre el sujeto pendía no sólo la sanción por las lesiones imprudentes, sino también la correspondiente a la sustracción del vehículo; por otro lado, se encontraba en estado de fuerte intoxicación etílica, lo que no le hacía especialmente capaz de socorrer; y, en fin, la situación de peligro no era extrema, dado que, como consta en los Antecedentes de Hecho, los lesionados curaron a las ocho y doce días, respectivamente. Esto último, que incluso podría llevar a dudar de la justeza de la estimación de un «peligro manifiesto y grave» (18), constituye un argumento más para concluir la inexigibilidad: las lesiones eran leves, el sujeto activo en poco podía contribuir a paliarlas y él, en cambio, corría el riesgo de una detención con el problema añadido de ser reincidente. ¿Es exigible que alguien se exponga a tanto para tratar de resolver —en condiciones tan poco satisfactorias— una situación en sí tan poco peligrosa?

---

(16) La doctrina entiende mayoritariamente que tal cláusula está inspirada en el principio de no exigibilidad [por todos, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal (PE)*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 160]. Aunque existe debate entre quienes consideran que la misma afecta a la culpabilidad y quienes entienden que aquí aparece incorporada al tipo (en este último sentido, SAINZ CANTERO: *El delito de omisión del deber de socorro*, en «RGLJ», 209 (1960), pp. 422-454, p. 447. Consideran que es expresión de una causa de justificación, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Lā omisión*, pp. 213 y ss.; CÓRDOBA: *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, pp. 1214-1215. Claramente en el sentido de entender que es un elemento del tipo objetivo, HUERTA TOCILDO: *La Ley 1983*, tomo 4, p. 1053. Por mi parte, entiendo que se trata de elementos típicos, al ser la exigibilidad componente de la mayoría de los tipos omisivos, cfr. SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 301 y ss.

(17) Cfr. MUÑOZ CONDE: *PE*, 6.ª ed., p. 160. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal (PE)*, 10.ª ed. (a cargo de Serrano Gómez), Madrid, 1987, p. 127, que coinciden en entender que no basta una mera molestia. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho penal español (PE)*, vol. I, Barcelona, 1986, p. 175, señala que «el nivel de sacrificio exigido es pequeño: basta el pronóstico “ex ante” de que la acción salvadora acarrearía un perjuicio para la persona o integridad física propia o de un tercero». Parece necesario añadir a estos bienes la libertad.

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión*, p. 166, sobre la perspectiva cuantitativa de la gravedad del delito.

## III

1. El segundo de los temas abordados por la sentencia de 27 de abril de 1987 y que merece algún comentario, alude a la realización del delito de omisión del deber de socorro con ocasión de conducir un vehículo bajo una «fuente intoxicación alcohólica». El supuesto es significativo, en primer lugar, por permitir que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la diversa relevancia penal de las situaciones de embriaguez, sirviéndose de algunas afirmaciones que son, cuando menos, discutibles. Según el parecer de la Sala, sólo la embriaguez *fortuita* puede dar lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal, en función de que alcance «plenitud de efectos sobre el psiquismo del ebrio» o no llegue a tanto (19). La embriaguez culposa sólo determinará, siempre según el tenor de la sentencia que comentamos, la aplicación de la atenuante del artículo 9.2.º del Código penal (20). Tales consideraciones resultan criticables desde diferentes perspectivas. Por un lado, no se entiende por qué una embriaguez culposa no puede dar lugar a la eximente (completa o incompleta) de trastorno mental transitorio (21). El establecer diferencias, a este respecto, entre la eximente del artículo 8.1.º y la atenuante del artículo 9.2.º, choca frontalmente con lo dispuesto en el Código penal, que se conforma en ambos casos con que la situación no se haya buscado (o no se haya producido) con el propósito de delinquir. Cuestión diferente es que quien provoca imprudentemente una situación de embriaguez pueda ser hecho responsable en virtud de la estructura de *actio libera in causa*. Independientemente de esta posibilidad de imputación *en la causa*, sin embargo, no hay argumentos para negar la eficacia eximente —total o parcial— de tal situación de embriaguez en la última fase del proceso. Pero es que, además, el Tribunal Supremo no distingue de modo suficiente las diversas posibilidades que caben en la relación *provocación-embriaguez-delito cometido*. Estas son, muy esquemáticamente, las siguientes:

1 a) Provocación dolosa de la embriaguez más dolo de cometer un delito en tal situación (dolo/dolo).

