



La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos



Miguel Bustos Rubio

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *En este trabajo se estudia una de las instituciones más recurrentes en Derecho penal a la hora de limitar el mandato de actuación en los delitos de omisión propia: la cláusula “sin riesgo propio o ajeno”. Partiendo de los ejemplos que encontramos tanto en el Código penal mexicano como en el Código penal español, se estudian cuestiones relativas a esta cláusula tales como su naturaleza jurídica y encuadre sistemático en la escala del delito, su fundamento y razón de ser, y algunas cuestiones interpretativas sobre los elementos que la conforman. Igualmente, se hace mención especial al riesgo de detención como posible riesgo propio teniendo en cuenta el principio de autoencubrimiento en Derecho penal y la naturaleza de esta cláusula, cuestión ampliamente discutida en la doctrina.*

PALABRAS CLAVE: *Riesgo, delitos de omisión, omisión propia, omisión del deber de socorro, omisión del deber de impedir delitos, encubrimiento.*

ABSTRACT: *This paper studies one of the most recurrent institutions in penal law when it is time to limit the remit for action in offences by own omission: the clause “without own risk or risk for the others”. Considering the examples about this clause in Mexican and Spanish criminal law, this article analyzes its juridical nature and systematic framework in the crime scene, its conceptual basis and some interpretative items about its elements included. Likewise, a special statement is made about the risk of detention as a possible own risk considering the self-concealment in Criminal Law and the nature of this clause, topic widely discuss in doctrine.*

KEY WORDS: *Risk, offences by omission, own omission, duty to help's omission, duty of stop crime's omission, concealment.*

SUMARIO: *1. Introducción. 2. La operatividad de la cláusula en el ámbito de los delitos de omisión propia. 3. Ejemplos de Derecho positivo: el Código Penal Federal de México y el Código Penal español. 4. Naturaleza jurídica y fundamento de la cláusula. 5. El riesgo. 6. Especial referencia al riesgo de detención como riesgo propio.*

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una de las instituciones más recurrentes en Derecho penal a la hora de limitar el mandato de actuación en los delitos de omisión propia: la cláusula “sin riesgo propio o ajeno”. En torno a la misma pueden plantearse diferentes cuestiones interpretativas sobre las que pretendemos arrojar algo de luz; y lo hacemos, en este artículo, dirigiendo la mirada a los ejemplos de Derecho positivo existentes en el Derecho penal mexicano y español, ordenamientos que emplean este mecanismo limitador a la hora de configurar determinados deberes de actuación positiva por medio de los delitos omisivos, como tendremos inmediata ocasión de comprobar.

2. La operatividad de la cláusula en el ámbito de los delitos de omisión propia

El comportamiento humano no se limita al ejercicio activo, sino que también posee un aspecto pasivo

constituido por la omisión.¹ El Derecho no contiene solamente normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones posibles a los ciudadanos, y que, en caso de omitirse, provocan efectos nocivos desde un punto de vista social.²

El Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad ajenas de forma negativa (esto es, mediante la tipificación de acciones positivas que lesionan o ponen en peligro un determinado interés) sino que en ocasiones, si bien excepcionalmente, también establece relaciones positivas de ayuda para determinados bienes necesitados de protección penal.³ De estos últimos deberes nacen los denominados *delitos de omisión* (propia).⁴

El Derecho penal de los Estados se ha construido, mayoritariamente, en torno a la institución negativa del *neminem laedere*, institución que consiste, en puridad, en la prohibición de dañar a terceros.⁵ De esta forma, se dice, todos tienen el derecho de hacer lo que no lesione a los demás.⁶ Puede afirmarse, por tanto, que sobre la institución *neminem laedere* se ha

¹ F. Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 43. Ampliamente, *vid.* M.A. Núñez Paz, “Notas sobre la acción, la omisión y la comisión por omisión”, en F. Pérez Álvarez (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 583 y ss. *Cfr.* también M.A. Núñez Paz, “Notes on action, omission (offenses of failing to act) and commission by omission in Spanish Law”, en V.V. A.A., *Prawo w XXI wieku*, Varsovia, Polonia, Scholar, 2006, pp. 630 y ss.

² Muñoz Conde, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 43. La misma idea en: F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 237. Clasificando las normas penales en “prohibiciones” o “mandatos”, J. Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general*, vol. II, Teoría del delito (2), Madrid, Dykinson, 2009, p. 476.

³ J. Sánchez-Vera Gómez Trelles, “Reflexiones acerca del delito de omisión de socorro debido”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 78, 2002, p. 593.

⁴ En el presente trabajo el estudio queda constreñido a los delitos omisivos propios (o delitos de omisión pura), dejando extramuros del mismo los llamados delitos de comisión por omisión (u omisión impropia) que requieren, a diferencia de los primeros, una posición de garante para poder imputar un determinado resultado (resultado que no se exige en los delitos de omisión propia, en los que la mera omisión del deber jurídicamente exigido por la norma ya da lugar al injusto). Sobre los delitos de omisión impropia, *vid.* ampliamente: M.A. Núñez Paz, “Omisión impropia y Derecho penal (acerca del artículo 11 del Código penal español)”, *Revista Penal*, núm. 20, 2007, pp. 141 y ss. Como bien ha señalado Gómez Pavón, en los delitos de omisión propia se sanciona la simple omisión del deber jurídicamente exigido, sin requerirse la existencia de un determinado resultado. Lo que se imputa al autor, por tanto, es la propia omisión, mas no los posibles resultados que de ella se deriven. El peligro, en los delitos omisivos propios, es presupuesto para exigir la conducta activa, no la consecuencia de ella. *Vid.* P. Gómez Pavón, en J. López Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 930.

⁵ M. Bustos Rubio, “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de derecho penal mínimo e inexigibilidad”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, 2014, pp. 95 y ss.

⁶ Como expuse en Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss., la institución *neminem laedere* constituye un postulado que ha sobrevivido hasta nuestros días, si bien con diferentes matices según los casos. En Derecho penal anglosajón encontramos esta institución como telón de fondo en el denominado *harm principle* o *principio del daño*, inicialmente defendido por Mill, quien en su obra *On Liberty* expresó lo siguiente: “que la única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. [...] La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás” (cita tomada del artículo de A. von Hirsch, “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, en R. Hefendehl, [ed.], *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 39). De la tesis de Mill se desprende que el daño o la ofensa lesiva frente a otros (*offence to others*) se presenta como condición necesaria de la sanción penal: sólo esta razón, la causación de un daño, justifica la intromisión pública en la libertad de los sujetos por parte del Derecho penal. J.L. Colomer, “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en E. Díaz, E. y J.L. Colomer [eds.], *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, p. 183). Más actualmente, von Hirsch ha desarrollado este pensamiento considerando que el principio del daño puede aportar mucho al estudio de la categoría del bien jurídico en el derecho continental (*El concepto...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.). Precisamente, también en esta última institución, la del *bien jurídico*, encontramos el postulado *neminem laedere*: el principio de ofensividad o lesividad, o de exclusiva protección de bienes

construido todo un sistema del delito. Pero la sociedad no se conforma, ni puede hacerlo, con el aseguramiento de la libertad ciudadana mediante el establecimiento de prohibiciones frente a determinadas acciones, y por vía de una protección exclusivamente negativa. Hay otras instituciones que no son negativas, sino positivas, que también merecen la atención del Derecho penal, por más que dicha protección pueda resultar ciertamente marginal.⁷

El elenco de deberes exigidos a las personas no se agota, ni puede agotarse, en aquéllos de carácter meramente negativo, sino que se extiende también al establecimiento de determinados mandatos de índole positiva (por ejemplo: obligación de socorrer al necesitado de auxilio u obligación de impedir un determinado delito). Estos últimos, como ya adelantamos, dan lugar a los *delitos de omisión*.

