

El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la ingerencia

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Objetivos y limitaciones de la reforma de 8 de abril de 1967.*—II. *Intentos jurisprudenciales de superar las deficiencias de la reforma de 1967.* A. La tesis de la plena desvinculación de los tipos contenidos en los párrafos primero y último del art. 489 bis.—B. La tesis de la autonomía técnica y práctica del «subtipo» agravado del último párrafo del art. 489 bis.—III. *El pensamiento de la «ingerencia».*—IV. *Especial exigencia del deber de socorro a quien causó el accidente. Repercusiones sobre la interpretación jurisprudencial de las características de la figura básica.*—1. La situación de peligro y la irrelevancia de la ineficacia del auxilio. La idea de fuga como núcleo del tipo. 2. Deber preferente de prestar socorro. Desamparo relativo. Presunción de desamparo.—3. Deber de cerciorarse de las consecuencias del accidente. Voluntario incumplimiento de este deber y dolo del no auxilio a víctima. El problema de la imprudencia.—V. *La ingerencia y la responsabilidad civil derivada del delito de omisión de socorro.*

I. *Objetivos y limitaciones de la reforma de 8 de abril de 1967.*

Como es sabido, el último párrafo del artículo 489 bis del C. p. (1) fue introducido por la Ley de 8 de abril de 1967, que se había fijado como uno de sus objetivos la incorporación al Código penal de los delitos cometidos con ocasión del tráfico automovilístico, regulados hasta entonces en legislación especial (Ley de 9 mayo 1950 primero, y luego Ley de 24 diciembre 1962).

Lo que el legislador de 1967 pretendió, según expresa manifestación, fue trasplantar al Código penal los delitos contenidos en la Ley especial. En el apartado tercero del preámbulo de la Ley de 8 de abril de 1967, después de subrayar la conveniencia de la inserción de los delitos de tráfico en el Código penal común habida cuenta de «su indudable semejanza» con otros previstos en el texto punitivo principal,

(1) "Si la víctima lo fuese por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor."

el legislador afirma: «La experiencia proporcionada con la aplicación de la Ley especial permite dar ya este paso adelante, encuadrando los delitos que tipificaba en el Código penal común».

Si el legislador de 1967 creyó que con el traslado al artículo 489 bis del C. p. de la modalidad agravada contenida en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, no alteraba sustancialmente la figura de omisión de socorro hasta entonces prevista en la Ley especial, hay que decir que se equivocó. En efecto, la omisión de socorro prevista en el artículo 7 de la Ley de 24 de diciembre 1962 (2) experimentó, a través de la referida incorporación, una transformación profunda. La « semejanza » que existía entre la omisión de socorro común y la especial no justificaba la inserción de ésta en aquélla. Ambas figuras, según tendremos ocasión de ir comprobando, presentaban una estructura típica distinta y respondían a finalidades político-criminales diferentes.

El texto de la Ley especial permitió a la jurisprudencia una interpretación lata que, más allá de la expresa denominación legal de « omisión de socorro », aproximó esta figura a la propia del *delito de fuga*. Conde-Pumpido recordó oportunamente a raíz de la reforma de 1967 que, bajo la vigencia de la legislación especial, la jurisprudencia « entendió cometido el delito incluso en los casos en que no existieran víctimas personales (S. T. S. 18-XI-66) (3), o en que el auxilio pudiera ser

(2) “Se aplicará al conductor la pena de prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años en caso de que se tratara de víctima causada por él.”

(3) La sentencia 18 noviembre 1966, de conformidad con la interpretación de algunos comentaristas, entre ellos, REYES MONTERREAL, *Comentarios a la ley de uso y circulación de vehículos de motor*, Barcelona, p. 101, estimó que el término “víctima” aludía, en el sentido del artículo 5 de la ley de 9 mayo 1950 (y lo mismo luego en el artículo 7 de la ley de 24 diciembre 1962) al titular de bienes en peligro, fuesen éstos personales o patrimoniales. “Acierta —dice la Sentencia 18 noviembre 1966— el Considerando primero de la Sentencia impugnada, al estimar que el vocablo «víctima», que emplea el precepto discutido, no significa necesariamente persona lesionada, según sostiene el recurrente, sino que lo es toda persona que padece daño, y en el presente caso es ciertamente indiscutible que el perjudicado por el suceso padeció daño o detrimento en sus bienes, al causársele en su vehículo por importe de 15.000 pesetas. En realidad, tal amplio entendimiento de este término era ya discutible a la luz de la legislación especial. La palabra «víctima» tenía en el artículo 5 de la ley de 9 de mayo 1950 y el 7 de la de 24 de diciembre de 1962, el mismo significado con que se utiliza en el lenguaje corriente, relativo a accidentes de tráfico, en el que la expresión «víctima» equivale a víctima personal, hasta el extremo de que, por ejemplo, basta decir, como a diario se dice en los periódicos, «hubo tantas víctimas o no hubo víctimas», para que resulte ya superfluo añadir el adjetivo «personales». Y así lo estimó con buen sentido un autorizado sector de comentaristas. E. CUELLO CALÓN, *Ley penal del automóvil* (Barcelona, 1950), p. 53: “Es requisito indispensable que haya una o más víctimas, que se haya causado un mal a las personas; el que causa daño en las cosas y emprende la fuga, sin cuidarse del perjudicado, no comete este delito, a lo más podrá incurrir en la sanción, señalada en el artículo 49 a) del Código de la Circulación.” F. PERA VERDAGUER, *La ley del automóvil* (de 24 de diciembre de 1962) (1963), p. 100: “Se precisa también que haya una o

prestado por terceros (S. T. S. 21-II-62); así como si el auxilio es superfluo, tanto por la inexistencia de un riesgo en que la víctima se encuentre (S. T. S. 10-V-1963); cuanto por haberse consumado el riesgo en el daño temido, que hace inútil toda ayuda, como ocurre cuando la víctima ha muerto en el acto (S. T. S. 26-XII-66); e insistiendo en que el momento consumativo radicaba en la huida del lugar del hecho, sin que desnaturalizara el delito el retornar más tarde para prestar un posterior auxilio (S. T. S. 21-II-1962)». Toda esta doctrina jurisprudencial —añade Conde-Pumpido— «había ido asimilando el tipo de omisión de socorro a las víctimas de la circulación a un *delito de fuga*, análogo al ilícito administrativo del artículo 49 de nuestro Código de circulación» (4).

En virtud del principio de legalidad y la técnica de los tipos penales, el anterior entendimiento queda truncado con la incorporación de la omisión de socorro que estaba prevista en la ley especial al artículo 489 bis del C. p. En efecto, el primer párrafo de este precepto exige como requisitos básicos, entre otros, los siguientes:

a) Un peligro *personal* («*persona* en peligro»). Es decir, un riesgo para la vida o la integridad física, sin que baste un peligro para bienes patrimoniales.

b) Un concreto peligro *actual y perceptible* («manifiesto y grave»). Exigencia que margina los supuestos en los que el riesgo se transformó ya en efectivo resultado dañoso haciendo superfluo el auxilio, como sucede en casos de muerte.

c) Una *situación de desamparo*, que naturalmente, no se da cuando en el momento de la fuga la víctima queda convenientemente asistida por terceras personas.

Por obra de su incorporación al artículo 489 bis del C. p., la omisión de socorro de la ley especial quedó sometida a los anteriores requisitos. La innovación legislativa fue denunciada desde los primeros momentos como regresiva. «Invocando una unidad de tipo —comentó Conde-Pumpido—, se han llevado las omisiones de auxilio en el tráfico al artículo 489 bis del C. p., con lo que se ha desvirtuado su esencia y se han echado por tierra todas las conquistas de la doctrina judicial en torno a una interpretación lata y ejemplar de la figura de omisión de socorro a las víctimas de la circulación... En ese terreno es obvio, a nuestro juicio, que la reforma de 1967 constituye un lamentable retroceso» (5).

más víctimas, esto es, que se haya producido un resultado lesivo para las personas.»

(4) C. CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura del tipo de omisión de socorro a las víctimas de accidentes en la circulación*, en "Revista de Derecho de la circulación" (septiembre-octubre 1968), pág. 426.

(5) C. CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura*, cit., p. 437.

Ahora bien, ha transcurrido ya desde la reforma el tiempo suficiente para comprobar que la jurisprudencia no ha renunciado a todas las anteriores conquistas. La jurisprudencia sentada a propósito del último párrafo del artículo 489 bis del C. p., ha intentado por diversos caminos conservar la mayor parte posible de las características que la precedente doctrina judicial había atribuido a la figura de omisión de socorro de la ley especial.

En la *praxis*, pues, la introducción del último párrafo del artículo 489 bis del C. p. condicionó un nuevo entendimiento de los elementos básicos de la omisión de socorro. Todo ello puede originar en algunos casos tensiones con los postulados derivados de la técnica de los tipos penales y, en definitiva, con el principio mismo de legalidad. La desafortunada reforma de 1967 ha colocado a los Tribunales entre urgentes necesidades político-criminales y el principio de legalidad.

Cuando la Ley de 17 de julio 1951 introduce en el artículo 489 bis la figura de la omisión de socorro, existía ya en el artículo 5.º de la ley de 9 de mayo de 1950 el delito específico de no auxilio a víctima, en virtud del cual se castigaba al «conductor de un vehículo de motor que no auxiliare a la víctima por él causada». En virtud de este precepto quedaba atendida en la parcela de actividad peligrosa que más lo requiere —tráfico automovilístico— la necesidad de garantizar al máximo los deberes de auxilio que incumben a quienes han ocasionado víctimas. Por ello, a la hora de introducir en el Código penal la omisión de socorro «genérica», pensada fundamentalmente para las omisiones de auxilio a víctimas que «se encuentran» y no que «se ocasionan» por el propio omitente (6), pudo el legislador de 1951, dando por cubierta merced al artículo 5 de la ley 9 mayo 1950 la necesidad a que anteriormente aludíamos, operar con criterios restrictivos, exigiendo que la persona necesitada de auxilio «se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave». Con estas exigencias no comprometía en nada las específicas necesidades político-criminales surgidas al calor del tráfico automovilístico, a las que, como hemos visto, atendía por su parte el artículo 5 de la ley de 9 mayo 1950.

El legislador de 1967 no tuvo en cuenta esto, y al someter la figura contenida en la ley especial a los requisitos más estrictos de la omisión

(6) La redacción originaria del artículo 489 bis —“el que no socorriere a una persona que se encontrase desamparada y en peligro manifiesto y grave”— no excluía ciertos supuestos en los que la situación de peligro había sido ocasionada por el propio omitente, pese a que literalmente se exigía el “encuentro” del que no prestaba el auxilio con la persona que lo necesitaba. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, pp. 269 ss. En cualquier caso, tales supuestos constituían la excepción. La figura del párrafo primero del artículo 489 bis se refería ya entonces primordialmente a personas en peligro con las que se “encuentra” el omitente y no a víctimas por él ocasionadas. La sentencia 11 diciembre 1969 subrayó, en este sentido, que “tal párrafo se refiere al caso de personas que se “hallasen” o se “encuentren”, según la anterior redacción, en esas circunstancias por causas ajenas a quien las ve”, mientras que el párrafo tercero del artículo 489 bis “contempla una relación directa de causa a efecto entre el agente y su víctima”.

de socorro genérica del primer párrafo del art. 489 bis, dejó desatendidos aspectos anteriormente cubiertos por las leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 diciembre 1962.