1 b) Provocación dolosa de la embriaguez más imprudencia respecto a la comisión de un delito en tal situación (dolo/imprudencia).

2 a) Provocación imprudente de la embriaguez más imprudencia

(19) «...de suerte que a la embriaguez —atendidos su origen e intensidad— pueden acordársele efectos de exención total si es plena y fortuita, como incurra en el trastorno mental transitorio, o de eximente incompleta si siendo involuntaria en la causa no llega a alcanzar la plenitud de efectos sobre el psiquismo del ebrio...».

(20) Esta, en efecto, sería de aplicación a la embriaguez «...que no siendo fortuita ni preordenada en su origen, sino más bien culposa, produce igualmente perturbación notable del intelecto y voluntad como potencias más destacadas de la psique...».

(21) Críticamente la doctrina. Por todos, COBO-VIVES: *Derecho penal (PG)*, 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 636. GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, pp. 470 y ss; MIR PUIG: *Derecho penal (PG)*, Barcelona, 1985, pp. 510 y ss.

respecto a la comisión de un delito en tal situación (imprudencia/imprudencia).

2 b) Provocación imprudente de la embriaguez más ausencia de dolo e imprudencia respecto a la comisión de un delito en tal situación (imprudencia/...).

3 a) Embriaguez fortuita (.../...) (22).

El mencionado esquema pone, a mi juicio, claramente de relieve la diferencia trascendente entre las situaciones en que el dolo o la imprudencia se refieren sólo al hecho de embriagarse, y aquéllas en las que uno u otra se refieren, además, al delito cometido en estado de embriaguez. Lo inmediato, a la vista del Derecho vigente en España, es concluir que sólo el supuesto 1 a) excluye la aplicación de la eximente del artículo 8.1.º y la atenuante del artículo 9.2.º del Código penal (23), permitiendo todos los demás tal aplicación; lo que no excluye que en 1 b) y 2 a) pueda operar la estructura de la *actio libera in causa* imprudente, siempre que el delito cometido en el estado de trastorno sea susceptible de imputarse por la vía de la mencionada estructura. Todo ello, por supuesto, con independencia de si la embriaguez de la última fase surte efectos eximentes, de exención incompleta o de atenuación. En estas dos últimas variantes se producirá la coincidencia de un título de «imputación ordinaria» (el hecho realizado en la segunda fase con la concurrencia de la atenuante o eximente incompleta) y otro de «imputación in causa» (el hecho de provocación en la primera fase de la atenuación o exención incompleta para la segunda fase) que habrá que resolver conforme a criterios concursales (de leyes) (24).

2. De todos modos, hechas las observaciones anteriores sobre la incidencia general de la embriaguez en la realización de hechos delictivos, conviene detenerse sobre los aspectos particulares de la misma a propósito del delito de omisión del deber de socorro. Dos son las cuestiones que, a este respecto, es preciso contemplar: por un lado, la influencia de la embriaguez sobre la propia antijuricidad del hecho y no meramente sobre la culpabilidad (imputabilidad); por el otro, las peculiaridades de la aplicación de la estructura de «*actio libera*» al delito de omisión de socorro (como «*omissio libera in agendo*»). El primero de los temas referidos pone de relieve una singularidad de los delitos de omisión. En ellos, en efecto, la ingestión alcohólica puede afectar, además de a la imputabilidad del sujeto, a la presencia de un tipo de injusto omisivo (de una «omisión» en sentido jurídico-penal) (24 bis). A diferencia de lo que ocurre en los delitos comisivos,

(22) Cfr. MIR PUIG: *PG*, p. 511.

(23) Siempre que, además, sea un dolo caracterizable como «propósito».