Queremos matizar que cuando hablamos de una concepción *negativa* en el establecimiento de delitos de acción (o positiva en los de omisión) no estamos queriendo decir que la norma penal quede reducida a una norma jurídica imperativa (o *meramente imperativa*).⁸ La discusión sobre el carácter de la norma jurídico-penal como norma de valoración o de determinación de conductas ha sido y es amplia y prolija en la doctrina.⁹ Son cuestiones que, sin embargo, escapan del objeto pretendido en este trabajo y pueden alejarnos del estudio que proponemos. A los efectos de nuestra discusión, baste señalar que las normas pueden ser analizadas desde la perspectiva de *prohibiciones de hacer algo* (v.gr. matar) y de *no hacer algo* (v.gr. no socorrer), o bien desde la óptica de *obligaciones de no hacer algo* (v.gr. no matar) y de *hacer algo* (v.gr. socorrer al necesitado de auxilio).¹⁰

Los delitos omisivos no pueden dejar de resultar excepcionales en comparación con los delitos de ac-

ción precisamente porque con ellos el Derecho ya no se limita a *prohibir* una determinada acción, sino que *ordena* el cumplimiento de un mandato específico, en atención a lograr la intangibilidad de determinados bienes necesitados de protección penal. Con razón se ha alertado por algunos sectores que cuando se trata de instaurar deberes positivos puede llegarse a una “moralización ilícita” del Derecho penal. Un Derecho penal que se denomine liberal podría prohibir conductas dañosas (*neminem laedere*), pero no podría obligar a los sujetos a llevar a cabo determinadas conductas de carácter positivo, pues ello, se dice, conduciría a un Derecho penal autoritario.¹¹

Es cierto que con un mandato de realización positiva de un deber se limita la capacidad de acción de las personas de un modo considerable, máxime en comparación con los delitos activos en los que el Derecho se ciñe simplemente a prohibir determinadas acciones que dañan a otros. El que cumple con el postulado *neminem laedere* tiene todavía infinitas posibilidades de actuación en su vida en libertad, mientras que mediante el establecimiento de un deber positivo se cierran múltiples posibilidades de comportamiento. De este modo, la exigencia de actuación positiva por establecimiento de delitos omisivos representa un mayor menoscabo de la libertad de actuación del ciudadano, destinatario de la norma penal, que la mera prohibición de no dañar a terceros.¹²

Sin embargo, para evitar que el establecimiento de este tipo de delitos conduzca siempre y en todo caso a configurar un Derecho penal autoritario, es necesario restringir el ámbito de aplicación de estos tipos penales omisivos. De este modo, si el mandato en los delitos de omisión se encuentra acotado y delimitado de forma correcta, dirigiéndose a lograr la intangibilidad de los bienes jurídicos más importantes frente a los

jurídicos, asentado en el Derecho penal alemán y prácticamente extendido en los sistemas continentales, incluido el español, se apoya en la idea de que sólo puede ser delito la acción que lesione o ponga en peligro un determinado interés necesitado de protección penal, lo que no deja de suponer una prohibición de dañar a los demás (a los *bienes* de los demás). Sobre la importancia de delimitar el bien jurídico como antesala al estudio de los elementos típicos en un delito omisivo, vid. M. Bustos Rubio, “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales (nueva época)*, vol. XV, núm. 2, pp. 157 y ss.

⁷ Sánchez-Vera Gómez Trelles, *Reflexiones acerca del delito...*, op. cit., p. 591.

⁸ Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, op. cit., p. 101.

⁹ Así por ejemplo, la prohibición de matar establecida mediante el delito de homicidio no tiene por qué ser entendida (al menos solamente) como una norma determinativa, pues perfectamente puede concebirse a aquélla como una obligación de respeto por un determinado bien jurídico (la vida), de forma valorativa.

¹⁰ Sobre ello, vid. ampliamente E. Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, pp. 86 y 87. Debemos dejar claro, por tanto, que en este artículo mantenemos una concreta terminología sin que ello implique subrepticamente una concreta toma de postura sobre otras cuestiones como las que planteamos.

¹¹ Vid. por todos Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Reflexiones acerca del delito...*, op. cit., p. 595.

¹² *Ibidem*, p. 599.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

ataques más insoportables, no vemos motivo alguno para afirmar que el instrumento penal devenga autoritario. Pero para ello se hace necesario que el delito de omisión limite el deber o mandato exigido con la máxima precisión. Ello, insistimos, no puede ser en modo alguno obviado, dado el diferente carácter que presentan estos concretos tipos de delitos, en los que el Derecho pasa a requerir del sujeto una determinada actuación positiva.

Siendo lo anterior el punto de partida sobre el que se podría incidir mucho más, razones de economía de espacio aconsejan en este momento trabajar con una finalidad modesta: por más que la limitación de mandato de la que hablamos pueda ser estudiada desde diversas perspectivas,¹³ en el presente artículo se presta especial atención a una concreta técnica legislativa utilizada tanto en el Código Penal Federal de México como en el Código Penal español, que pasa por restringir el deber de actuación en los delitos propios omisivos por medio de la instauración de la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* (si bien en ocasiones se habla de *riesgo personal o de otros*, o de *riesgo propio o de terceros*). Cláusula que, sin duda alguna, está llamada a coadyuvar a la limitación de unos tipos delictivos, los omisivos, que resultan ciertamente excepcionales en nuestro Derecho penal.

3. Ejemplos de Derecho positivo: el Código Penal Federal de México y el Código Penal español

Para este trabajo queremos partir de la exposición de algunos ejemplos de Derecho positivo en los que aparece reflejada esta cláusula de forma expresa. Aprovechando la ocasión que se me brinda, he querido traer a colación los ejemplos que subyacen en el Código Penal Federal de México y en el Código Penal español, que como en seguida comprobaremos, distan mucho de resultar extraños entre sí.

En lo que se refiere al primero de estos textos legales, encontramos hasta tres delitos omisivos en los que el legislador ha empleado la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* para limitar el deber exigido por la norma. Así, el artículo 209 del Código Penal Federal mexicano señala lo siguiente: “el que pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y *sin riesgo propio o ajeno*, no impidiere la comisión de uno de los delitos contemplados en el Título VIII, Libro Segundo,

de este Código o en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas se le impondrá la pena de seis meses a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa”.

Encontramos esta cláusula también en el artículo 340 del mismo texto legal, el delito de omisión del deber de socorro (figura hermana del artículo 195 del Código Penal español, como tendremos pronta ocasión de comprobar), en el que puede leerse lo siguiente: “al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo *sin riesgo personal*”.