La jurisprudencia trata de salvar de la mejor manera el conflicto, originado por la reforma de 1967, entre principio de legalidad y necesidades político-criminales, tanteando distintas vías. Pero aunque, como sucede por descontado en este caso, los Tribunales actúen con una mucho más certera conciencia de las necesidades político-criminales que el propio legislador, no podemos olvidar que el Derecho penal, entendido como Carta Magna del delincuente en virtud de la vigencia del principio de legalidad, constituye —como en su día dijo von Liszt— la barrera infranqueable de la política criminal. Las deficiencias y lagunas de las leyes penales por vía legislativa han de resolverse, y así como el legislador de 1967 no tuvo reparos en arrumbar la ley especial de 24 diciembre 1962, a pesar del poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, pudo aprovecharse ya la reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971 para subsanar éstos y otros defectos, por aquel entonces ya claramente evidenciados.

II. *Intentos jurisprudenciales de superar las deficiencias de la reforma de 1967.*

A. *La tesis de la plena desvinculación de los tipos contenidos en los párrafos primero y último del art. 489 bis.*

El camino más expeditivo para dejar las cosas como estaban antes de la reforma de 1967, consiste indudablemente en afirmar que el tipo del último párrafo del art. 489 bis del C. p. es «distinto» e «independiente» del contenido en el párrafo primero, de tal suerte que no queda sometido a las exigencias de éste. Con la inserción del último párrafo se habrían trasladado al artículo 489 bis exactamente las mismas conductas que resultaban punibles bajo la vigencia de las leyes especiales. Lo que se vería confirmado por la voluntad del legislador, que según expresa manifestación, pretendió «insertar» en el Código las infracciones previstas en la ley especial, pero no que dejase de ser delictivo lo que lo era ya bajo la vigencia de la legislación especial.

Esta es la tesis que sostuvo la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los primeros momentos en que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la reforma de 1967, a través de la interesante sentencia de 11 diciembre 1969. (Ponente, Sr. González Díaz):

«El segundo motivo del recurso donde se postula la inexistencia del delito de omisión del deber de socorro por no concurrir en el caso de autos las circunstancias de desamparo y peligro manifiesto y grave exigidos en el párrafo 1.º del art. 489 bis

del C. p. no puede ser acogido, porque la interpretación dada por el recurrente, estableciendo una sola tipología de este delito con una modalidad agravatoria para los conductores, del párrafo final de ese artículo y la conclusión de ser atípica la fuga del lugar del suceso si no va acompañada de aquellas circunstancias de abandono y peligro va en contra de los antecedentes legislativos de la reforma penal de 8 de abril 1967 y de los propósitos del legislador al decir expresamente en el preámbulo de esa ley que «la persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tráfico de automóviles y su indudable semejanza con otros previstos en el C. p., aconseja la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, encuadrando los delitos que tipificaba —la ley especial— en el C. p. común, lo que evidencia que la mayor o menor fidelidad con que se haya hecho el trasplante no puede conducir a que ahora no sea delito lo que ya lo era en las leyes especiales de 9 mayo 1950 y 24 diciembre 1962 en que el delito quedaba tipificado por el mero hecho de no socorrer el conductor a la víctima causada por él «pudiendo hacerlo», según agregó la última ley citada; que es lo que acaeció en la ocasión de autos, en la que el inculpado, dándose perfecta cuenta de la colisión, salió huyendo sin preocuparse de lo que hubiera pasado al vehículo y sus ocupantes cuando nada había que le impidiese hacerlo según declaran los hechos probados, quedando en aquel momento consumado el delito que *sólo* exige para su afloración al campo penal de esos factores, víctima producida por el conductor, conocimiento de éste de tal hecho y huida del lugar sin tratar de prestar auxilio; y al limitar a estos términos estrictos esta tipicidad delictiva no se va contra el párrafo 1.º de ese art. 489 bis, que exige las circunstancias de desamparo y peligro manifiesto y grave invocadas en el recurso, porque tal párrafo se refiere al caso de personas que se «hallasen» o se «encuentren», según la anterior redacción, en esas circunstancias por causas ajenas a quien las ve, es decir, el hallazgo de personas necesitadas de auxilio, deber de caridad con el prójimo elevado a exigencia jurídica, y que no puede identificarse con el de «víctima» —palabra que no aparece en el primer párrafo de ese artículo— causada por el inculpado, en donde se contempla una relación directa de causa u efecto entre el agente y su víctima que penalmente *tiene que merecer* trato diferente, por eso puede afirmarse que dentro del artículo del Código que se comenta existen las dos tipologías delictivas que se impugnan en el recurso.»

Pese a la agudeza y sugestiva claridad con que fue expuesta la interpretación ofrecida por la sentencia de 11 de diciembre 1969 no es convincente, y no resulta difícil demostrarlo.

En primer término hay que advertir que la apelación a los «propósitos del legislador» no es ni mucho menos decisiva. La voluntad del

legislador no siempre coincide con el sentido objetivo de la ley, y es bien sabido que en caso de discrepancia es a este sentido objetivo y no al propósito subjetivo del legislador al que hay que atenerse. Pudo efectivamente, el legislador de 1967, estimar que con la reforma no alteraba el ámbito de lo punible, pero hasta qué punto esto ha resultado objetivamente así sólo puede comprobarse después de fijado el significado y alcance objetivos del actual artículo 489 bis del C. p. No vale decir que, puesto que el legislador quiso que continuasen siendo delito las mismas conductas que ya lo eran, hay que considerar a éstas, sin más, trasladadas al artículo 489 bis e incluidas en él. Esta inversión en el camino hermenéutico es insostenible. La propia sentencia de 11 diciembre 1969 no se satisface con semejante argumentación y desciende al terreno concreto del artículo 489 bis del C. p. con la pretensión de demostrar que el texto y la estructura de esta disposición legal confirman la existencia de «dos» tipos de omisión de socorro: el que ya se hallaba en el citado artículo; y el que se introduce, por obra de la reforma de 1967, en el párrafo tercero, que, con independencia de los requisitos del anterior, coincide plenamente con la figura que regulaba la ley especial.

Tampoco en este terreno es posible suscribir la desvinculación que la sentencia de 11 de diciembre de 1969 pretende establecer entre los párrafos primero y tercero del artículo 489 bis del C. p. La verdad es que los párrafos tercero y primero de este artículo se encuentran íntimamente conectados, como revela claramente, por lo demás, la misma construcción gramatical. El condicional «si la víctima...» evidencia que esta «víctima» no puede ser sino la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave a que se refiere el párrafo inicial del artículo 489 bis del C. p. (7). No se puede aceptar, por ello, la conclusión de que el delito del último párrafo del art. 489 bis, «sólo exige» para su afloración al campo penal «víctima producida por el conductor, conocimiento de éste de tal hecho y huida del lugar sin tratar de prestar socorro», con independencia de las circunstancias de desamparo y peligro manifiesto y grave exigidas en el párrafo primero del citado artículo.

Sin duda lleva razón la sentencia de 11 de diciembre de 1969, cuando subraya la diferencia material entre los supuestos de quien «encuentra» a una víctima por él no causada y omite el socorro y el de quien no presta auxilio a la víctima por él ocasionada, cuando advierte que ambos casos tienen que merecer penalmente trato diferente. Las consideraciones que a este respecto formula la citada resolución judicial son válidas de *lege ferenda*. Pero, en cualquier caso, de *lege lata* no sirven para justificar, tal como se pretende, la desvinculación de los párrafos primero y tercero del art. 489 bis del C. p. y la existencia en este precepto de «dos tipologías» desconectadas.

(7) En este sentido también CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura*, cit., p. 432.

B. *La tesis de la autonomía técnica y práctica del «subtipo» agravado del último párrafo del art. 489 bis.*

La reciente y muy importante sentencia de 30 mayo 1973 (Ponente, Sr. Díaz Palos) vino a reconocer y exponer con absoluta claridad el cambio operado con la reforma de 1967, apartándose radicalmente de la tesis sustentada en la sentencia de 11 de diciembre de 1969. El interés que encierra la sentencia de 30 de mayo 1973 justifica la cita extensa de sus consideraciones:

«El delito de omisión de auxilio a la víctima de un accidente de circulación fue sancionado por las leyes de 9 mayo 1950 y 24 diciembre 1962 a través de tipologías mucho más amplias que la vigente incardinada, como agravante del tipo básico, en el general delito de omisión del deber de socorro descrito en el artículo 489 bis del C. p.; amplitud que había permitido la elaboración por esta Sala de una doctrina interpretativa que permitía acoger todos los casos en que los dictados de la solidaridad humana, que presidieran aquellas regulaciones, exigían sobreponer la sanción punitiva al simple reproche moral, y así se entendió cometido el delito cuando no existía *victima personal* y sí sólo *daños patrimoniales* —S. 18 noviembre 1966—; cuando el auxilio era superfluo, tanto por no existir víctima propiamente dicha en el primer momento del atropello —S. 10 mayo 1963—, como, por el contrario, haber muerto en el acto —S. 26 diciembre 1966—, de modo que el acento se ponía en la huida del lugar del accidente sin prestar el auxilio debido, aunque luego se retornara para una posterior e interesada ayuda, tratando de desfigurar lo ocurrido —S. 21 febrero 1962—; doctrina toda esta que venía a identificar el tipo penal entonces vigente con el llamado *delito de fuga* de otras legislaciones, cuyo *nomen iuris* ya da a entender, sintomáticamente, que lo punible es el atentado a la Administración de Justicia perpetrado por quien trata de rehuir la posible responsabilidad del accidente por él causado, más que la infracción del deber de solidaridad social dimanante de la situación de peligro originada previamente; configuración aquélla, por otra parte, más en consonancia con las realidades de nuestro tiempo y con las específicas del tráfico de vehículos de motor. La reforma penal llevada a cabo por la Ley de 8 de abril 1967, al prescindir del aludido tipo penal autónomo, que muy bien pudo encuadrarse en el Título IV del libro II del Código penal, como se hizo con el paralelo delito descrito en el actual artículo 338 bis y llevarlo como subtipo agravado al vigente artículo 489 bis, párrafo último de dicho cuerpo legal, sufrió automáticamente una forzosa reducción en cuanto ha de partirse, para una correcta exégesis, de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la figura básica, comenzando por su naturaleza jurídica que queda ineluctablemente liga-

da a la de un delito de riesgo o peligro atentatorio a la *seguridad de las personas* tal como se desprende de la rúbrica legal bajo la que está encuadrado; de modo que la víctima del atropello ha de ser una *persona* y la puesta en peligro ha de referirse únicamente a los bienes inherentes a la persona misma, con la consiguiente eliminación de cualesquiera otros como los patrimoniales; reducción del *sujeto* pasivo que se opera igualmente desde otro ángulo, cuando el atropellado deja de ser peligrado por morir instantáneamente en el accidente, y ello por dos razones básicas: a) porque en el mismo momento de fallecer *deja de ser persona* a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, párrafo 1.º, del C. c.; y b) porque simultáneamente y probado que no se trata de muerte aparente, sino real —caso aludido en otras legislaciones que incluyen en el tipo los cuerpos inanimados o aparentemente muertos— tampoco cabe hablar de persona desamparada y en peligro manifiesto y grave a que conjuntamente alude el delito-base y que, por ende, ha de extenderse a la *víctima* del delito-complementario, pues es obvio que un muerto ya no se encuentra o halla en peligro, por haber sobrevenido el daño temido.»