(24) Vid. al respecto mi trabajo, SILVA SÁNCHEZ: *La embriaguez atenuante o eximente en el delito del artículo 340 bis a) 1.º* (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «*actio libera in causa*»), en prensa (RD circ.).

(24 bis) Sobre que la embriaguez, como la enfermedad mental, son cuestiones que afectan a más de un nivel sistemático, esto es, que tienen repercusiones en el injusto

a tal efecto no será precisa una embriaguez «letárgica» excluyente de la acción. Por el contrario, bastará, en primer lugar, una embriaguez que *ex ante* permita concluir la *imposibilidad* de prestar socorro, esto es, de atender con perspectivas de éxito a la persona necesitada de ayuda, una embriaguez que, según cuál fuera el contenido concreto de la acción salvadora, ni siquiera tendría que ser plena (25). En segundo lugar, a mi juicio, excluiría el tipo del delito del artículo 489 bis del Código penal, una embriaguez que, en el caso concreto, convirtiera a la prestación de socorro en un riesgo para el propio sujeto activo o un tercero (26), esto es, diera lugar indirectamente a que la «cláusula de exigibilidad» del referido precepto entrara en funcionamiento. En fin, excluiría el tipo de la omisión de socorro dolosa (y, eventualmente, también el de la imprudente) una embriaguez que impidiera que el sujeto se apercibiera de la existencia de la situación típica o de la posibilidad de resolverla, actuando así en error de tipo vencible o invencible (26 bis).

3. ¿Podría advertirse algo de lo anterior en el caso concreto que comentamos? Parece que, de acuerdo esta vez con lo señalado por el Tribunal Supremo, debe concluirse que no. Desde luego, resulta probado que el conductor estaba afectado por una fuerte intoxicación etílica. Pero, no obstante, no parece que la intoxicación fuera tan intensa como para impedirle demandar auxilio ajeno (27), con lo que puede afirmarse la *posibilidad «ex ante» de actuar en el sentido indicado por el tipo*. Por otro lado, tampoco parece de recibo la argumentación de la defensa que, junto a lo anterior, sostiene que «dado su estado, le era arriesgado prestar el auxilio por el peligro de ser, a su vez, atropellado por otros coches»; pues la misma forma de socorro consistente en demandar auxilio ajeno le era perfectamente factible sin correr riesgo alguno (28). Los efectos de la embriaguez

y no sólo en la culpabilidad (también en los delitos de comisión), vid. MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, p. 97, nota 133.

(25) Piénsese en que la conducta salvadora fuera ir nadando hasta el lugar en que la víctima se ahoga. Dado que la posibilidad de actuar y la posibilidad «ex ante» de evitar el resultado son elementos del concepto de omisión (tipo de injusto omisivo), una embriaguez que afectara a lo uno o a lo otro excluiría ya la propia antijuricidad omisiva.

(26) Incluida la propia víctima.

(26 bis) Este efecto de la embriaguez en la antijuricidad puede advertirse también en los delitos comisivos.

(27) Forma de auxilio que el artículo 489 bis prevé como alternativa a la propia prestación de socorro (párr. 2.º) y que sí parece posible en el caso concreto, dado que el sujeto siguió conduciendo para huir del lugar de los hechos. Dice el Tribunal Supremo: «Siendo así que, al igual que huyó, pudo demandar auxilio, al ocurrir los hechos muy cerca de poblado.» Según el Tribunal Supremo, la capacidad para esta segunda conducta debe presumirse en toda persona imputable, aun con imputabilidad disminuida.

(28) La existencia de un error de tipo motivado por la embriaguez, alegada, asimismo, por la defensa, es rechazada por el Tribunal Supremo: realmente consta en los hechos probados que el sujeto huyó «pese a haberse apercibido de la existencia de lesionados», con lo que el error sólo podría haberse referido a la posibilidad de actuar en el sentido requerido por el tipo, lo que no parece probable.

quedan, así, reducidos al ámbito sistemático de la imputabilidad. En cuanto a esto es, desde luego, discutible si deben dar lugar tan sólo a la atenuante (como estima el Tribunal Supremo, fundamentándolo en las consideraciones criticadas al principio de este apartado) (29) o, más bien, a una eximente incompleta e incluso completa. Sin embargo, la parquedad de las alusiones hechas en los Antecedentes de Hecho a este tema impide la adopción de una solución concluyente al respecto, por mucho que la expresión «fuerte intoxicación etílica» parezca tener un sentido que va más allá de la mera atenuación por embriaguez.