En semejante sentido, por último, puede leerse el artículo 400, V: “se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: [...] V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y *sin riesgo para su persona*, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables”, en lo que constituye un injusto homólogo al previsto en el art. 450 del Código Penal español (omisión del deber de impedir determinados delitos).

Como puede fácilmente colegirse, en los dos últimos tipos penales el riesgo se limita a aquél de carácter *personal*, no de terceros, lo que no obsta para tenerlos en cuenta a efectos de esta investigación.

Semejante regulación existe en el Código Penal español, en que son dos tipos penales los que constituyen ejemplo paradigmático de delitos de omisión pura o propia, y en los que encontramos la cláusula limitativa *sin riesgo propio o ajeno*.

Así, el delito de omisión del deber de socorro recogido en el artículo 195 del Código Penal español señala, en su primer inciso, lo siguiente: “el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo *sin riesgo propio ni de terceros*, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. También, el artículo 450, 1 del mismo texto, que recoge el denominado delito de omisión del deber de impedir la co-

¹³ Ampliamente, Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, op. cit., pp. 95 y ss.

misión de determinados delitos, reza lo siguiente: “el que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y *sin riesgo propio o ajeno*, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél”.

Tras echar un vistazo a ambos textos punitivos, puede concluirse con facilidad que el recurso al empleo de la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* resulta harto frecuente a la hora de limitar el deber exigido por la ley en los delitos propiamente omisivos.

En adelante analizaremos diferentes aspectos que subyacen en esta cláusula limitadora, comenzando por una de las cuestiones que más dudas ha generado en la doctrina: su ubicación sistemática en el seno de la teoría jurídica del delito, para lo que habremos de referirnos a la naturaleza de la disposición y al fundamento o razón de ser de la misma.

4. Naturaleza jurídica y fundamento de la cláusula

Como aventuramos en apartados anteriores, una primera aproximación a la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* permite afirmar que la misma tiene por función limitar el deber exigido: no será exigible la actuación (por ejemplo, socorrer, o impedir un determinado delito) cuando con la misma el sujeto activo pueda sufrir un riesgo propio, o cuando con ella se propicie un peligro para terceros. Estamos, sin duda, ante una

institución que tiene por función primordial limitar el mandato en los delitos de omisión propia.¹⁴

Gimbernat Ordeig ha explicado esta limitación al hilo del análisis del delito de omisión del deber de socorro en el seno del Código Penal español. Como subraya este autor, los sujetos jurídico-penalmente obligados a prestar socorro “en muy raras ocasiones podrían sufrir menoscabos en sus bienes jurídicos, pues en el momento en que la acción de salvamento encierra algún riesgo para su persona [...] el Código Penal les exime de cualquier obligación de intervenir, ya que éste *sólo exige esa ayuda* cuando puede llevarse a cabo sin riesgo propio ni de terceros”.¹⁵ La cláusula que estamos estudiando introduce la idea de que no todo sujeto obligado inicialmente a prestar una determinada acción de salvaguarda ajena está realmente obligado a prestarla. Tal mandato queda limitado a que la acción resulte realmente *exigible*.¹⁶ Se trata, en puridad, de una limitación dimanante del principio general de *inexigibilidad*. Por ello tiene razón Henkel cuando advierte que “la idea de exigibilidad tiene un ámbito de aplicación especialmente importante en los delitos de omisión”.¹⁷

Como de inmediato tendremos ocasión de comprobar, la exclusión del deber de actuación en los delitos omisivos propios, identificada en la cláusula *sin riesgo propio o ajeno*, se ha fundamentado por la doctrina con apoyo en la tipicidad, en la justificación del hecho, o en la *inexigibilidad* del comportamiento (en sede de culpabilidad).¹⁸

A pesar de que la doctrina no discute hoy que este requisito provenga del principio general de *inexigibilidad* de otra conducta,¹⁹ pues el Derecho no puede exigir actos heroicos a sus destinatarios, la discusión se constata a la hora de determinar en qué nivel con-

¹⁴ Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, op. cit., pp. 128 y ss.

¹⁵ E. Gimbernat Ordeig, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 58, 3, 2005, p. 740.

¹⁶ F. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 206.

¹⁷ H. Henkel, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. de J. L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Euros Editores, 2005, p. 86.

¹⁸ Incluso algunos autores han situado esta limitación del mandato de acción en la categoría de la responsabilidad por el hecho, inicialmente patrocinada por Bacigalupo, y compartida por discípulos como López Barja de Quiroga, de quien en este sentido puede leerse lo siguiente: “en la medida en que se mantenga que la exclusión de la pena en el estado de necesidad exculpante no se relaciona con la imposibilidad de una motivación normativa suficiente sino con la reducción de la ilicitud del hecho, la solución se relacionaría con la exclusión de la culpabilidad por el hecho como posible categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad”. *Vid. Tratado de Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 785. Sobre la categoría de la responsabilidad por el hecho, *vid.* E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, parte general*, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998, p. 278. Ampliamente sobre el problema dogmático existente en torno a esta figura, *vid.* el mismo, pp. 279 y ss.

¹⁹ Sobre el principio de exigibilidad penal puede consultarse la obra de P. M. de la Cuesta Aguado, *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, Dykinson, 2003. La autora, compartiendo lo expuesto por algún autor alemán, opina que el concepto de exigibilidad, en su sentido original, “no es un concepto normativo sino un principio regulador” (p. 220).

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

creto del delito debe clasificarse dicha cláusula.²⁰ Constituye esta cuestión, sin duda, la *vexata quaestio* por excelencia cuando nos aproximamos al estudio de este extremo normativo.

El principio de inexigibilidad de una determinada conducta no es una idea privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador informador de todo el ordenamiento jurídico. De ahí el debate que se suscita en la doctrina sobre el concreto encuadramiento de la cláusula en los distintos niveles del delito. En este sentido, podemos encontrar hasta tres posturas enfrentadas.

Una primera corriente doctrinal se inclina por entender que esta cláusula es una concreta *causa de justificación* que debe encuadrarse al nivel de la antijuridicidad.²¹ Esta doctrina considera que el precepto no desempeña papel alguno a la hora de describir y delimitar el tipo, sino que, una vez que éste ha sido acreditado, la existencia o no de *riesgo propio o ajeno* decide sobre la adecuación o la contrariedad a Derecho de la omisión.²² Estos autores parten de la idea de que la norma proviene del principio general de inexigibilidad, lo que a su juicio no obsta para encuadrar sistemáticamente a la misma al nivel de la antijuridicidad. Como explica Rodríguez Mourullo, al ser la

inexigibilidad un postulado de carácter general, puede acomodarse en otros lugares, por ejemplo, quien viéndose injustamente agredido se defiende lesionando al atacante, puede estar obrando en legítima defensa, porque el Derecho no le puede exigir una conducta distinta.²³ Esta línea de pensamiento considera que la cláusula tiene su natural acomodo en el juicio de antijuridicidad, respondiendo a la idea propia de los conflictos de intereses.²⁴ En este sentido puede leerse a Quintano Ripollés cuando, interpretando el deber de socorro del art. 195 del Código Penal español, considera que el requisito del riesgo propio o ajeno “constituye una circunstancia de hecho y proporcionalidad entre los dos riesgos, el de la persona que se trata de salvar [...] y el hipotético que habrá de correr el salvador”.²⁵ Se trataría así de establecer un juicio de proporcionalidad entre el deber exigido y la situación típica.