El camino ensayado por la sentencia 11 diciembre 1969, aunque no de un modo tan explícito como se hace en la reciente sentencia de 30 de mayo de 1973, cuyas consideraciones centrales acabamos de transcribir, fue pronto abandonado.

La expeditiva pretensión de desvincular totalmente los párrafos primero y tercero del art. 489 bis fue sustituida por una interpretación menos radical y más sutil.

Las sentencias 6 octubre 1970, 21 mayo y 17 diciembre 1971, entre otras, calificaron al párrafo tercero del artículo 489 bis como «subtipo agravado». En esta línea persisten las de 5 y 15 de octubre de 1973. En la sentencia 17 diciembre 1971 (Ponente, Sr. Escudero del Corral) se reconoció expresamente que «como subtipo agravado de la fórmula común de los párrafos primero y segundo» implica la concurrencia de los requisitos típicos de éstos, «pues no se trata de una tipología independiente, sino subordinada a su contenido, y ampliada en la punición, porque la única diferencia se encuentra en que así como el deber de actuar del delito base, es sobre la persona hallada en desamparo, en el subtipo el auxilio se impone sobre la propia víctima, originada, bien en el orden causal físico por mero caso fortuito, o bien además, con la coincidente causalidad moral, generadora de responsabilidad culposa». En definitiva —según la sentencia 17 de noviembre 1971— el delito del que nos estamos ocupando «se estructura típicamente por el juego complementario del total contenido del artículo 489 bis del C. p., sobre la premisa de haber ocasionado el agente una víctima, por accidente fortuito o culposo».

Ahora bien, reconocida así la subordinación del párrafo tercero del art. 489 bis, la misma línea jurisprudencial aludida subraya a renglón

seguido que tal «subtipo agravado» posee «autonomía técnica y práctica» (S. 17 diciembre 1971), proclamando la necesidad de otorgársela en grado *máximo* (S. 21 mayo 1971) (8).

Si no entendemos mal, lo que quiere poner de relieve la citada dirección jurisprudencial es que la figura del párrafo tercero del artículo 489 bis presupone los elementos de la modalidad del párrafo primero, pero que, por lo demás, constituye un tipo *autónomo*, aunque naturalmente *derivado* (y sólo en este sentido también dependiente) del delito básico de omisión de socorro.

Se suele decir que lo que define a los simples tipos agravados frente a los autónomos es que en aquéllos «lo único que se hace es añadir características agravantes de la pena, a la acción básica no modificada en su esencia» (9).

En el párrafo tercero del artículo 489 bis los presupuestos del delito básico se muestran enriquecidos desde el momento en que la omisión del auxilio aparece sobreañadida a una previa conducta causal del omitente. Hasta tal punto que mientras el tipo básico es un delito común, susceptible de ser cometido por cualquiera, la modalidad del párrafo tercero del artículo 489 bis es un delito con círculo restringido de posibles sujetos activos: sólo pueden serlo quienes previamente han ocasionado el accidente.

En este previo hacer causal radica toda la especialidad de la figura del último párrafo del artículo 489 bis y, como veremos, la peculiar interpretación de los elementos del tipo básico que la jurisprudencia ofrece en referencia con el citado párrafo, arranca precisamente de ese específico presupuesto. Al amparo de la «autonomía técnica y práctica» que propugnan, entre otras, las sentencias 21 mayo y 17 diciembre 1971, la jurisprudencia actual trata de conservar en la medida de lo posible, según hemos indicado anteriormente, las características que había atribuido a la figura de omisión de auxilio de las leyes de 9 mayo 1950 y 24 diciembre 1962.

III. *El pensamiento de la «ingerencia».*

El último párrafo del artículo 489 bis tiene como premisa el que la persona necesitada de auxilio sea víctima de un accidente ocasionado precisamente por quien no presta el socorro. El término *accidente* se emplea aquí por la ley en su significación de «suceso eventual» o «acción de la que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas» (10), que se corresponde con una de las acepciones recogidas por la Real Academia. Este concepto de accidente excluye de por sí la

(8) "Al que ha de otorgársele máxima autonomía técnica y práctica."

(9) MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, I (trad. J. Córdoba) (Barcelona, 1962), p. 281.

(10) Cfr. C. CONDE-PUMPIDO, *La nueva estructura*, cit., p. 427.

causación dolosa de la situación en que se encuentra la víctima necesitada de socorro. Es indiferente, en cambio, que el *accidente* sea meramente *fortuito* («sin culpa, ni intención», según la terminología del número 8 del art. 8 del C. p.) o producto de una actuación *imprudente*.

Como indica la sentencia 17 diciembre 1971, el delito del párrafo tercero del art. 489 bis se estructura «sobre la premisa de haber ocasionado el agente, una víctima por accidente, fortuito o culposo», es decir, presupone una víctima «originada, bien en el orden causal físico por mero caso fortuito, o bien *además* con la coincidente causalidad moral, generadora de responsabilidad culposa» (11). Con este alternativo «o bien además», la sentencia 17 diciembre 1971 destaca que en cualquier caso es requisito necesario que entre el actuar precedente de quien luego omite el auxilio y el accidente exista una *relación de causalidad material* (12).

Este presupuesto esencial del último párrafo del artículo 489 bis nos sitúa en el marco del pensamiento de la *ingerencia*, según el cual quien ha producido una situación de riesgo para bienes ajenos jurídicamente protegidos (*ingerencia*), debe preocuparse de que el peligro por él creado no se transforme en un resultado típico.

Este pensamiento se vino desarrollando en la doctrina alemana desde hace más de ciento cincuenta años bajo el epígrafe «deberes dimanantes de un actuar precedente», como un aspecto parcial del problema más amplio de la equiparación de la omisión y la acción positiva (13). Sin embargo, la denominación de *Ingerenz*, que claramente evoca la idea de «intromisión» en la esfera jurídica ajena, se remonta en la literatura alemana tan sólo a Nagler, quien la utilizó en 1938 (14).

El pensamiento de la «ingerencia» aparece históricamente conectado, según dejamos indicado, a la problemática de los delitos impropios de omisión (15), como un criterio que permitía equiparar la no evitación del resultado típico a su causación activa en ciertos casos en los que no era posible derivar un deber de actuar ni de la ley ni de

(11) En idéntico sentido, S. 21 mayo 1971 y 22 mayo 1968.

(12) Aspecto insistentemente destacado por la jurisprudencia S. 11 diciembre 1969 (A/5886): «causante del siniestro». S. 11 diciembre 1969 (A/5883): «relación directa de causa a efecto entre el agente y su víctima». S. 10 marzo 1970: «siendo causa física o material del accidente». S. 6 octubre 1970: «causa de la situación peligrosa».

(13) J. WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung* (Berlín, 1968), p. 15.

(14) J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en «Der Gerichtssaal», tomo 111 (1938), p. 26.

(15) Sobre la evolución histórico-dogmática del pensamiento de la ingerencia, vid. H. J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz* (Göttingen, 1966), pp. 4 y ss.; K. PFLEIDERER, *Die Garantstellung aus vorangegangenem Tun* (Berlín, 1968), pp. 48 y ss., y J. WELP, *Vorangegangenes Tun*, cit., pp. 25 y ss.

un contrato. La categoría de la «ingerencia» fue utilizada, en este sentido, durante largo tiempo como un «tapaagujeros» (16).

Todavía hoy el pensamiento de la ingerencia suele aparecer invocado en materia de delitos de comisión por omisión. La actuación precedente creadora del peligro para bienes jurídicos ajenos (ingerencia), convertiría al agente en garante de la no verificación del resultado típico. A su vez, esta posición de garantía, derivada de la previa ingerencia, fundamentaría una responsabilidad a título de comisión por omisión respecto a los resultados típicos dimanantes de la situación de peligro previamente originada.

Este esquema tan simple está siendo prácticamente abandonado por la mejor doctrina actual, que entiende que no basta para que surja un deber de garantía la mera causación previa de un peligro. No faltan autores en la literatura más reciente que llegan a sostener la tesis radical de que de un actuar precedente no puede derivar en ningún caso un deber de garantía. Así, por ejemplo, Schünemann, quien habla en tono crítico del «arcaico y dudoso principio causal de la ingerencia» (17). Y, por lo demás, incluso quienes siguen apelando, en sede de comisión por omisión, a la idea de ingerencia reconocen que de un actuar precedente «no siempre» deriva una posición de garantía, y subrayan la necesidad de limitar el pensamiento de la ingerencia a la hora de fundamentar una responsabilidad a título de comisión omisiva. Herzberg puso de relieve hace poco tiempo que es preciso encontrar criterios que señalen al principio de la ingerencia fronteras razonables. «Es esta —dice— una tarea de la más alta importancia. La teoría del actuar precedente tiene, de modo similar a la teoría de la equivalencia, una cierta tendencia a la extralimitación» (18). Por su parte, Pfeleiderer ha señalado cuatro posibilidades de operar esta limitación (19): 1) limitación referida al concepto de peligro (20); 2) selección de determinadas acciones precedentes (21); 3) limitación

(16) G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Di Straftat* (Berlín, 1971), p. 265.

(17) B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre* (Göttingen, 1971), pp. 116 ss., 313 ss. y 298.

(18) R. D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip* (Berlín, 1972), p. 294.

(19) F. PFLEIDERER, *Die Garantenstellung*, cit., p. 97.

(20) Así, A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Stragesetzbuch. Kommentar*, 15 ed. (München, 1970), p. 45, exigiendo que se trate de un peligro «próximo (adecuado) para la producción de un daño».

(21) Como hacen algunas sentencias del Tribunal Federal alemán. El propio PFLEIDERER en la obra citada, después de advertir (p. 127) que las sentencias relativas a posición de garantía giran en torno a seis temas (la casa, la industria, fuentes móviles de peligro, encierro de otras personas, entrega de armas y complicidad en falsos testimonios), cierra su investigación ofreciendo un breve repertorio de «casos básicos» (p. 162), sosteniendo que de un actuar precedente sólo surge una posición de garantía si el sujeto se encuentra en alguno de esos casos básicos (infracción de los deberes de seguridad en el ámbito doméstico, venta de productos médicos o de comestibles peligrosos para la salud en el ámbito industrial, custodia defectuosa de animales, en-

llevada a cabo sobre el contenido del deber (22); 4) limitación a través de exigencias complementarias (23).