4. En cuanto al segundo de los temas antes indicados, es decir, el relativo a la aplicación de la estructura de «*actio libera*» al delito de omisión de socorro, no cabe ignorar la existencia de sustanciales dificultades. Estas se derivan fundamentalmente del hecho de que en la segunda fase o no hay omisión (si falta la posibilidad de actuar) o la misma no es culpable (30) y en la primera fase es dudoso poder advertir una omisión (31). En mi opinión, que expreso aquí muy resumidamente, si ya en la primera fase (esto es, al embriagarse) se advierte o debería advertirse la posibilidad real de que con posterioridad haya que socorrer a terceros, cabría afirmar que ya en esa primera fase hay una situación de peligro (al provocar la propia incapacidad de socorrer) y una omisión de la conducta indicada (que debe consistir en mantener la propia capacidad de socorrer a terceros) (31 bis). Sin embargo, será imposible afirmar la concurrencia de una «omisión» (que, no se olvide, según entiendo no es otra cosa que una realización típica omisiva, dolosa o imprudente) cuando en la primera fase, esto es, al embriagarse, resulta subjetivamente imprevisible que haya que socorrer a nadie (32). Dado que, a diferencia de lo que ocurre en la comisión por omisión (32 bis), esto último será lo más común en la omisión de socorro (33), en la que se trata de ciudadanos sin ningún deber especial, parece claro que la estructura de «*omissio libera in agendo*» tendrá una muy limitada aplicación en el delito de omisión del deber de socorro. Quizá por ello se ha discutido con cierta intensidad en Alemania acerca de la aplicación

(29) El Tribunal Supremo rechaza expresamente el transtorno mental transitorio.

(30) Prescindo ahora de ocuparme, dada su complejidad, de los casos en que en la segunda fase concurren una atenuante o una eximente incompleta provocadas. Cfr. lo señalado en nota 24.

(31) Sobre estas dificultades, cfr. SILVA: *El delito*, pp. 262 y ss.: son las propias de las situaciones de «*omissio libera in agendo*».

(31 bis) Cfr. SILVA: *El delito*, p. 268. Un comentario sobre las otras dos fundamentaciones teóricas, la de la infracción directa del mandato y la de la prohibición derivada teleológicamente del mandato, se halla en pp. 262-264.

(32) Piénsese en quienes beben despreocupadamente en cualquier fiesta.

(32 bis) En la que el sujeto tiene una posición de responsabilidad agravada hasta el extremo de la identidad estructural con la comisión activa.

(33) Salvo en los casos en que el sujeto que se embriaga tiene previsto conducir después en estado de embriaguez.

a estos casos de embriaguez en el delito de omisión de socorro del tipo del *Vollrauschtatbestand* [§ 323 a) StGB], que sanciona a quienes realizan un hecho antijurídico en estado de inimputabilidad (intoxicación por alcohol o drogas) provocada, con independencia de esa relación de previsibilidad de la concreta situación de peligro, a la que antes aludíamos como exigencia para aplicar la estructura de «omisión libera in causa (in agendo)» (34).

#### IV

1. Deseo, por último, ocuparme, a propósito de la STS de 27 de abril de 1987, de un tema que en la misma no recibe un tratamiento especial, pero para cuyo comentario ésta, como cualquier otra de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el delito del artículo 489 bis III del Código penal, es ocasión propicia. En efecto, en este pronunciamiento jurisprudencial se aplica el párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal (en concurso real con el correspondiente delito imprudente) a quien, tras producir imprudentemente una situación de peligro para otra persona, dolosamente deja de socorrerla. Esta solución, que parte de interpretar el término «accidente» del artículo 489 bis, 3.º, como comprensivo tanto de las creaciones imprudentes de peligro como de las fortuitas, muestra los siguientes rasgos característicos: a) es expresión de la corriente dominante en la jurisprudencia y en la doctrina española (según creo) (35); b) se distancia de la postura dominante en Alemania, para la que el sujeto que, por ejemplo, tras un atropello imprudente (y, según algunos, incluso uno fortuito), no socorre a la víctima (dolosamente) es sancionado por comisión por omisión dolosa (por *injerencia*) (36); c) ha sido reciente-