Por otro lado, autores distintos consideran que el precepto debe encuadrarse, como concreta causa de inexigibilidad, en el nivel de la *culpabilidad*, por ser éste consecuencia del principio de inexigibilidad en el Derecho penal.²⁶ En este grupo puede encuadrarse la opinión de Carbonell Mateu y González Cussac, quienes entienden que ésta es la interpretación más correcta

²⁰ Muñoz Conde, *Teoría general...*, op. cit., pp. 166 y 167. La misma idea en Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal, parte general...*, op. cit., pp. 387 y 388.

²¹ En este sentido, entre otros, G. Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 211-217; F. Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal (parte especial)*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pp. 154 y 155; M. Bajo Fernández, J. Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal, parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 77; C. García Valdés, E. Mestre Delgado y C. Figueroa Navarro, *Lecciones de Derecho Penal, parte especial (adaptadas a la docencia del plan Bolinia)*, Madrid, Edisofer, 2011, p. 66; C. Vázquez Iruzubieta, *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, Edersa, 1996, p. 292; F.M. Oliver Egea, en E. López López y E. Perdiguero Bautista, *Enciclopedia penal*, Madrid, La Ley, 2011, p. 999; F. Alamillo Canillas, *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1962, pp. 116-119; y A. Cuerda Riezu, “Hechos omisivos y causas de justificación. En particular la colisión de deberes”, en E. Gimbernat Ordeig, B. Schünemann y J. Wolter, J. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en Homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 59.

²² Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, op. cit., p. 213.

²³ *Ibidem*, pp. 113 y 114.

²⁴ Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho penal...*, op. cit., pp. 154 y 155.

²⁵ Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial...*, op. cit., pp. 416 y 417. En el mismo sentido Bajo Fernández y Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal...*, op. cit., p. 77, señalando que “en la medida en que exista peligro para los bienes del omitente se produce la situación de necesidad expresamente recogida en el precepto”, y apuntando que debe existir una “adecuada proporción” respecto de la situación de peligro en que se encuentra la víctima.

²⁶ En este sentido, y entre otros, Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial...*, op. cit., p. 342; R. Hernández Hernández en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal comentado*, 2ª ed., tomo I, Barcelona, Bosch, 2004, p. 609; J. López Barja de Quiroga, en C. Conde-Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo 2 (arts. 109 a 204), Barcelona, Bosch, 2007, p. 1521; J.C. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac en T.S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 982; Rodríguez Ramos, *Compendio de derecho penal (parte especial)*, op. cit., p. 170; J.A. Choclán Montalvo, en A. Calderón Cerezo y J.A. Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Barcelona, Deusto, 2004, pp. 124 y 125; R. Rebollo Vargas, en J. Córdoba Roda J. y M. García Arán (dirs.), *Comentarios al Código Penal, parte especial*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 433; B. del Rosal Blasco, “De la omisión del deber de socorro”, en L. Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal español, parte especial*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 288; J.M. Navarrete Urieta, “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 6, 1959, p. 428, y A. Sáinz Cantero, “El delito de omisión del deber de socorro”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 209, p. 447.

toda vez que, a su juicio, la tipicidad haría referencia a la “acción esperada” mas no todavía a la “acción debida” o exigible desde el punto de vista jurídico (lo que se reserva al juicio de culpabilidad).²⁷ Como expone Choclán Montalvo, “en los delitos de omisión la no exigibilidad de otra conducta se reconoce en un ámbito más amplio que en los delitos de comisión”.²⁸ Esta segunda tesis se ha conformado con asumir que el principio de inexigibilidad se encuentra en todo caso en el nivel de la culpabilidad, lo que ya de por sí es cuestionable.

De una opinión intermedia es López Barja de Quiroga, para quien la cláusula podrá operar como justificación o exculpación, dependiendo de los casos. En opinión del autor, si el individuo posee las capacidades adecuadas para el cumplimiento del mandato asignado por la norma pero no cumple con el mismo porque debe cumplir con otro deber de semejante o diferente naturaleza, podrá hablarse de justificación (tomando como ejemplo el art. 195 del Código Penal español, en caso de que el sujeto omita el socorro por tener que prestar un auxilio más necesario ante un peligro más grave). Por otra parte, si el sujeto incumple el deber por miedo ante la situación típica (por ejemplo, en el delito de omisión de socorro, cuando aquél se encuentra atemorizado ante una necesidad falsa escenificada por un grupo de asaltantes y no acude a prestar el socorro debido), hablaremos de un comportamiento exculpado.²⁹

Sin embargo, no compartimos la visión de este autor. En el primero de los casos, porque si el sujeto no tiene capacidad para cumplir con el deber ni siquiera

podrá hablarse de omisión, resultando directamente atípico aquél “incumplimiento”. No puede obviarse que la *capacidad*, primero para advertir la situación típica y después para prestar físicamente el mandato o deber exigido por la norma, constituye un requisito para afirmar la propia tipicidad de la omisión.³⁰ Como ya puse de manifiesto en otro lugar,³¹ si el sujeto es incapaz de llevar a cabo una actuación de salvaguarda ajena para un conjunto de sujetos pasivos, no parece correcto admitir tantos delitos de omisión como personas necesitadas de salvaguarda existan, pues de este modo se estaría exigiendo al sujeto un mandato que excedería sus propias capacidades. En estos casos, la omisión resultará directamente atípica por falta de uno de los elementos de la tipicidad en los delitos propios omisivos: la capacidad para cumplir con el deber exigido por la norma. Y ello por más que esa incapacidad traiga la causa de la existencia de otro deber que deba cumplirse. Por lo que respecta al segundo de los supuestos, entendemos que antes de la existencia de una situación de miedo o temor habrá que analizarse si realmente la situación generadora del deber era *típica* y, verbigracia, en el caso de los asaltantes, no existe situación típica de desamparo y peligro para la víctima, por lo que ni siquiera nacería el deber de actuación.

Un último grupo de autores ha entendido que la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* es una concreta *causa de atipicidad*, esto es, forma parte del tipo objetivo y por ello la concurrencia de ese riesgo desplazaría la apreciación de la propia tipicidad.³² Esta

²⁷ Mateu Carbonell Mateu y González Cussac, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., p. 982.

²⁸ Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, op. cit., pp. 124 y 125.

²⁹ López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 786.

³⁰ Sobre ello, vid. ampliamente M. Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, pp. 77 y ss.

³¹ Bustos Rubio, “La pluralidad de sujetos en el delito de omisión del deber de socorro: algunas cuestiones dogmáticas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, p. 68.