Haciéndose eco de estas tendencias restrictivas, Jescheck propugna esta triple limitación: a) la actuación precedente debe haber creado un peligro *inmediato* de producción del daño; b) el comportamiento previo ha de ser *objetivamente contrario al deber* (aunque el autor no sea culpable) (24); c) finalmente, la modalidad de la perturbación debe ser de tal índole que, según la convicción jurídica de la generalidad, convierta al perturbador en criminalmente responsable de la no evitación del daño (25). Es decir, aún reconociendo que el precedente actuar peligroso origina un deber de actuar, se niega que engendre siempre y necesariamente un deber de garantía, capaz de fundamentar una responsabilidad criminal a título de comisión omisiva.

El último párrafo del artículo 489 bis del C. p. representa una evidente prueba de que para la ley penal española el pensamiento de la ingerencia no fundamenta, sin más, una responsabilidad de comisión por omisión.

El párrafo tercero del art. 489 bis pone de relieve que, para nuestro Código, no todo actuar precedente (incluso no sólo injusto, sino también culpable) coloca al agente en posición de garante y le grava con el correspondiente deber de garantía fundamentador de una responsabilidad criminal por el resultado no impedido (26). En efecto, conforme a tal precepto, ni siquiera quien ha creado antijurídica y culpablemente la situación de peligro (v. gr., lesiones gravísimas causadas por conducción imprudente) y, luego, omite el socorro necesario, no evitando el ulterior daño (v. gr., muerte), responde criminalmente, a título de comisión por omisión de este daño no evitado. En el ejemplo expuesto, el autor responderá, en relación de concurso, de lesiones cometidas por imprudencia y de omisión de socorro en su modalidad agravada del párrafo

cierro de otras personas, abandono de niños y enfermos en circunstancias peligrosas) o en otros similares.

(22) En este sentido, E. MEZGER, *Strafrecht*, 3 ed. (Berlín-München, 1949), quien, después de distinguir entre simple deber de actuar (*Betätigungspflicht*) y deber de impedir el resultado (*Erfolgsabwendungspflicht*) cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad por el resultado no evitado (p. 140), subraya, a propósito del actuar precedente, que el deber no es algo abstracto, sino algo que ha de ser contemplado de modo absolutamente concreto, de tal suerte que el contenido del deber sólo se puede determinar después de una minuciosa consideración de las particularidades del caso concreto (p. 147).

(23) Por ejemplo, la de atender a quien pertenece el "dominio social" del ámbito en que sobreviene el peligro, como propone H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed. (Berlín, 1969), p. 216.

(24) En este sentido, también H. J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, cit., p. 182. Otros autores rechazan, en cambio, esta limitación. Así, J. WELP, *Vorangegangene Tun*, cit., pp. 265 ss., quien admite que de "acciones previas justificadas" pueden derivar posiciones de garantía.

(25) Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2 ed. (Berlín, 1972), p. 473.

(26) Otro tanto sucede con el artículo 106 del C. p. argentino. Vid. E. BACIGALUPO, *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, en ADP y C. P. (1970), pp. 41 y ss.

tercero del artículo 489 bis, pero no de homicidio cometido por omisión (27).

La previa causación del accidente no fundamenta, como estamos viendo, una responsabilidad criminal por el resultado típico cuya evitación se hubiera logrado prestando el auxilio. Pero tampoco resulta indiferente. Nuestro Código ha adoptado una vía intermedia según la cual la ingerencia no origina aquí una responsabilidad a título de comisión por omisión, pero sí, en cambio, una responsabilidad agravada respecto a la modalidad básica de omisión de socorro. Que la ley haya optado por esta solución intermedia, descartando, la responsabilidad de comisión por omisión, puede deberse, entre otras razones, a las peculiares características del nivel de riesgo permitido en la circulación automovilística. No se olvide que el último párrafo del artículo 489 bis del C. p. procede de la legislación penal especial del automóvil y que, aunque a partir de su incorporación al Código obtiene mayor amplitud y se refiere a cualquier clase de víctimas y accidentes, prácticamente sigue aplicándose de manera casi exclusiva a accidentes de tráfico. Pues bien, en materia de tráfico quienes se deciden a utilizar las vías públicas, como usuarios de vehículos o como peatones, asumen, por ese simple hecho, los riesgos inherentes al tráfico automovilístico. Por regla general, la víctima de un accidente de circulación ha aceptado previamente esos riesgos e incluso participa, con su acción, en la creación del peligro permitido. La idea de la ingerencia adquiere, por ello, matices peculiares. Normalmente no se trata aquí de bienes que en posición estática gozaban de plena seguridad hasta que el sujeto provocó el accidente, sino de bienes que se hallan, por decisión de su titular, en una posición dinámica en un área de un determinado nivel de riesgos.

IV. *Especial exigencia del deber de socorro a quien causó el accidente. Repercusiones sobre la interpretación jurisprudencial de las características de la figura básica.*

El deber de socorro que establece el primer párrafo del art. 489 bis del C. p. se funda en la solidaridad humana y deriva, en última instancia, del puro hecho de la vida en comunidad (28).

(27) La jurisprudencia —como no podía ser menos a tenor del artículo 489 bis— no muestra a este respecto vacilación alguna. Vid., entre otras, Sentencias 16 octubre 1970, 17 diciembre 1971, 20 abril y 30 junio 1972. La expresa caracterización que aparece en la Sentencia de 17 diciembre 1971, según la cual “tal modalidad agravada (s. c. del párrafo tercero del artículo 489 bis), con autonomía técnica y práctica, es una infracción dolosa e intencional, *de comisión por omisión*”, no debe inducir a error. La citada sentencia, que contiene un análisis muy completo y sumamente interesante de la figura delictiva que estamos comentando, no utiliza en este pasaje la expresión “comisión por omisión” en su acepción técnica estricta, sino en sentido descriptivo para subrayar que, a diferencia de la modalidad básica del párrafo primero del artículo 489 bis, la *omisión* (de socorro) se superpone aquí a una previa *comisión* (causación del accidente).

(28) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, cit., p. 188.

El deber de auxiliar a la víctima establecido en el último párrafo del art. 489 bis se fundamenta, no ya sólo en razones de pura solidaridad humana, sino, además, en la previa causación del accidente creador de la situación de peligro (ingerencia). En este caso «el sujeto pasivo —dice la sentencia 6 octubre 1970 (ponente señor Díaz Palos)— ya no es simplemente una persona hallada por el culpable afectado por el genérico deber de solidaridad, cual acontece con el tipo básico del párrafo 1.º del mismo precepto, sino que se trata de víctima de accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, deber de auxilio que en el caso del conductor de un vehículo mecánico adquiere acentos de una especial antijuricidad configurada ya en el ámbito normo-administrativo por el art. 49 del C. circulación, que impone a tales conductores obligaciones de inmediato auxilio a las personas lesionadas en el accidente que ocasionaron, todo lo cual explica el especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal a virtud de aquel deber jurídico de actuación que pese sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de la penalidad... pues aquel específico deber de socorrer se dirige a él de manera personal e intransferible en cuanto causa del hecho que produjo una o más víctimas».

En la misma línea abunda la Sentencia 5 de octubre 1973 (ponente señor Díaz Palos).

«Se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala en torno al último párrafo del artículo 489 bis del Código penal que si formalmente está estructurado en la economía del precepto como una agravación del tipo básico contenido en el párrafo primero del mismo, su descripción asume más bien la cualidad de un subtipo con características propias que le dotan de cierta autonomía si, comenzando por el substrato de *acción* en la que el sujeto pasivo ya no es simplemente una persona *hallada* por el culpable afectado por un genérico deber de solidaridad, cual acontece en el tipo primario, sino que se trata de *víctima* de accidente ocasionado por el que omitió el *auxilio debido*, deber de auxilio que en el caso de conductor de un vehículo mecánico adquiere acentos de una especial *antijuricidad* a él personalmente dirigida y configurada ya en el ámbito normo-administrativo por el artículo 49 del Código circulación que impone a tales conductores obligaciones de inmediato socorro a las personas lesionadas en el accidente que ocasionaron, todo lo cual explica el especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal a virtud de aquel *deber jurídico* de actuación y ya no simplemente moral y filantrópico que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de penalidad... pues si el deber de solidaridad se impone intuitivamente a toda persona bien nacida en un trance ajeno a su actuación, ya se ha dicho que tal deber cobra especiales acentos de perentoriedad cuando es el propio agente quien causa la víctima».

En idéntico sentido se pronunció también la Sentencia 15 de octubre 1973...: «de tal manera que el deber de asistencia se convierte en carga personal e intransferible del sujeto que causó el accidente, el cual no puede escudarse en la problemática asistencia de otras personas ni dilatar la propia más allá del tiempo hábil para prestarla». Punto de vista en el que vuelve a insistir la Sentencia de 14 de diciembre de 1973 (también bajo ponencia del señor Díaz Palos).

Como vemos, el T. S. ha captado acertadamente que en el primer párrafo del art. 489 bis se contiene un «*genérico deber de solidaridad*», mientras que en el último se recoge un «*específico deber de socorro*» derivado de una conducta precedente (29). A la idea de la solidaridad se superpone el pensamiento de la ingerencia, de tal suerte que —si fuese posible hablar en términos cuantitativos— cabría decir que quien ha causado el accidente está «más obligado» a prestar auxilio, como en efecto dice la doctrina jurisprudencial: «... pues venía por consecuencia de su actuación culposa *más obligado que nadie* a paliar o aminorar el mal producido prestando el deber de socorro» (S. 16 octubre 1970); «... *obligado más que otra* persona a auxiliar a su propia víctima», (S. 19 enero 1973) (30).

Ahora bien, la exigencia, bajo sanción penal, de este deber específico que obliga a quien causó el accidente «más» que a nadie, se opera presuponiendo la concurrencia de las características del tipo básico, pensado para quienes no causaron la situación de peligro y asentado en definitiva en el puro vínculo de la solidaridad humana. El punto de partida de que quien causó el accidente está «más obligado que nadie» a prestar socorro conduce, sin embargo, a la jurisprudencia a interpretar en sentido «más exigente» las características del tipo básico en referencia con quien originó la situación de peligro, como vamos a ver seguidamente.

La sentencia 6 octubre 1970 alude de un modo particularmente claro a las repercusiones de la idea de ingerencia, sobre la que se estructura la modalidad agravada, en la interpretación de algunas características esenciales de la figura básica: «Debiendo por consiguiente ser analizados a la luz de esta especial dinámica de la acción, como del específico trazo de antijuricidad contenidos en el subtipo, los elementos comunes y descritos en el tipo básico relativos a los sujetos activo y pasivo de la infracción».

Y, por su parte, la Sentencia de 15 de octubre 1973 insiste: «los requisitos objetivos del tipo básico contenidos en el párrafo 1.º del artículo 489 bis del Código penal al ser trasladados al subtipo agravado

(29) Vid. también S. 26 diciembre 1969: «... la omisión del deber de socorro que a todos los que pudieran prestarlo genéricamente se imputa, pero con mayor y más concreta exigencia al que ocasionó el accidente...».