(34) Cfr. BayOLG 22-2-1974 8 St 52/73, publicada en «NJW 1974», pp. 1520-1523. Sobre el tema, además ampliamente, STRENG: *Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat?*, en «JZ», 1984, pp. 114-120, en especial 117 y 118.

(35) Cfr. STS de 24 de abril y 16 de noviembre de 1974, 17 de noviembre de 1975, 29 de noviembre de 1978 y 5 de abril de 1983 (comentada por HUERTA TOCILDO: *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial, La Ley*, 1983-3, pp. 277-283), que exige imputación objetiva, y 25 de enero de 1984, entre otras. En la doctrina, MUÑOZ CONDE: *PE*, 6.ª ed., p. 161. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal (PE)*, Barcelona, 1986, p. 99. QUERALT: *PE*, p. 176. TÓRIO: *Aspectos de la omisión especial de socorro*, en «ADPCP», 1967, pp. 581-602, 583-584. RODRÍGUEZ MOURULLO: *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia*, en «ADPCP», 1973, pp. 501-531, p. 511. LUZÓN PEÑA: *Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro*, en «Derecho penal de la circulación», Barcelona, 1985, pp. 121-130, p. 126.

(36) Por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal* (trad. Mir-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 859 y 860, con amplias referencias bibliográficas. También HERZBERG: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin-New York, 1972, pp. 256 y 293. Muy crítico con esta doc. dom. SCHÜNEMANN: *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, en «Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)», 1974, pp. 231-242, pp. 233-236. Para otras voces discrepantes, cfr. SILVA: *El delito*, p. 345, nota 282, aludiendo a Meyer-Bahlburg, Nickel, Schöne, Roxin, etc. En la línea de la doc. dom. alemana parece pronunciarse la reciente STS 25-4-88 (ponente Bacigalupo Zapater).

mente criticada en nuestro país desde dos extremos: uno que entiende que el artículo 489 bis, 3.º, sólo debe aplicarse en caso de *causación fortuita* de la situación de peligro (37), y otro que entiende que sólo debe aplicarse en caso de *causación imprudente* (38) del referido peligro.

2. La primera de estas dos posturas críticas se asienta sobre dos premisas fundamentales: a) la consideración de que el actuar precedente imprudente (vgr. en este caso, el atropello imprudente) da lugar a que el posterior no-socorrer constituya una realización típica en comisión por omisión (por la concurrencia de la posición de garantía de la injerencia) (39), y b) la consideración sistemático-gramatical de que el término «accidente» del artículo 489 bis 3.º del Código penal sólo se refiere al actual precedente fortuito, con lo que la omisión pura agravada se limitaría a éste, concordando con la conclusión obtenida antes respecto al actuar precedente imprudente (40). Por su parte, la segunda de las posturas críticas se deriva de sostener que ningún actuar precedente, ni el imprudente ni mucho menos el fortuito, son suficientes, no ya para una responsabilidad en comisión por omisión, sino ni siquiera para fundamentar una agravación de la sanción por la posterior omisión de socorro (41). Así las cosas, lo cohe-

---

(37) Dando lugar la causación imprudente a una posterior responsabilidad en comisión por omisión (en la línea de la doctrina dominante alemana). Así, HUERTA: *La Ley 1983-3*, p. 281. La misma autora en *Injerencia y artículo 489 bis, 3.º del Código penal*, en «ADPCP», 1985, pp. 37-60, pássim. Este punto de vista, a propósito del artículo 106 del Código penal argentino, era el sostenido por BACIGALUPO: *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en «ADPCP», 1970, pp. 35-48, pp. 41, 43 y 44.