³² Así, v.gr., J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal*; S. Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 208-210; E. Octavio de Toledo y Ubieta y S. Huerta Tocildo, *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, 2a ed. corregida y aumentada, Madrid, Rafael Castellanos, 1986, pp. 656 y ss.; E. Sola Reche, en J.L. Díez Ripollés y C.M. Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal, parte especial, II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 631 y 632; R. García Albero, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, p. 433; M. Aráuz Ulloa, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 371; J.M. Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho penal, parte general. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 20ª ed., 13ª conforme al Código Penal de 1995, Madrid, Dykinson, 2010, p. 109; G. Portilla Contreras, en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 1672; D.M. Luzón Peña, en A. Montoya Melgar, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3552 y ss.; H. Jescheck, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, trad. de la 3ª edición y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 870; F.J. Escribuela Chumilla, *Todo penal*, Madrid, La Ley, 2011, p. 739; H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho penal, parte general*, trad. de M. Olmedo Cardenete, 5a ed., corregida y ampliada, Granada, Comares, 2002, p. 683; C. Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro en el Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 178; J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª reimp. de la 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, B de F, 2010, p. 385; J.M. Sánchez Tomás, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona, Bosh, 2005, p. 79, y Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, op. cit., pp. 206 y ss.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

doctrina entiende que el precepto inspirado en el principio de exigibilidad condiciona la propia tipicidad de la conducta en el delito omisivo, pues de ella depende la existencia o inexistencia del propio deber.³³ Huerta Tocildo, situándose al lado de la doctrina alemana mayoritaria, apunta que si cuando se constata la existencia de este riesgo la consecuencia es la desaparición del deber de actuar, entonces no habrá omisión típica, “porque esta desaparición se basa en la inexistencia de los presupuestos legalmente requeridos para que dicho deber surja”.³⁴

Efectivamente, este sector doctrinal está totalmente asistido de razón.³⁵ El tipo penal, como elemento que define lo que puede ser ordenado o lo que está prohibido, puede integrar estas consideraciones limitativas dado que no sólo tiene por objeto la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos imprescindibles, dejando la solución social de conflictos a las causas de justificación, sino que él mismo es ya el resultado del conflicto entre los puntos de vista favorables a la conminación penal de determinados comportamientos, lo que en el caso de los delitos omisivos, que —recordemos— resultan excepcionales en nuestro Derecho penal, cobra todavía una mayor significación.³⁶ La presencia de determinados factores de exigibilidad dentro del tipo penal nace de la necesidad misma de limitar el mandato, restringiendo con ello al máximo el deber de actuación reclamado por la norma, siendo un elemento que pretende proteger al individuo de actuaciones excesivas que el Derecho no puede en modo alguno imponer, marcando con ello la frontera entre la obligación social y la libertad individual, lo que tiene pleno sentido en los delitos propiamente omisivos.³⁷

En el ámbito de deberes de salvaguarda de un tercero, como el caso de los delitos omisivos, es necesario que se introduzcan determinadas restricciones

materiales que, apoyadas en el principio de exigibilidad, operen sobre el universo máximo e ilimitado de acciones posibles de salvaguarda ajena que pueden ser impuestas por el sistema penal.³⁸ La limitación del deber de acción por medio de la inexigibilidad está aquí directamente fijada por el tipo; la *inexigibilidad* en los delitos de omisión propia hace ya decaer el deber de acción y con ello el propio tipo penal.³⁹

El tipo es el instrumento legal para determinar las acciones penalmente relevantes, delimitándose en el mismo las que resultan intrascendentes a los fines regulativos del Ordenamiento penal.⁴⁰ Por su parte, el fundamento de la antijuridicidad se identifica con la contradicción a Derecho de una determinada acción típica.⁴¹ Cuando ya no se trata de prohibiciones (delitos de acción), sino de imposición de determinados deberes o mandatos de actuación positiva (delitos de omisión propia), la discusión no consiste en determinar si está prohibida o no dicha actuación, sino directamente en establecer cuándo existe la obligación o el mandato de prestarla bajo pena de responsabilidad omisiva.⁴² Por ello, pensamos que la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* encuentra mayor acomodo al nivel de la tipicidad dentro del cuerpo del delito.

Un Derecho penal consistente no puede obligar a un sujeto a llevar a cabo acciones positivas que ni siquiera consideraría permitidas.⁴³ En palabras de Baldó Lavilla, “toda acción de amparo ajeno que no salvaguarde intereses del sujeto necesitado relevantemente superiores a los riesgos propios necesariamente requeridos para prestarla positivamente, no podrá constituir en ningún caso una acción indicada conforme al deber”.⁴⁴

Al tratarse de un tipo de omisión, no de acción, que impone un mandato o deber de actuar, la actuación típica debe incorporar mayores límites que una prohibición, por el hecho mismo de que se está exi-

³³ García Albero en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 433.

³⁴ Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...* cit., p. 210 (analizando la cláusula en el seno del delito de omisión del deber de impedir determinados delitos, art. 450 CPE).

³⁵ Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., pp. 167 y ss.

³⁶ En estos términos, Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, op. cit., p. 385.

³⁷ Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, op. cit., pp. 382 y 383. En idéntico sentido, Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 85.

³⁸ Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, op. cit., p. 214.

³⁹ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho penal, parte general...*, op. cit., p. 683.

⁴⁰ Así, M. Polaino Navarrete, *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch, 2000, p. 397.

⁴¹ *Ibidem*, p. 502.

⁴² Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, op. cit., p. 211.

⁴³ *Ibidem*, p. 213.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 215.

giendo una acción positiva. Así, la concreción del principio general de inexigibilidad en el precepto *sin riesgo propio o ajeno* responde a la necesidad de limitar el mandato impuesto por la norma. La extensión del deber en los tipos penales omisivos puros sólo puede determinarse con una delimitación elástica que se adapte a las circunstancias de cada caso concreto,⁴⁵ y precisamente tal delimitación debe ser parte del tipo delictivo. Por ello consideramos que la cláusula cumple una función de contención del tipo, justificando su consideración como causa de atipicidad.⁴⁶

Por lo demás, no pensamos que sea posible encuadrar la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* en el nivel de la culpabilidad. Como dijimos, el hecho de que la misma traiga causa del principio general de inexigibilidad no implica que aquélla quede inserta, sin más, en el nivel de la culpabilidad. En la cláusula que analizamos no existe un problema de motivación que afecte el comportamiento del sujeto, sino una consideración objetiva de la existencia de un riesgo que, como hemos afirmado, afecta a la propia tipicidad de la omisión.⁴⁷

5. El riesgo

Una vez asentada la naturaleza jurídica que a nuestro juicio ostenta la cláusula objeto de estudio, es momento de analizar el contenido de la misma. En concreto, se hace necesario dotar de significado al *riesgo* al que se refiere el precepto (pues más allá de este término, el hecho de que el mismo haya de referirse a uno mismo, *riesgo propio*, o a terceros sujetos, *riesgo ajeno*, no ocasiona mayores problemas interpretativos).