(30) Vid. asimismo S. 25 junio 1973: «... y mucho más cuando el autor es responsable de haber provocado la situación de necesidad en que el prójimo interesado se hallaba».

recogido en el párrafo último del mismo precepto *sufren una peculiar transmutación*, ya que el sujeto pasivo ya no es simplemente *persona hallada* por el omitente, sino *víctima* ocasionada por el mismo, con la transformación que ello comporta en el plano de la antijuricidad».

1. *La situación de peligro y la irrelevancia de la ineficacia del auxilio. La idea de fuga como núcleo del tipo.*

La naturaleza jurídica de la figura básica de omisión de socorro está —como dice certeramente la sentencia 30 mayo 1973— «ineluctablemente ligada a la de un delito de riesgo o peligro atentatorio a la *seguridad de las personas*». Al castigar la omisión de socorro se pretende proteger *la seguridad de las personas*, que, efectivamente, queda desatendida cuando el omitente, pudiendo contribuir a su logro, permanece inactivo. Lo que se castiga es *haber dejado inmutada la situación de peligro*, cuando se pudo haber modificado mediante la prestación de auxilio. Por eso, el delito de omisión (real) de socorro presupone necesariamente la *posibilidad de modificar* la situación de peligro. Mal se puede decir que atenta contra la seguridad de las personas quien no podía modificar, con su ayuda, la situación de riesgo.

Si el autor omite creyendo que podía modificar la situación de peligro, pero una consideración *ex post* muestra que no existía en absoluto ninguna posibilidad de modificación, no habrá incurrido en una omisión real de socorro —única hipótesis sancionada en el artículo 489 bis—, sino en una tentativa imposible de omisión de socorro, punible, en su caso, merced a la integración del art. 489 bis con la norma extensiva del párrafo segundo del art. 52 del C. p. (31). La situación no es, en el fondo, distinta a la de quien omite creyendo que se trata de un herido grave, cuando en realidad la persona estaba ya muerta, supuesto que, como puso definitivamente en claro la citada sentencia de 30 de mayo de 1973, sólo puede dar lugar, a una *tentativa imposible* por ausencia de sujeto pasivo, sancionable conforme al párrafo 2.º del art. 52 del C. p. o, bien, en su caso, a una declaración de estado peligroso (32).

(31) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, cit., pp. 238 ss.

(32) La Sala Segunda del T. S., en la parte dispositiva de la segunda sentencia del recurso de casación, resuelto por la de 30 mayo 1973, que se cita en el texto, ordenó: "Dedúzcase testimonio bastante de los particulares que figuran en el primer resultando de la sentencia recurrida y que se refieren a la omisión de asistencia por parte del procesado como incurso en el artículo 49 del Código de la Circulación y pudiendo estar encuadrada en el apartado 13 del artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; remítase dicho testimonio al Juzgado Decano de los de Instrucción de P. para la incoación del oportuno expediente." La inclusión del supuesto en el referido apartado puede resultar un tanto forzada, ya que el texto legal alude

Bien diversa habría de ser la conclusión si en vez de tratarse de un delito contra la seguridad de las personas, como en efecto es el de omisión de socorro, estuviésemos ante un delito de fuga. Ya hemos visto cómo bajo la vigencia de las leyes especiales de 1950 y 1962, que permitían aproximar el delito de no auxilio a víctima al de fuga, el T. S. llegó a aplicar el correspondiente precepto de la legislación especial en casos de inasistencia a personas muertas (Sentencia 26 diciembre 1966). En el delito de fuga que atenta primordialmente contra la Administración de Justicia, resulta, como es lógico, indiferente la eficacia o ineficacia del auxilio omitido. Lo que se castiga es que el causante del accidente se aleje del lugar imposibilitando las identificaciones y comprobaciones inmediatas por parte de la policía judicial, con independencia de la entidad de los daños y los riesgos derivados del siniestro. En definitiva, la punibilidad del delito de fuga —en las legislaciones que, a diferencia de la nuestra, lo prevén— supone una excepción a la regla de la impunidad del autofavorecimiento, que se justifica por la necesidad de dispensar una más rigurosa tutela a cuantos están expuestos a los peligros de la circulación (33).

El presupuesto de la previa causación del accidente lleva a la jurisprudencia actual a sostener la irrelevancia de la idoneidad o idoneidad del auxilio omitido, acentuando, en cambio, el momento de la huida como pieza central, y ello incluso en sentencias que rechazan explícitamente la existencia de un delito de fuga en el último párrafo del art. 489 bis. Así, la Sentencia 17 diciembre 1971 advierte que el subtipo comprendido en dicho párrafo no está «configurado como delito de mera fuga, ni contra la administración de justicia», pero al mismo tiempo subraya: «consumándose el delito sin necesidad de resultado material, por el mero riesgo, y sin atender a la eficacia o ineficacia del auxilio omitido, ante la huida del lugar donde ocurrió el hecho, teniendo conciencia el delincuente de haber ocasionado el accidente». Idea con

únicamente a “los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa”. La expresión “conducción peligrosa” tiene a nivel legal y jurisprudencial, como es notorio, un significado preciso, relativo a un “modo” específico de conducir o, ya en el más extensivo sentido, a la forma de comportarse con el vehículo o sus accesorios, creando materialmente peligros para los demás (v. gr., detenciones en curvas o cambios de rasante de visibilidad reducida, no retirar de la vía pública los calzos, no tener encendido el alumbrado, etcétera.) (Cfr. *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, Madrid, 1972, pp. 67-72).

Quien omite el socorro creyendo que se trata de persona viva cuando realmente está muerta, puede ser que conduzca de modo cauteloso, sobre todo si se piensa que el accidente previo, creador de la situación de peligro, puede obedecer a mero caso fortuito. Cuestión distinta sería la invocación, a efectos del apartado 13 del artículo 2.º de la LPRS, de una conducción peligrosa causante del accidente al que se engarza luego la omisión de auxilio. Pero en este caso el estado peligroso no se deduciría ya de la “inasistencia” a persona muerta, sino de la previa conducción peligrosa.

(33) A. FAIS, *Lineamenti della nuova disciplina penale della circolazione stradale* (Napoli, 1959), pp. 135-136.

frecuencia repetida: «*fuera o no bueno y eficaz el auxilio omitido, lo que es intrascendente, como se estableció, pues la consumación estaba ya efectuada en el instante de la huida..., pues la eficacia o ineficacia del auxilio aparece como irrelevante, radicando esa consumación, en la huida del lugar donde ocurrió el hecho lesivo*» (S. 10 marzo 1970); «*consumándose el delito, por ser formal o de mera actividad y riesgo, sin necesidad de que se produzca el material resultado y con independencia de la eficacia o irrelevancia del auxilio*» (Sentencia 21 mayo 1971) (34).

El deber «específico» de socorro que surge en virtud de la ingerencia previa y cuya infracción da lugar a la modalidad agravada del último párrafo del art. 489 bis, y el «deber de permanecer» en el lugar del siniestro, cuyo incumplimiento da vida —en aquellas legislaciones en donde está previsto— al delito de fuga (35), aunque son deberes autónomos y con finalidades diversas, presentan un presupuesto fáctico común: la precedente causación del accidente. Esto explica, aunque no justifica, la tendencia a soldar ambos deberes, vinculando luego, consecuentemente los delitos de omisión de socorro y de fuga. La sentencia 6 octubre 1970 ofrece un claro ejemplo de conjunción de ambos deberes: «*sin que el agente, en nuestro caso el conductor del automóvil, pueda escudarse en una problemática asistencia posterior, por ser la carretera por la que discurre más o menos transitada e incluso porque confíe en la ayuda cierta de terceras personas para justificar su desapa-*

(34) En las consideraciones transcritas aparecen aludidas dos cuestiones distintas: la relativa a la naturaleza de delito de riesgo y no de resultado, y la referente a la eficacia del auxilio omitido. Está fuera de toda duda que se trata —como indican las citadas sentencias— de un delito de riesgo, que se consuma con independencia de la producción o no de resultados dañosos. Así, el delito se consuma aunque la persona en peligro supere éste y se salve después bien por la intervención auxiliadora de terceros o por sí misma. Cuestión distinta es la de si el autor incurre en un delito (por supuesto de peligro) real de omisión de socorro cuando la situación de riesgo era absolutamente inmodificable y el auxilio omitido totalmente ineficaz. Como decíamos antes, a nuestro juicio, precisamente que desde el punto de vista sustancial la omisión de socorro sea un delito contra la seguridad de las personas, presupone la posibilidad de modificar la situación personal de riesgo (aunque no exista la posibilidad de lograr la final salvación de la persona), pues en caso contrario no se podría decir que afecta, con su omisión, a la seguridad de las personas quien ha dejado de prestar un auxilio ineficaz para alterar, siquiera parcialmente, aquella situación de riesgo. Apenas necesitamos advertir que estamos valorando las referidas consideraciones jurisprudenciales en su vertiente “doctrinal”. En los supuestos de hecho enjuiciados en las citadas sentencias, la situación de riesgo no era ya absolutamente inmodificable e irreversible y, por consiguiente, el auxilio omitido no era tampoco absolutamente ineficaz.

(35) Como es sabido, el artículo 49 d) del Código de la Circulación establece, a nivel administrativo, para los implicados en un accidente el deber de dar cuenta a la autoridad o a sus agentes, y si hubiera resultado herida o muerta alguna persona, permanecer o volver al lugar del accidente hasta la llegada de dichos agentes o de la autoridad misma, a menos que hubiere sido autorizado para abandonar el lugar o que debiera prestar auxilio a los heridos o ser atendidos.

rición o ausencia, *su fuga en suma*, pues aquel específico deber de socorrer se dirige a él de manera personal e intransferible en cuanto causa del hecho que produjo una o más víctimas» (36).

En Italia, al amparo del art. 43 del Código de la circulación de 1933 se «manifestó la tendencia a configurar la fuga como indisolublemente ligada a la omisión de socorro, negándole todo relieve en los casos en los que no surgiese la necesidad de asistencia a la víctima» (37). Tendencia —hoy superada— a convertir, pues, el delito de fuga en delito de omisión de socorro. Nuestra jurisprudencia ante la ausencia de un delito de fuga, inició bajo la vigencia de las leyes especiales de 1950 y 1962 la tendencia inversa: conversión del no auxilio a víctima en delito de fuga. El intento pretende mantenerse actualmente, como estamos viendo, pese a los graves y notorios obstáculos que trajo consigo la reforma de 1967.

2. *Deber preferente de prestar socorro. Desamparo relativo. Presunción de desamparo.*

El pensamiento de la ingerencia condujo a la jurisprudencia a entender que el causante del accidente está personalmente obligado a prestar el socorro con preferencia a cualquier otra persona. Así, las recientes Sentencia de 5 de octubre y 14 diciembre 1973 recogen la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «*deber jurídico* de actuación, y ya no simplemente moral y filantrópico que pesa sobre quien ha sido causa de la situación peligrosa, traducido en una significativa alza de la penalidad —Sentencia 6 octubre 1970—, y que se convierte en *carga personal* e ineludible de todo conductor de un vehículo automóvil que cause una víctima con el mismo, de modo que la problemática o esperada asistencia que puedan prestar otras personas presentes no exime al especialmente obligado por el deber de socorro (Sentencias 11 y 26 diciembre 1969 y 16 octubre 1970—, por lo que el concepto de *persona desamparada* que se exige en el tipo básico, ha de entenderse, trasplantada al subtipo, en el sentido relativo acabado de expresar y acogido por esta Sala».