Se han adherido al punto de vista de Huerta Tocildo, COBO-CARBONELL, en COBO-VIVES (coord.)-BOIX-ORTS-CARBONELL: *Derecho penal (PE)*, vol. II, Valencia, 1988, p. 67.

(38) Dando lugar la causación fortuita a responsabilidad por omisión del deber de socorro del artículo 489 bis 1.º y 2.º, esto es, sin la agravación. Es el punto de vista de ZUGALDÍA ESPINAR: *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal*, CPC 1984, pp. 571-590, exponiendo la hipótesis en p. 578.

(39) Cfr. HUERTA: *ADPCP 1985*, pp. 50 y ss. 58 y pássim.

Más recientemente, Huerta (en su trabajo, *Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión*, contenido en el libro «Problemas fundamentales de los delitos de omisión», Madrid, 1987, pp. 17-197, p. 178) ratifica su punto de vista relativo a que la injerencia imprudente da lugar a responsabilidad en comisión por omisión, pero sólo de *lege lata*, proponiendo de *lege ferenda* que el artículo 489 bis, 3.º, se refiera expresamente a los casos de imprudencia, excluyendo los fortuitos.

Por mi parte, estimo de difícil fundamentación la conclusión que la autora obtiene de que en el *Derecho español vigente* el actuar precedente imprudente da lugar a responsabilidad en comisión por omisión, y todo ello por no haber, a su juicio, dicho actuar en el término «accidente» del artículo 489 bis, 3.º. Además, una reforma de tal artículo no puede tener tanta fuerza como para decidir si la injerencia da lugar o no a comisión por omisión, problema dogmático de construcción que surge en todos los ordenamientos por igual y que, desde luego, se seguiría planteando aunque se produjera la reforma del artículo 489 bis, 3.º, propuesta por Huerta.

(40) HUERTA: *ADPCP 1985*, p. 49 alude al artículo 6 bis, b) del Código penal.

(41) ZUGALDÍA: *CPC 1984*, pp. 579 y 580, rechazando como criterios de agravación la «proximidad física» (para el actuar precedente fortuito), pues un no causante

rente es solicitar la derogación del párrafo 3.º del artículo 489 bis (42); sin embargo, dado que el citado párrafo es Derecho vigente y hay que dotarle de algún contenido, se propone que éste sea el mínimo posible y, por ello, se reduce a los casos de actuar precedente imprudente (43).

3. Por mi parte, estimo que el Tribunal Supremo y los autores que se sitúan junto a él tienen razón. Ello, por varias consideraciones que expongo muy sumariamente:

1. En primer lugar (y a diferencia de Huerta Tocildo), estimo que ni el actuar precedente imprudente ni el fortuito pueden hacer responsable al sujeto que luego no evita el resultado como autor en comisión por omisión. Justificar cumplidamente este punto de vista exigiría, claro está, mayor espacio del que aquí dispongo. Por tanto, simplemente diré que, en mi caso, ello es consecuencia de mi concepción según la cual la comisión por omisión no se deriva de la infracción de un deber (ni siquiera de un deber de garante), sino que requiere la constatación de una identidad estructural y material entre el hecho omisivo y la realización típica comisiva correspondiente. Tal identidad exige, como condición *sine qua non*, la existencia de un previo acto de compromiso de contención de riesgos en el sujeto que luego omite hacerlo. Y esto, desde luego, no ocurre, en general (44), en los referidos supuestos, en los que se da lo que la doctrina alemana ha llamado *Garant wider Willen* (esto es, sujetos que serían garantes incluso contra su voluntad, sin acto voluntario de asunción) (45).

2. En segundo lugar (y a diferencia de Zugaldía), considero que hay motivos para mantener la agravación del párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal (46). No ya por entender que respecto a la persona causante del accidente la víctima se encuentre en una situación de dependencia fáctica, ni por creer que aquélla posea un monopolio de ayuda (47). Pero sí por la existencia de una especie de relación de «proximidad social» (48), en virtud de la cual parece obvio que el que crea el peligro, incluso fortuitamente, es más que un simple tercero, ha «entrado» en la esfera jurídico-social de bienes de la víctima y tiene, por ello, un deber intensificado de evitar la

---

puede estar más cerca y en mejores condiciones de socorrer, y la infracción del deber (en el imprudente), pues en tal caso se produce una rechazable doble valoración de la imprudencia (sancionando por lesiones u homicidio imprudente y agravando la pena de la omisión).