La doctrina discute si el concepto de “riesgo” empleado debe ser entendido de manera distinta al concepto de “peligro”, o si se trata de términos intercambiables.⁴⁸

Por un lado, algunos autores han considerado que no estamos ante conceptos semejantes, siendo mucho más remota la posibilidad de que acontezca un resultado dañoso en el riesgo que en el peligro; el riesgo sería, así entendido, el “peligro del peligro”.⁴⁹ Desde otro lado, se ha entendido que los términos “riesgo” y “peligro” deben resultar intercambiables en el contexto de la norma, entendiéndose que la interpretación contraria contradice el sentido y finalidad de la figura, pues si el riesgo se entendiese como “peligro de peligro”, entonces el deber de actuación desaparecería excesivamente pronto.⁵⁰ En este último sentido, se aduce que la expresión “riesgo” no debe entenderse en sentido literal, pues con ello se estaría vaciando de contenido el deber de auxilio.⁵¹

Según entendemos, de las definiciones de estos términos por el *Diccionario de la lengua Española* se extrae con facilidad que ambos conceptos difieren en algunos extremos. Así, mientras que el riesgo se define como la “contingencia o proximidad de un daño”, y el peligro es el “riesgo o la contingencia inminente de que suceda algún mal”.⁵² No obstante, consideramos necesaria una interpretación distinta a la netamente literal, pues con ella, como apunta un sector de la doctrina, se vaciaría de contenido el deber de actuación requerido por la norma, acortándolo desmesuradamente.⁵³ Si se admite que el riesgo es el “peligro del peligro”,⁵⁴ entonces no es difícil imaginar supuestos en los que el deber de actuación (por ejemplo, socorrer o impedir un determinado delito) quedaría desierto, pues bastaría la mera posibilidad futura, aunque fuese remota, de sufrir un mal, propio o ajeno, para hacer decaer el deber.⁵⁵

En última instancia se hace necesaria una ponderación, por parte del juzgador en cada caso concreto, que lleve a cabo una interpretación casuística, y no generalizada, a la hora de apreciar la existencia o no de

⁴⁵ Henkel, *Exigibilidad e inexigibilidad...*, cit. p. 86.

⁴⁶ Sánchez Tomás, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, cit., p. 79.

⁴⁷ Vid. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, cit., p. 85.

⁴⁸ Ampliamente, Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., pp. 176 y ss.

⁴⁹ Navarrete Urieta, *La omisión del deber de socorro...*, op. cit., p. 428.

⁵⁰ Rodríguez Mourullo, *La omisión...* cit., pp. 218-219.

⁵¹ García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, cit., p. 433.

⁵² Cursivas mías.

⁵³ De esta opinión son Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, op. cit., p. 218, y García Albero en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 433.

⁵⁴ Sobre esta expresión, en concreto en el ámbito de los delitos acumulativos, y en relación con los delitos de peligro abstracto, vid. A. Ochoa Figueroa, “Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente. Especial consideración de la tutela del agua”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 70.

⁵⁵ Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., p. 177.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

este riesgo. El *riesgo* constituye un concepto de referencia, pues siempre ha de tratarse de un peligro *para* algo o, como es el caso, *para* alguien (sea para el propio omitente o un tercero).⁵⁶ Teniendo esto en cuenta, tras omitirse el deber exigido por parte de un sujeto que basa su inactividad en un pretendido *riesgo*, la verificación o no de dicha situación de peligro por parte del juez dependerá siempre de un juicio de valoración *ex ante*. Este proceder tiene un componente objetivo: consistente en un juicio cognitivo sobre la base de un conocimiento experimental de las leyes del suceder, y un elemento subjetivo en tanto que requiere de la elaboración de un cálculo sobre la probabilidad de materialización de dicho riesgo en un resultado lesivo.⁵⁷ Como señala Rodríguez Mourullo, este juicio de probabilidad presupone, por un lado, un conocimiento nomológico, esto es, de las leyes naturales que nos permiten conocer lo que acontece en el plano ordinario, y, por otro, un conocimiento ontológico, esto es, la cognoscibilidad de la situación concreta.⁵⁸

Por regla general, el precepto analizado nada dice acerca de la entidad que debe tener el riesgo para ex-

cluir el deber de actuación. Sin embargo, la doctrina española advierte que de admitirse cualquier riesgo la norma penal y el deber quedarían, de nuevo, vacíos de contenido.⁵⁹ Por ello, la mayoría entiende hoy que la medición de ese riesgo debe llevarse a cabo bajo la idea de *proporcionalidad*. Así, el riesgo de sufrir un daño ínfimo, nimio o insignificante, esto es, la mera molestia, no desplazaría el deber de actuación (socorrer, impedir un delito).⁶⁰ Este argumento ha sido acogido también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España.⁶¹

La dificultad derivada de lo anterior consiste en valorar cuándo en ese riesgo era efectivamente susceptible excluir el deber de actuación, dada su entidad, y cuándo no. Asumiendo las tesis de Rodríguez Mourullo⁶² y Silva Sánchez,⁶³ compartimos que la valoración de la entidad de dicho riesgo debe producirse de la siguiente manera: por un lado, desde el punto de vista *cuantitativo*, el riesgo requiere de una posibilidad real y relevante de la producción de un daño. Ello es así en palabras del primer autor citado “cuando el número de condiciones favorables a la producción del

⁵⁶ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, p. 165.

⁵⁷ Navarrete Urieta, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 426.

⁵⁸ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, p. 165.

⁵⁹ Así, Sola Reche en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 632, y García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 433.

⁶⁰ En este sentido se pronuncian Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 229 y 230; Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 210-213; Molina Fernández en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 155; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 342; J.A. Mora Alarcón, *Suma de Derecho penal, parte general y especial*, Edisofer, 1996, p. 373; Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 609; Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, *op. cit.*, p. 125; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 632 y 633; García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 433; Bajo Fernández y Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 77; V. Gómez Martín, en M. Corcoy Bidasolo et al. (dirs.), *Derecho penal, parte especial*, t. 1, *Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 348; J.M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho penal español*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 123; Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial...*, *op. cit.*, pp. 416 y 417; Serrano Gómez y Serrano Maíllo, *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 267; Navarrete Urieta, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 428; Sáinz Cantero, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, pp. 447 y 448; T. del Caso Jiménez, “De la omisión del deber de socorro”, en J. Sánchez Melgar (coord.), *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, Sepin, 2006, p. 1138; Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 1672 y 1673; J. Saavedra Ruiz (dir.) y J. López Barja de Quiroga (coord.), A.B. Alonso González y M.A. Encinar del Pozo, *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancia*, Madrid, El Derecho, 2010, p. 717, y Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 179. En contra, sin embargo, se pronuncia Alamillo Canillas, *La solidaridad...*, *op. cit.*, p. 117, postulando que, como el legislador no ha distinguido sobre la entidad de ese riesgo, “cualquier clase de riesgo que pueda afectar al omitente o a un tercero excluirá el deber jurídico de obrar”. También en contra J. López Moreno y E. Fernández García, “La omisión del deber de impedir delitos y de promover su evitación”, *Revista de Actualidad Penal*, núm. 36, año 1988, p. 723.

⁶¹ Así por ejemplo, la STS de 16 de mayo de 2002, Sala 2ª, FJ 2º (Iustel, § 330303), y la STS de 20 de mayo de 1994, Sala 2ª, FJ 2º (Westlaw Aranzadi, RJ 1994/4480) entienden que para que esta cláusula desplace el deber de socorro (art. 195 del Código Penal español), debe existir un “riesgo desproporcionado”. Por su parte, la STS de 23 de julio de 2002, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 2002/8260), expone en su FJ 2º que uno de los requisitos del tipo penal de omisión de socorro es “que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita” (cursivas mías). En estos últimos términos también se expresaron la STS de 26 de septiembre de 1990, Sala 2ª, FJ 1º (Westlaw Aranzadi, RJ 1990/7246), la STS 13 de mayo de 1997, Sala 2ª, FJ 3º (Westlaw Aranzadi, RJ 1997/4504), la STS de 23 de febrero de 1981, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1981/770) y la STS de 16 de mayo de 1991, Sala 2ª, FJ 3º (Westlaw Aranzadi, RJ 1991/3677).