La idea de que quien causó el accidente «está más obligado» que nadie a prestar el socorro, motiva que la jurisprudencia actual llegue, de hecho, a la conclusión de que es él quien debe prestarlo con prefe-

(36) Véase también Sentencia 11 diciembre 1969: "... la víctima lo era por accidente debido al que omitió la prestación de auxilio, no solamente dejado de prestar, sino que además tuvo que ser alcanzado por los ocupantes del automóvil auxiliar al objeto de facilitar los datos conducentes de identificación". En el caso enjuiciado, la víctima tenía a su lado un acompañante y fue recogida por los ocupantes de otro automóvil. El T. S. rechaza la alegación de inexistencia de "desamparo", y para reforzar su argumentación apela también a las anteriores consideraciones que se mueven en el ámbito característico del delito de fuga: obstaculizar identificación causante del accidente.

(37) A. FAIS, *Lineamenti*, cit., p. 134.

rencia a todos los demás y que, por tanto, ha de permanecer en el lugar del suceso hasta que le conste que la víctima está ya suficientemente asistida. El expediente utilizado para llegar a esta conclusión es el de admitir, por un lado, que basta para la existencia del delito un «desamparo relativo o parcial» y el de sentar, por otro, una «presunción de desamparo» frente a la creencia subjetiva del omitente de que la víctima que está siendo asistida por otras personas cuenta ya con el auxilio necesario.

Esta posición jurisprudencial nos aproxima a dos cuestiones de las que nos hemos ocupado ya en otra ocasión, con anterioridad a la Reforma de 1967 (38): la referente al desamparo relativo o parcial y la atinente a si debe prestar socorro con preferencia a todos los demás quien puede hacerlo de modo más eficaz y rápido.

Conforme a una opinión muy difundida en la literatura alemana, compartida en Italia por Guarneri, monografista del tema, el socorro debe, efectivamente, prestarlo con preferencia a todos los demás quien puede hacerlo de modo «más eficaz y rápido». La solución es sin duda alguna satisfactoria, pero resulta de difícil —por no decir imposible— acoplamiento a nuestro Derecho positivo. Quien deja de prestar su «más eficaz y rápido auxilio» a una persona que ya cuenta con la asistencia «necesaria» —aunque se trate de una asistencia menos rápida y eficaz— jamás podrá decirse que deja de prestar socorro a una persona *desamparada*, y, al faltar, de este modo, una de las características típicas de las que depende la existencia del deber, falta también el deber mismo de socorro (39).

Problema distinto, aunque estrechamente vinculado al anterior, es el de la admisibilidad de un desamparo relativo o parcial. En la medida en que el auxilio de quienes están asistiendo a la víctima no sea bastante», es decir, no sea el «adecuado» a la vista de las circunstancias, la persona continúa *desamparada* en el sentido de «necesitada» todavía de ulterior socorro. El desamparo sólo desaparece cuando el sujeto ya se encuentra convenientemente asistido, o sea, cuando, dentro de los límites que las circunstancias imponen, está «suficientemente» atendido (40).

Pues bien, el pensamiento de la ingerencia que fundamenta, a su vez, la idea de que quien causó el accidente «está más obligado» que nadie a prestar socorro, motivó que la jurisprudencia más reciente, al aplicar el último párrafo del art. 489 bis, haya admitido sin dificultad la figura del desamparo parcial. Así ha declarado la sentencia 16 octubre 1970 que «el haber ocurrido el accidente en plena calle pública, tran-

(38) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., p. 200 y ss.

(39) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., p. 204.

(40) Favorables a la admisión de un desamparo relativo o parcial nos hemos pronunciado ya en *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., pp. 16 y ss. En contra, F. ALAMILLO, *La solidaridad humana en la ley penal* (Madrid, 1962), pp. 99-100.

sitada por otras personas, no exime al culpable del deber de prestar socorro a la víctima, aunque ésta *no quedara totalmente desamparada*, pues venía por consecuencia de su actuación culposa, más obligado que nadie a paliar o aminorar el mal producido prestando el deber de socorro correspondiente». Y en la sentencia de 17 diciembre 1971 se insiste en que «el desamparo puede ser total o sólo parcial, por resultar el auxilio por otro prestado insuficiente y existir la posibilidad de que el agente realice actuación más eficaz». Posibilidad que se da con frecuencia cuando el autor del accidente dispone de automóvil y las personas que están auxiliando a la víctima son simples peatones, ciclistas o motoristas.

Pero va todavía más allá el Tribunal Supremo al advertir que la «presencia de otras personas, y su atención parcial, no excluye el deber, cuando se pueda complementar de mejor manera, o solicitar el ajeno concurso, más eficaz *debiendo creerse, aún en tales casos, en la insuficiencia del amparo, a no demostrar su innecesariedad*», sin que «la presunción de asistencia» por los acompañantes de la víctima pueda excusar a quien causó el accidente y no prestó el socorro (41).

Presunción que, en definitiva, implica el deber de permanecer y no alejarse del lugar del accidente en tanto no se haya comprobado que la víctima está suficientemente asistida. Lo que avecina de nuevo la omisión de socorro, así interpretada, al delito de fuga. Por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la anteriormente citada sentencia de 16 de octubre de 1970, en el que el accidente se produjo en plena calle pública, transitada por otras personas, parece deducirse que la víctima estaba ya suficientemente asistida, dado que el conductor de un taxi que presenció el suceso, pudo desentenderse del herido y dedicarse a perseguir al causante del accidente. Si ello es así, hay que convenir que en la Sentencia de 16 octubre 1970 priva la idea de fuga sobre la de abandono de una persona desamparada.

3. *Deber de cerciorarse de las consecuencias del accidente. Voluntario incumplimiento de este deber y dolo del no auxilio a víctima. El problema de la imprudencia.*

La sentencia 2 diciembre 1967 (ponente señor Pera Verdaguer), enjuiciando un supuesto al que era aplicable aún el artículo 5.º de la ley de 9 mayo de 1950, después de indicar que este precepto exigía como «esencial premisa que el conductor se percate de que ha quebrantado la integridad física de alguna persona, exigencia que dimana de la propia naturaleza dolosa de este delito», advirtió seguidamente que «en orden a la concurrencia o no de aquel requisito relativo al conocimiento de la producción de un quebranto corporal a otra perso-

(41) Sentencia 17 diciembre 1971. En la misma línea, Sentencia 30 mayo 1970: «debiéndose de estimar siempre, salvo comprobación contraria, el desamparo».

na, no cabe seguir criterio tan riguroso de acuerdo con el cual se estime preciso que el conductor del vehículo tenga, en el instante de la ocurrencia del suceso, perfecta y total noticia de haber originado un lesivo resultado, siendo por contra suficiente que por la forma, lugar y circunstancias todas concurrentes en la anormalidad observada, sea racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó aquel quebranto personal, ya que de otra suerte fácilmente podría eludirse esta figura delictiva de omisión de auxilio a la víctima en todos aquellos accidentes en que por no resultar afectado el mecanismo de propulsión del automóvil pudiera proseguir su marcha, pese a fuertes roces o colisiones con otros vehículos, haciendo caso omiso de la muy probable existencia de lesionados a los que no se presta asistencia alguna, y cuya real existencia desea ignorar».

La sentencia de 2 diciembre de 1967 dio pie a Gimbernat para replantear en nuestra patria, con la agudeza que le caracteriza, la disputa entre teoría de la probabilidad (o de la representación) y teoría de la voluntad (o del consentimiento) en materia de dolo. El propósito del trabajo de Gimbernat es —según indica expresamente el autor— «justificar la sentencia de 2 de diciembre de 1967» y «hacer «más popular» en España la teoría de la probabilidad y poner de manifiesto los graves inconvenientes que presenta la teoría del consentimiento» (42).

Ambas teorías pretenden suministrar criterios para trazar la divisoria dentro del «ámbito de los casos de duda», decidiendo la pertenencia de estos casos al marco del dolo o de la culpa, cuya frontera se hace extremadamente sutil cuando se trata de distinguir el dolo eventual de la culpa con representación. Como es bien sabido, y simplificando, se puede decir que, según la teoría de la representación, lo que decide es el mayor o menor grado de probabilidad con que el sujeto se representa el resultado, mientras que, de acuerdo con la teoría del consentimiento, es preciso atender a la voluntad o sentimiento que acompaña a la representación, o sea, es necesario saber si el agente ratificó (consintió) a través de su voluntad de acción el resultado representado.

No tiene demasiado sentido plantearse a estas alturas la alternativa teoría de la probabilidad o teoría de la voluntad, porque la estructura del dolo, con su doble componente intelectual y volitiva, obliga a integrar necesariamente el criterio de la representación (conocimiento del resultado como probable) con el del consentimiento (voluntad del resultado representado como probable). Gimbernat recoge las fundadas críticas que desde siempre se le han dirigido a la teoría del consentimiento y las completa poniendo de relieve lo peligroso y rechazable que es el procedimiento que esa doctrina hace seguir al juez: «Pues —si se me permite expresarlo exagerada y prosaicamente— lo que en verdad de-

(42) E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se “conoce” la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis del Código penal?*, en “Revista de Derecho de la Circulación” (Enero-febrero 1969), p. 19.

cide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona» (43).

Bien es verdad, sin embargo, que a este respecto resulta obligado distinguir la *teoría hipotética del consentimiento* («la previsión del resultado como cierto no hubiera detenido al autor») y la *teoría positiva del consentimiento* («existe dolo si el autor se dijo: suceda esto o lo otro, en todo caso actúo»). En la primera se atiende a lo que hubiera hecho el autor (hipótesis), no a lo que efectivamente quiso. Por ello se ha repetido multitud de veces que la teoría hipotética del consentimiento conduce a la pura culpabilidad de carácter, incompatible con el pensamiento básico del Estado de Derecho. En cambio, en la segunda teoría la existencia de dolo no se hace depender pura y simplemente del carácter del autor, sino de la concreta posición emocional adoptada por el sujeto ante la representación del probable resultado. Decisivo es, pues, el concreto proceso volitivo que efectivamente tuvo lugar, y no el que se hubiere desarrollado si el sujeto, en vez de representarse el resultado como probable, lo hubiere previsto como cierto (44).