(42) Y así lo propone ZUGALDÍA: *CPC 1984*, pp. 578 y 579.

(43) ZUGALDÍA: *CPC 1984*, p. 589.

(44) Sobre algunas excepciones a este principio, cfr. LUZÓN: *Derecho penal de la circulación*, p. 126 y ss.

(45) Sobre mi concepción de la comisión por omisión, cfr. SILVA: *El delito*, pp. 359 y ss. y pássim.

(46) Sobre los autores que comparten este punto de vista en Alemania, cfr. SILVA: *El delito*, p. 345, nota 282.

(47) Vid. la referencia a Zugaldía en nota 41.

(48) Cfr. HUERTA: *ADPCP 1985*, p. 44, citando a Androulakis.

producción de la lesión. No es, pues, algo empírico, fáctico, sino axiológico-normativo (49), por mucho que los argumentos fácticos (en general, el causante suele ser el que está en mejores condiciones para socorrer, aunque sea poniendo a la víctima en manos de otro sujeto más capaz) puedan haber contribuido a confirmar la hipótesis (50).

3. Pero sentado lo anterior, parece difícilmente aceptable que tal agravación afecte sólo a quienes han causado imprudentemente el accidente. La «proximidad social» es exactamente igual en la causación fortuita, de modo que sólo consideraciones versaristas podrían fundamentar la agravación en un caso sí y en el otro no. Sobre todo si se parte del hecho de que el delito comisivo imprudente eventualmente concurrente se castiga aparte.

4. En otro orden de cosas y dejando aparte mi postura contraria a que la injerencia fortuita o imprudente pueda fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión, tampoco, desde el punto de vista exclusivo del artículo 489 bis, 3.º, veo motivo para sancionar sólo por omisión pura agravada a quien crea fortuitamente el peligro y, en cambio, por comisión por omisión a quien lo crea imprudentemente. De nuevo se advierte aquí una diferencia en la que sólo criterios versaristas podrían aportar una fundamentación satisfactoria.

5. Aparte está el tema de la interpretación gramatical del término «accidente». Huerta Tocildo sostiene, a mi juicio con razón, que en el Código penal dicho término expresa en general la ausencia de dolo e imprudencia. De modo que, sistemáticamente, su postura se vería confirmada. Sin embargo, hay razones de uso común del lenguaje que permiten entender que el sentido literal posible del término «accidente» alcanza también a hechos imprudentes. De modo que, por esta parte, no hay obstáculos gramaticales a la solución que estimo materialmente más satisfactoria: a saber, que tanto el actuar precedente imprudente como el fortuito dan lugar, en caso de una posterior omisión de socorro, a la responsabilidad agravada del artículo 489 bis, 3.º, del Código penal. La única diferencia entre ambas situaciones será que, en caso de imprudencia, a la omisión agravada habrá que unir, en concurso real, una lesiones u homicidio activo imprudente.

---

(49) La relación es, desde luego, más estrecha aquí que con el «quavis ex populo» anónimo. Puede también decirse que aumenta la exigibilidad. Cfr. LUZON: *Derecho penal de la circulación*, p. 134.

(50) Con razón, a mi juicio (aunque no comparto su conclusión de adhesión a Huerta), dicen COBO-CARBONELL: *PE*, p. 67, que «no puede afirmarse que no exista una relación más estrecha entre el sujeto que causa fortuitamente un peligro y el bien jurídico que entre éste y un tercero ajeno al mismo». En un plano de Derecho privado, está claro que quien, incluso fortuitamente, causa un daño tiene deberes específicos de reparación. La *posición jurídica* de quien ha realizado un actuar precedente peligroso —también uno fortuito— es, pues, a la hora de tratar de reducir el daño, distinta de la del ciudadano no implicado previamente en ese daño. Por lo demás, también el sentimiento psicológico-individual y la conciencia ético-social establecen diferencias al respecto.