⁶² Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

⁶³ Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, p. 354.

resultado dañoso es netamente muy superior al de las condiciones que obstaculizan o dificultan su verificación”.⁶⁴

Por otro lado, desde el punto de vista *cualitativo*, la existencia o no de dicha situación de riesgo dependerá de los elementos objetivos que rodean a la situación de hecho (elementos concomitantes), esto es, que “permitan anunciar la probable verificación de la lesión” en los bienes jurídicos objeto de peligro. En consecuencia, que atendiendo a las circunstancias concretas del caso se revele como probable la producción de un resultado lesivo.

Esta posición, que ha sido recogida por la doctrina mayoritaria, viene a señalar la necesidad de combinar diversos factores para ponderar y elaborar un juicio de *probabilidad efectiva de lesión*. Se hace referencia al valor de los bienes jurídicos amenazados, a la índole del mal o calidad del riesgo que se cierne sobre el sujeto o sobre un tercero, al grado de la inminencia del resultado dañoso o a la proximidad temporal del peligro, entre otros elementos.⁶⁵

Como advierte Rodríguez Mourullo en relación con el artículo 195 del Código Penal español, para

que desaparezca el deber de ayuda no se exige que el riesgo sea mayor ni que sea igual al peligro sufrido por la persona necesitada de auxilio, pudiendo ser menor, siempre que sea un riesgo “relevante”.⁶⁶ Esta opinión es compartida y matizada también por Huerta Tocildo, quien apunta que el riesgo puede ser menor sin que sea necesariamente insignificante, cuestión que debe medirse atendiendo al caso concreto y a los bienes jurídicos en peligro.⁶⁷

Precisamente conectando con esta última cuestión, debemos responder ahora a la pregunta de a qué bienes jurídicos viene referido el riesgo apuntado en estos tipos penales omisivos. Pensamos que exigencias de interpretación teleológica aconsejan restringir el círculo de bienes jurídicos a los estrictamente personales, esto es, la vida, integridad, libertad, libertad sexual y honor,⁶⁸ solución que resulta coherente con la exigencia de elaboración de un juicio de ponderación, como antes se señaló. Esta postura restrictiva ha sido adoptada por la mayoría de la doctrina en España,⁶⁹ si bien se tiende a excluir el honor de este catálogo.⁷⁰ Lógicamente, al tratarse de bienes personales, no integrarán el *riesgo* aquellos peligros para el patrimonio

⁶⁴ Sobre la teoría cuantitativa en la valoración del daño, *vid.* Ochoa Figueroa, *Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente...*, *op. cit.*, pp. 402 y ss.

⁶⁵ Así Gomez Pavón, en López Barja y Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 930; Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 120-149; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 340; Bajo Fernández y Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 76; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 620; Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 84; Luzón Cuesta, *Compendio de derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 109; López Barja de Quiroga, en Conde-Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios al código penal...*, *op. cit.*, p. 1517; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 122; Del Rosal Blasco, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 312; Gómez Martín, en Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 347; y Sánchez Tomás, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, *op. cit.*, p. 69, entre otros. Estos criterios han sido también mantenidos por la jurisprudencia española; así, la STS de 25 de octubre de 1993, Sala 2ª, FJ 3º (Westlaw Aranzadi, RJ 1993/7956).

⁶⁶ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, p. 229. En el mismo sentido, admitiendo que el riesgo pueda ser menor que el peligro del sujeto pasivo en el delito de omisión del deber de socorro, Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 155; Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, *op. cit.*, p. 125; y Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 633. Para los autores, este matiz que admite que el riesgo pueda ser menor serviría, a su vez, para diferenciar esta cláusula con el estado de necesidad (que es causa de justificación en sede de antijuridicidad). Exigiendo que se trate de un “riesgo relevante”, Sáinz Cantero, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, p. 448.

⁶⁷ Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 211 y 212. La autora, analizando la expresión en el seno del antiguo art. 368 del Código Penal español, considera que el juicio de ponderación en estos casos debe atender a una doble gradación: cuantitativa (en caso de bienes jurídicos homogéneos) y cualitativa (según sea el bien jurídico en peligro).

⁶⁸ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 223-225. Debe matizarse que el autor se refiere al antiguo bien jurídico “honestidad” en lo que hoy se concibe como “libertad sexual” en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Vid.* Rodríguez Mourullo, en Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro (coord.) *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 555.

⁶⁹ Así Molina Fernández en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 155; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 342; Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 609; Del Rosal Blasco, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 312; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 632; Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 85, o Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 179, entre otros. Más restrictivamente, pronunciándose solo a favor de los bienes jurídicos vida e integridad física o salud, Gómez Pavón, en López Barja y Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 931; Serrano Maíllo, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 267, y Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1672.

⁷⁰ Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, p. 213.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

de la persona.⁷¹ En síntesis, pensamos que el riesgo ha de referirse a bienes jurídicos personales del omitente (riesgo propio) o de un tercero (riesgo ajeno).

6. Especial referencia al riesgo de detención como riesgo propio

Cuestión importante a los efectos de este trabajo, que además ha tenido numerosos pronunciamientos en la doctrina penal española, consiste en determinar si el riesgo de ser detenido o procesado puede hacer desaparecer el deber de actuación (de socorro, de impedir delitos). Se plantea aquí el caso, verbigracia, de aquel sujeto que ha robado en una joyería y posteriormente huye en coche y encontrándose un accidentado en el camino no se detiene a socorrerlo dado el riesgo de detención que le generaría cumplir con tal deber. O el ejemplo del inmigrante que, por miedo a ser detenido y deportado a su país de origen, no se detiene a prestar socorro ante una situación que así lo requería, dándose a la fuga.⁷²

La mayoría de la doctrina entiende que tal circunstancia no puede entenderse como “riesgo” a los efectos del tipo penal omisivo, y por ello, dicha omisión seguiría calificándose como típica.⁷³ Se alega por este sector que el riesgo debe restringirse exclusivamente a riesgos *materiales* pero no a riesgos *jurídicos*.⁷⁴

Esta es la línea seguida también por la jurisprudencia española, que ha entendido que “el impedimento u obstáculo del cual deriva el peligro propio o de tercero ha de ser de naturaleza material, no de naturaleza jurídica, es decir, dicho impedimento u obstáculo

ha de ser tal que razones de orden físico, tangibles, perceptibles por los sentidos, no fuera posible prestar el auxilio”.⁷⁵ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de septiembre de 1990,⁷⁶ ante un supuesto en el que el acusado alegó que omitió el auxilio porque no poseía carné de conducir, lo que le supondría el riesgo de detención, señala en su FJ 1º que

las consecuencias que pudieran derivarse para el conductor al carecer de permiso de conducción, indudablemente no representan “el riesgo propio” a que se refiere el precepto, equivalente a *peligro personal* o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que suponga la prestación de socorro. La actitud del inculpado no pudo ser más displicente y desconsiderada con la víctima, ausentándose del lugar sin tomarse la más ligera molestia tendente a conocer las consecuencias del siniestro o el género de ayuda que pudiera precisar.⁷⁷