No queremos con esto defender la teoría del consentimiento *frente* a la teoría de la probabilidad, porque —como hemos advertido anteriormente— nos parece desacertada la pretensión de operar unilateralmente con cada una de ellas. Tanto es así que no es raro, en la mejor y más reciente doctrina, que los mismos autores cuya opinión se invoca en contra de la teoría del consentimiento, puedan ser citados también como oponentes de la teoría de la probabilidad (45). Este es el caso —para poner un solo ejemplo— de Jescheck citado por Gimbernat como «destructor» de la teoría del consentimiento (46). Efectivamente lo es. Lo que no le impide rechazar asimismo la teoría de la probabilidad. Para Jecheck el dolo eventual significa que el autor tienen fundadamente por posible la realización del tipo legal y se conforma con ella (47), caracterización en la que, como se ve, se combina el criterio de la representación con el del consentimiento.

En esta línea integradora, y no en la dirección unilateral de la teoría de la probabilidad, se mueve, a nuestro juicio, la sentencia antes

(43) E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se “conoce”?*, cit., pp. 13-14, quien añade: “En el primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho que sí a la causación del resultado antijurídico antes de renunciar al propósito que directamente perseguía. Y en el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que sólo podrá ser castigado por imprudencia. Pero dejémonos de expresiones prosaicas y hablemos técnica y crudamente: todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho.”

(44) Cfr. E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II (trad. J. A. Rodríguez Muñoz) (Madrid, 1957), pp. 170-173.

(45) Como observa el propio E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se “conoce”?*, cit., p. 14, “rechazar la doctrina del consentimiento no significa todavía aceptar la teoría de la probabilidad”. Y a la inversa.

(46) E. GIMBERNAT, *¿Cuándo se “conoce”?*, cit., p. 14, nota 49.

(47) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 222 y 224.

citada de 2 de diciembre de 1967. Es verdad que en ella se hace hincapié en que el procesado presintió la «muy probable existencia de lesionados», en que era «racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó aquel quebranto personal», consideraciones que afectan al elemento intelectual del dolo. Todo lo cual es congruente dado que el único motivo subsistente del recurso denunciaba como infringido, por aplicación indebida, del art. 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, sosteniendo que «el procesado no advirtió en ningún momento, ni tuvo constancia alguna de que hubiese atropellado a una persona». El debate se planteó en materia de elemento intelectual del dolo, y consecuentemente la respuesta del Tribunal Supremo había de moverse en ese terreno. Pero hay que advertir que, en ningún momento deja traslucir la sentencia de 2 de diciembre de 1967 que estimó dolosa la actuación del procesado únicamente porque éste se representó la existencia de lesionados «con toda probabilidad» o como «muy probable», de tal modo que si el grado de probabilidad hubiere sido «menor» la propia sentencia habría descartado la concurrencia del dolo. Está bien claro, por el contrario, que la sentencia 2 diciembre de 1967 al tiempo que sale al paso de la alegación del recurrente subrayando el alto grado de probabilidad con que se representó la existencia de lesionados, atiende a la actitud emocional adoptada por el procesado frente a aquella representación, destacando que «se negó a detenerse pese a los insistentes requerimientos de sus acompañantes», que «siguió en su comportamiento una conducta totalmente irregular», todo lo que corrobora «cuál era su propósito inicial», permitiendo concluir que «se resistió obstinadamente a la última y exigible comprobación cuando sus acompañantes y él mismo estaban en la fundada creencia de haber producido con su vehículo un accidente de esta naturaleza».

En definitiva, la sentencia 2 diciembre de 1967 apreció la existencia de dolo porque el procesado, después de haberse representado la muy probable causación de lesionados, se obstinó en no detenerse, para prestar, en su caso, el socorro debido, aceptando en su voluntad de acción la situación representada. La negativa del procesado a los «insistentes requerimientos» de sus acompañantes, parece un ejemplo escolástico de aplicación de la fórmula positiva del consentimiento: «sea o no sea así como vosotros decís, de cualquier modo yo no me detengo y sigo hacia mi destino».

La sentencia de 2 diciembre de 1967 no consideró decisivo por sí sólo para trazar la divisoria entre dolo e imprudencia (48), el grado de probabilidad con que el sujeto se representó el elemento típico, sino que atendió conjuntamente tanto a la representación como a la ratificación volitiva de la misma. Consideración conjunta que, como dijimos anteriormente, viene impuesta por la estructura del dolo. Si éste se

(48) La cual en el caso enjuiciado, según la propia sentencia, supondría la impunidad, al interpretar como delito exclusivamente doloso el previsto en el artículo 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.

compone de un elemento intelectual y volitivo, en el dolo eventual, como especie de dolo que es, han de descubrirse necesariamente ambos ingredientes. Como dice Jescheck, «detractor» —según hemos visto— de la teoría del consentimiento, el *grado de probabilidad* con que el autor se representa la realización del tipo *no puede ser decisivo*, ya que con él no se obtiene ninguna frontera segura entre el dolo condicionado (eventual) y la culpa consciente (49). En ésta el autor puede representarse como muy probable el resultado al tiempo que también con elevada probabilidad confía en la evitación del evento representado.

La jurisprudencia posterior a la sentencia de 2 diciembre 1967 y que desarrolla la línea iniciada en esta resolución, confirma cuanto estamos diciendo. Los casos de dolo eventual en referencia con la aplicación del último párrafo del art. 489 bis, motivaron una muy interesante doctrina jurisprudencial, que ha optado expresamente por la concepción tradicional del dolo —comprensiva de la conciencia de la antijuricidad— y se ha preocupado de caracterizar, también de modo explícito, sus elementos estructurales. Así la sentencia 30 mayo 1970 (ponente señor Escudero del Corral):

«Si el dolo es, en condensado concepto la conciencia y voluntad del hecho punible, y si se compone de un indispensable presupuesto intelectual o ideal, caracterizado por el conocimiento de la conducta y su significación, al tener conciencia el sujeto de su antijuricidad, que pugna con el Derecho, y de otro emotivo o psíquico, constituido por dirigirse la voluntad a la causación del mal conocido es evidente que este saber y querer los elementos del tipo, constituyentes del dolo, en el delito de omisión del deber de socorro indicado, ha de manifestarse también en esa doble clase de requisitos constitutivos; el intelectual, por conocer el agente tanto la existencia del accidente, como por percibir con evidencia el haber ocasionado una víctima, que se encuentra en situación de gravedad, peligro y desamparo, teniendo conciencia de la posibilidad de auxiliarlo, y de que, el no hacerlo, es ilícito o contrario a Derecho por dejar de cumplir el impuesto deber jurídico de socorrer a quien lo necesita; y el psíquico o emocional, porque por acto de la voluntad, se omite la prestación del auxilio necesario a la víctima, al valorar egoístamente con preferencia las conveniencias propias, sobre el primario deber de solidaridad humana, dejando la situación inmutable, y sea cualquiera la causa que motivó la falta de ayuda. Este conocimiento del accidente —que unido a la conciencia del abandono son indispensables para la existencia del tipo—, como dijo la sentencia de esta Sala de 2 diciembre 1967, no ha de ser exigido con tan riguroso criterio como para pedir que el agente esté informado del suceso de manera perfecta y total en el momento de cometer el acciden-

(49) JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 224.

te, pues resulta suficiente que, por la forma, lugar y circunstancias todas, concurrentes en la anormalidad observada, sea racionalmente presumible con toda probabilidad, que se originó un quebranto personal» (50).

Esta apelación al elemento emocional, precisamente cuando se están enjuiciando supuestos de dolo eventual en materia de omisión de socorro, es la mejor prueba de que la doctrina jurisprudencial no se alinea unilateralmente en la dirección de la teoría de la probabilidad.

Si el Tribunal Supremo estuviese acogiendo esta teoría, constituiría un supino contrasentido que se dedicase, como en efecto hace, a destacar en estos supuestos la necesidad de un elemento emocional, al lado del intelectual. Elemento emocional que el propio Tribunal Supremo caracteriza señalando que el omitente, después de presumir racionalmente con toda probabilidad que originó un quebranto personal, *alzaprima egoístamente* sus conveniencias sobre el prioritario deber de solidaridad, *dejando voluntariamente* de detenerse y auxiliar.

Conviene advertir, en cualquier caso, que si nos limitamos a contemplar la anterior doctrina del Tribunal Supremo desde la perspectiva general de las teorías sobre el dolo eventual, no llegaremos a captar su última *ratio*. Si queremos penetrar hasta la razón de fondo que la motiva y explica, es preciso que descendamos hasta las específicas peculiaridades del presupuesto del tipo cuyo grado de conocimiento por parte del omitente se discute, y que destaquemos asimismo la particular finalidad político-criminal a que obedece la referida doctrina jurisprudencial.

Así hay que señalar, en primer término, que el presupuesto típico objeto de conocimiento es *ocasionado* aquí por el propio omitente. Se trata, pues, de un hecho precedente fruto del actuar del mismo sujeto, lo que naturalmente facilita su conocimiento por parte de éste, sobre todo cuando se trata de accidentes automovilísticos que suelen entrañar colisiones. Normalmente —y estos son los casos a que se refiere la doctrina jurisprudencial— por el lugar, forma y demás características de la advertida colisión, el conductor del vehículo se representa como muy probable la causación de víctimas. En este sentido, es palmaria la diferencia con el conocimiento de otras características típicas preexistentes totalmente ajenas e independientes de la conducta del agente.

En segundo lugar hay que destacar que no se trata aquí de una representación del sujeto respecto a posibles efectos futuros derivados de su acción, sino del conocimiento de una consecuencia *ya ocasionada* por su conducta precedente. No caben, pues, por parte del sujeto actitudes emocionales características de la culpa consciente como las de confiar en su pericia, en la habilidad de otras personas o en el azar mismo como factores que van a impedir la producción futura del evento disvalioso representado como probable. El accidente pertenece aquí

(50) En el mismo sentido, Sentencia 21 mayo 1971.

al pasado y es ya un hecho irreversible, que el sujeto, una vez advertida la colisión que le hace suponer como probable la causación de víctimas, puede comprobar. Es más, no sólo puede, sino que debe verificar esa comprobación como vamos a ver seguidamente.

En efecto, en tercer lugar, hay que poner de relieve que, tratándose de accidentes automovilísticos, el conductor que percibe o advierte la colisión tiene el deber jurídico de detenerse, administrativamente sancionado en el art. 49, a) del C. circulación para comprobar el alcance de la colisión y cumplir, en su caso, las obligaciones establecidas en los demás apartados del citado precepto, entre las cuales está la de prestar socorro a los heridos, que alcanza rango penal cuando concurren las características diseñadas en el artículo 489 bis del Código penal. A este deber de cerciorarse apela insistentemente la doctrina jurisprudencial: «exigible comprobación» (Sentencia 2 diciembre 1967); «procedía parar y comprobarlo» (S. 25 febrero 1970); basta presumir su existencia para imponer el «deber de cerciorarse de si existe víctima o no» (S. 17 diciembre 1971); «quién provoca un accidente circulatorio viene, en razón de este precepto (s. c. art. 49 C. circulación), inexcusablemente obligado a comprobar las consecuencias» (S. 20 abril 1972); «el conductor de vehículos de motor que produce un accidente y que se apercibe por el golpe que ha dado o recibido, o por cualquier otro medio, que al menos le haga sospechar que ha causado víctimas, viene obligado, por las más elementales normas de moral y por solidaridad humana, a parar y comprobar el estado de las víctimas» (S. 30 junio 1972).