En esta línea de pensamiento mayoritaria se sitúa Rodríguez Mourullo, quien resalta que la existencia de un *principio de autoencubrimiento* en nuestro sistema penal, por el cual el Derecho no obliga a que un sujeto descubra su propio delito, no permite sin embargo que dicho sujeto, en el ejercicio de ese interés propio de evitar que se le capture y sancione, “recurra a medios que constituyen por sí mismos nuevos delitos [como, por ejemplo, la omisión de socorro]”.⁷⁸

No obstante, otro sector doctrinal matiza lo anterior y admite que en determinados casos tal circuns-

⁷¹ Así, *v.gr.*, Gómez Pavón, en López Barja y Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 931; Sáinz Cantero, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, p. 448, o Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1672. En contra, sin embargo, Vázquez Iruzubieta, *Nuevo Código Penal comentado*, *op. cit.*, p. 292; a juicio del autor “el riesgo [...] puede ser sobre la persona o bienes del obligado” (cursivas mías).

⁷² *Vid.* J. Cardona Torres, *Derecho Penal, parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 175.

⁷³ Así Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 226-229; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 342; Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 609; Del Rosal Blasco, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 312; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 633 y 634; Aráuz Ulloa, *El delito de omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, pp. 375-377; y García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 434.

⁷⁴ Así se expresan, *v.gr.*, Cardona Torres, *Derecho Penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 175; Del Rosal Blasco, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *De la omisión del deber de socorro*, *op. cit.* p. 288, o Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁵ *Vid.* STS de 25 de octubre de 1993, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1993/7956), FJ 3º.

⁷⁶ STS de 26 de septiembre de 1990, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1990/7246), FJ 1º.

⁷⁷ Tampoco la STS de 27 de abril de 1987, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1987/2623) admitió que el riesgo de detención fuese suficiente para desplazar el deber de socorro por concurrir la circunstancia de “sin riesgo propio ni de terceros”, prevista en el tipo penal del artículo 195 del Código Penal español.

⁷⁸ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

tancia sí puede desplazar el deber de acción establecido por una norma penal.⁷⁹ Según Silva Sánchez, la solución a estos casos debe atender a las circunstancias concretas y ante tales circunstancias específicas, será posible “afirmar en algunos casos la inexigibilidad de la prestación de socorro cuando el socorrer implicaría para el sujeto la detención y consiguientes enjuiciamiento y condena, [afirmaciones que el autor realiza en el caso del delito de omisión del deber de auxiliar]”.⁸⁰

En este sentido, también Huerta Tocildo, partiendo de una consideración de la cláusula como causa de atipicidad (opinión compartida por nosotros, como dijimos), apunta a que el sujeto que corre el peligro de sufrir una pena privativa de libertad padece un riesgo propio que convierte su omisión en atípica y, por tanto, en no delictiva, con lo que seguiría operando el *principio de autoencubrimiento* toda vez que el sujeto no comete delito alguno en su huída (pues esa omisión no entra en el tipo penal).⁸¹

En nuestra opinión, el riesgo de ser detenido y consecuentemente sancionado con una pena sí es susceptible de suponer un riesgo propio para el sujeto cuando con ello pueda quedar afectada la *libertad* del mismo y, más concretamente, su libertad ambulatoria (si bien deberá atenderse a cada caso concreto y sus circunstancias para concluir que el riesgo era lo suficientemente relevante para excluir el deber).⁸² Creemos que las opiniones en contra pueden contrarrestarse por dos motivos diferenciados: en primer lugar, porque aquella concepción jurisprudencial y doctrinal la cual alega que el riesgo al que se refiere el precepto solo hace referencia a “riesgos materiales” (no jurídicos) parte de una interpretación restrictiva

del mismo que, creemos, admite otras opiniones. Así, donde la ley no hace distinción, tampoco nosotros debemos distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Dado que la ley no difiere en el tipo de riesgo a que se quiere referir el precepto, consideramos que pueden quedar incluidos tanto los riesgos materiales como los jurídicos, siempre que estos últimos puedan afectar a alguno de los bienes jurídicos a los que se refiere el riesgo (entre los que se encuentra, a nuestro juicio, la libertad, que queda en entredicho en los supuestos apuntados). No obstante, al margen de lo anterior, creemos que el riesgo de ser detenido y posteriormente sancionado con pena privativa de libertad supone, en último término, un auténtico riesgo material: el sujeto que omite el deber requerido por la norma en las situaciones indicadas no lo hace por temor a la detención y la pena en abstracto consideradas, sino por temor a la privación de su libertad que ello conllevaría, constituyendo éste un auténtico riesgo material.

En segundo lugar, y una vez entendido que estamos ante un verdadero riesgo, no compartimos los argumentos que afirman que se excede del *principio de autoencubrimiento* en estos casos, por estarse cometiendo un nuevo delito al intentar eludirse la detención y posterior sanción. Y ello porque consideramos que en estas situaciones no se está cometiendo ningún delito, toda vez que el riesgo constatado excluye la tipicidad (en coherencia con lo mantenido por nosotros al analizar la naturaleza de esta cláusula), por lo que sigue en plena vigencia el *principio de autoencubrimiento* al no servirse el sujeto de la comisión de nuevos hechos delictivos para preservar su interés en evitar la detención y posterior sanción.

⁷⁹ Así, por ejemplo, Alamillo Canillas, *La solidaridad...*, op. cit., pp. 118 y 119; Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, op. cit., p. 213 (nota al pie 49); Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, op. cit., p. 163; J.M. Zugaldía Espinar, “Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3º del artículo 489 bis del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, año 1984, pp. 581 y ss.; o J.M. Silva Sánchez, “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fascículo I, enero-abril, 1988, pp. 561-566. En el mismo sentido que éste último, Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, op. cit., p. 1673.

⁸⁰ Silva Sánchez, *Problemas del tipo de omisión...*, op. cit., p. 565. A juicio del autor, debe distinguirse entre si la situación de la víctima hubiera sido provocada por el que ahora omite (supuestos “de injerencia”) o, por el contrario, sean situaciones totalmente independientes. Además, deben tenerse en cuenta las distintas variables que entran en juego en cada caso concreto: gravedad del peligro que amenaza a la víctima, posibilidades del sujeto para reducir el peligro, intensidad mayor o menor del riesgo de ser detenido, gravedad de la pena que se impondría, etcétera.

⁸¹ Afirmación de Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, op. cit., p. 213 (nota al pie 49), cuando analiza estos supuestos conflictivos en el seno del delito de omisión del deber de impedir determinados delitos. Debe matizarse que la autora restringe el entendimiento de estas situaciones de “riesgo” tan solo a aquellos casos en que la posible sanción penal pueda afectar a la libertad del sujeto, mas no cuando se trate de penas no privativas de libertad.

⁸² Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., pp. 184 y 185.