Pues bien, la finalidad político-criminal que persigue la doctrina jurisprudencial que estamos comentando es que, quien se representó como probable la causación del accidente, y pudo y debió parar para convertir esa representación en saber cierto, pretenda ampararse luego en el voluntario incumplimiento de esta obligación de cerciorarse y aspire a ser absuelto por no haber tenido conocimiento de la existencia de víctimas. No se puede invocar el desconocimiento cuando hubo *un no querer saber contrario al deber*. No puede escudarse en el desconocimiento el sujeto que, en contra del deber jurídico de cerciorarse que personalmente le incumbía, cegó voluntariamente las fuentes de conocimiento. De otro modo, en materia de accidentes de tráfico, tendría el sujeto a su alcance la posibilidad de eludir la aplicación del último párrafo del art. 489 bis a base precisamente —grave paradoja— de incumplir el deber jurídico de detenerse y comprobar las consecuencias del accidente ocasionado. Pensamiento recogido con particular claridad ya en la sentencia 2 diciembre 1967: «ya que de otra suerte fácilmente podría eludirse esta figura delictiva de omisión de auxilio a la víctima en todos aquellos accidente en que por no resultar afectado el mecanismo de propulsión del automóvil pudiera proseguir su marcha, pese a fuertes roces o colisiones con otros vehículos, haciendo caso omiso de la muy probable existencia de lesionados a los que no se presta asistencia alguna, y cuya real existencia *se desea ignorar*». En la misma línea, la sen-

tencia de 30 mayo de 1970: «pues de otra suerte fácilmente se eludiría la infracción criminal haciendo caso omiso de posibles lesionados que *se quisieran ignorar*, a pesar de existir signos contrarios indudables, en «facta concludentia», de la existencia de una víctima necesitada de socorro».

En virtud de todo ello, la mayor parte de casos pertenecientes al denominado ámbito de la duda surgidos con ocasión de accidentes de tráfico se insertan en el marco del dolo eventual. Lo que no quiere decir que no quede margen para la imprudencia. Son perfectamente imaginables supuestos de actuaciones imprudentes. Por ejemplo, inadvertencia por descuido de la causación de víctimas, no descubrimiento de las mismas debido a una comprobación negligente de las consecuencias del accidente, etc. Cuestión distinta es si éstos y otros casos similares de conductas imprudentes pueden engendrar la apreciación de la figura agravada del último párrafo del art. 489 bis en versión culposa, previa la correspondiente integración con el art. 565, o simplemente la de la figura básica del párrafo primero o, por el contrario, deberán permanecer impunes.

La sentencia 2 diciembre 1967, entre otras, atribuyó al delito del art. 5.º de la Ley de 9 mayo 1950 «naturaleza dolosa» (51). En la misma línea, refiriéndose ya al último párrafo del art. 489 bis, se pronunciaron las sentencias 21 mayo y 17 diciembre 1971 que caracterizaron a la figura delictiva contenida en dicho párrafo como «infracción dolosa o intencional». Consideración que parece responder a la voluntad de la ley y a la estructura de la figura agravada de omisión de socorro que, según hemos visto, presupone el previo conocimiento de la existencia de víctimas ocasionadas por el accidente. No se descarta con ello —aunque a veces se piense lo contrario— la posibilidad de castigar las omisiones de socorro por parte de quien causó el accidente a tenor de la figura básica del párrafo primero del art. 489 bis. Que un tipo agravado sea exclusivamente doloso no implica que también lo haya de ser el tipo básico. En otro lugar hemos sostenido la admisibilidad de un delito culposo de omisión genérica de socorro, y a las razones allí expuestas nos remitimos (52). Razones que cobran particular virtualidad en referencia con quien causó las víctimas, que, precisamente por ello, debe extremar la diligencia y cuidado.

La sentencia de 17 enero 1972 de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictada en apelación, reconoció un delito culposo de omisión de socorro: «Es, además, evidente, —dice— la posibilidad de construcción en nuestro sistema penal del delito de omisión del deber de socorro realizado por imprudencia; paralelamente a los delitos dolosos

(51) La Sentencia 25 mayo 1964 no descartó absolutamente la admisión de la imprudencia, al indicar frente al caso concreto —en el que el sujeto actuó con la diligencia debida— que era “innecesario dilucidar si, en términos generales, el delito de omisión de auxilio, puede ser cometido por imprudencia, cuestión que divide a la doctrina”.

(52) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., pp. 261 ss.

del art. 1.º, existe una actuación culposa regulada en el 565, que comprende, en principio, y con carácter general, los tipos descritos como dolosos, no tratándose de delitos de tendencia o en los que aparezcan como determinantes del tipo un elemento subjetivo de lo injusto; el de omisión de socorro no se halla en esos supuestos, y la actuación del recurrente es, benévolamente apreciada, constitutiva de esa negligencia grave» (53).

V. *La ingerencia y la responsabilidad civil derivada del delito de omisión de socorro.*

En materia de tráfico automovilístico el accidente previamente causado obedece con mucha frecuencia a imprudencia punible, según atestiguan las colecciones jurisprudenciales. Procede entonces la apreciación, en concurso, de un delito de imprudencia seguido de otro de omisión de socorro. En estos casos el problema de la responsabilidad civil por los resultados lesivos ocasionados puede encauzarse perfectamente en el marco del delito imprudente.

Ahora bien, el accidente que ocasiona víctimas puede ser, como sabemos, totalmente fortuito. En este supuesto, el causante del accidente que omite el auxilio responderá únicamente del delito de omisión de socorro. La exención por caso fortuito no permite, según se deduce del párrafo inicial del artículo 20 del C. p., la declaración por el Tribunal de lo penal de la responsabilidad civil, sin perjuicio, claro está, de que ésta sea exigida ante la jurisdicción civil.

El problema que se suscita aquí es el de saber si en los casos en que la causación del accidente no origina responsabilidad criminal por ser fortuita, la responsabilidad civil por los resultados lesivos ocasionados podrá ser exigida en el marco del delito agravado de omisión de socorro previsto en el último párrafo del art. 489 bis.

A este respecto deberá tenerse en cuenta la posición intermedia que ocupa dicha modalidad agravada entre el delito básico de omisión de socorro y los delitos de comisión por omisión. No hay duda de que en los delitos de comisión por omisión el sujeto debe resarcir los resultados que no impidió debido a su conducta omisiva. Tampoco hay duda alguna de que en los delitos de pura omisión, el sujeto no deberá responder civilmente de los resultados que deriven de su abstención, pero que no pertenecen al tipo. Lo cual no quiere decir que los delitos propios de omisión no puedan originar una responsabilidad civil. Así, el

(53) Hay que advertir que el supuesto de hecho fue una actuación inequívocamente dolosa. El procesado se negó, tras haber sido requerido para ello, a trasladar en su vehículo a una niña herida, alegando que "llevaba" prisa. La niña fue transportada en otro automóvil que "pasó instantes después", e ingresó ya cadáver en una residencia sanitaria.

(54) Cfr. J. SÁEZ JIMÉNEZ-E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal civil y penal*, tomo IV, volumen I (Madrid, 1966), p. 1403.

autor de un delito de omisión de socorro genérica del primer párrafo del artículo 489 bis, no responderá civilmente de los resultados, lesiones o muerte de la persona desamparada que hubiere evitado prestando el auxilio debido. Pero podrá responder civilmente, en cambio, en atención a la perturbación de ánimo, a la desesperación, a la delicada situación psicológica sufrida por la víctima al verse abandonada por quien podía prestarle útil socorro. Sufrimientos que pueden incluso afectar a la actividad económica del sujeto pasivo (55).

Con lo dicho se pone de relieve que el problema de los límites y alcance de la responsabilidad civil en los delitos omisivos no puede resolverse exclusivamente en el plano de la causalidad, cualquiera que sea el sentido en que ésta se entiende en los delitos de omisión. En efecto, desde este punto de vista ninguna diferencia hay entre la omisión del bañista que con su actuación pudo salvar a la persona ahogada (delito básico de omisión de socorro) y la del socorrista que, teniendo, la específica obligación de evitar el resultado, no lo impidió (delito de homicidio cometido por omisión). La eficacia causal de ambas omisiones en cuanto a la evitación del resultado es la misma, y la muerte de la persona ahogada es en los dos casos consecuencia «directa» y «necesaria» de la omisión en la medida en que de realizarse la acción positiva debida no se hubiera producido. La distinta solución (responsabilidad civil del socorrista por la muerte del ahogado y no responsabilidad civil del bañista por ese resultado) deriva del plano del deber (diverso contenido de ambos deberes de actuar) y de la conexión del resultado no impedido con el tipo de delito de omisión.

En nuestro caso no estamos ciertamente ante un delito de comisión por omisión, pero como evidencia el texto legal, el ocasionamiento del accidente que produce víctimas a través del previo comportamiento causal activo del omitente, constituye un presupuesto típico. Por tanto, la causación de los resultados que permiten hablar de víctima, no son indiferentes, ni se hallan absolutamente desconectados del tipo agravado de omisión de socorro. Antes al contrario, son precisamente, como hemos visto, la premisa de la que arranca la especificidad de este tipo y lo que fundamenta su castigo más severo respecto al tipo básico. El omitente responde aquí más gravemente, justo por haber ocasionado una víctima y por dejarla abandonada, sabiéndolo.

No vemos, por ello, mayores inconvenientes para admitir en el proceso penal seguido por el delito agravado de omisión de socorro el

(55) Adhiriéndonos a la opinión de Guarneri, hemos defendido la posibilidad de que el delito básico de omisión de socorro (típico delito de pura omisión) engendrase una responsabilidad civil, en *La omisión de socorro en el Código penal*, cit., pp. 323-324. En el mismo sentido, J. CÓRDOBA, en *Comentarios al Código Penal*, I, de J. CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO (Barcelona, 1972), pp. 958-959. En contra, F. ALAMILLO, *La solidaridad humana*, cit., pp. 123-124.

ejercicio de la acción civil referida a los resultados ocasionados por el accidente, tal como aparecían en el momento de la omisión (56).

Abonan también esta solución razones de economía procesal y la equitativa de evitar a la víctima del accidente, que lo ha sido asimismo de la insularidad dolosamente manifestada de quien lo originó, la necesidad de recurrir a un proceso civil.

(56) Como tantas veces hemos indicado, no estamos ante un delito de comisión por omisión. Y así como la causación de la víctima está conectada al tipo agravado y se refleja en el plano de la responsabilidad criminal en una mayor gravedad de la pena, las consecuencias ulteriores, que se hubieran evitado prestando el socorro, están absolutamente desvinculadas del tipo y resultan, conforme a la estructura de éste, totalmente indiferentes. Por ello, en puridad la declaración de responsabilidad civil en el proceso penal debería contraerse a los resultados ocasionados por el accidente creadores de la situación de peligro que el omitente deja inalterada en el momento en que abandona a la víctima, sin extenderla también a las "ulteriores consecuencias" derivadas de la abstención.