

“La delimitación jurisprudencial del tipo de omisión del deber de perseguir delitos cometido por autoridad o funcionario público (art. 408 CP): ¿Derecho penal del amigo?¹”

Teresa GARCÍA FERNÁNDEZ

Investigadora Predoctoral FPU

Departamento de Derecho Penal, Universitat de València

Resumen: El presente trabajo pretende analizar jurídico-penalmente el tipo de omisión del deber de perseguir delitos por autoridad o funcionario público (art. 408 CP), en lo relativo a la delimitación de su ámbito típico. A tal fin, se distingue entre el tratamiento doctrinal de esta materia y el jurisprudencial, principalmente promovido por el Tribunal Supremo. En relación con este último, se explica cómo la adscripción por parte del citado Tribunal a una de las dos posiciones doctrinales existentes genera un resultado distorsionador a nivel penológico entre el tipo del art. 408 CP y aquellos otros que sancionan la no evitación de delitos (arts. 412.3 y 450 CP). A su vez, como se expone, esta tendencia jurisprudencial contribuye a sobreproteger penalmente a los funcionarios integrantes de la Policía Judicial por los actos que realizan en su labor investigadora en relación con ciertas clases de delitos.

Palabras claves: Omisión del deber de perseguir delitos; omisión del deber de impedir delitos; Derecho penal del amigo; funcionarios policiales; delitos de tráfico de drogas.

Abstract: This paper aims to analyse, from a legal and criminal perspective, the type of omission of the duty to prosecute crimes by public authorities or officials (Art. 408 of the Criminal Code), in relation to the delimitation of its typical scope. To this end, a

¹ El presente trabajo constituye la versión escrita de la comunicación ganadora del “Premio a la mejor comunicación” concedida en el IV Congreso de la Asociación de Profesorado de Derecho penal de las Universidades españolas, celebrada en la Universidad da Coruña durante los días 18, 19 y 20 de junio de 2025. Asimismo, ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de I+D «La potestad sancionadora del estado: derecho penal y derecho disciplinario. Tipicidad, principio de intervención mínima y *non bis in idem*» (BISPUNIENDI), cuya referencia es PID2024-156944NB-I00, y dentro del grupo de investigación «Los límites del “*ius puniendi*” y su aplicación a los delitos y las penas» (IUSPEN) cuya referencia es GIUV2023-576.

distinction is made between the doctrinal treatment of this matter and the jurisprudential treatment, mainly promoted by the Supreme Court. In relation to the latter, it explains how the Supreme Court's adherence to one of the two existing doctrinal positions generates a distorting result at the penal level between the type of offence under Article 408 of the Criminal Code and those that punish the failure to prevent crimes (Articles 412.3 and 450 of the Criminal Code). In turn, as explained, this jurisprudential trend contributes to the criminal overprotection of members of the Judicial Police for acts carried out in their investigative work in relation to certain types of crimes.

Keywords: Failure to prosecute crimes; failure to prevent crimes; Criminal law of the “friend”; police officers; drug trafficking offences.

1. INTRODUCCIÓN: ESTUDIO DE LA DISCUSIÓN DOCTRINAL EN TORNO AL ÁMBITO TÍPICO DEL ART. 408 CP

En el art. 408 CP se dispone que: “La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”. Apenas estudiado por la doctrina penalista —a pesar de su relativamente frecuente aplicación judicial—, el presente delito plantea importantes problemáticas de índole tanto dogmática como aplicativa, de entre las cuales una de las más preocupantes, en lo relativo a sus efectos prácticos, se refiere a la delimitación de su ámbito típico. Particularmente, a la efectuada por un autorizado sector doctrinal y seguida especialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que tiene como consecuencia la producción de resultados penológicos distorsionadores. Resultados que, además, como se pretende mostrar a lo largo del presente trabajo, terminan por contribuir a la consagración de una suerte de “Derecho penal del amigo” jurisprudencial en relación con ciertos funcionarios públicos.

A los efectos de comenzar con el análisis de dicha cuestión, es necesario hacer alusión al debate doctrinal existente en este ámbito, pues, como se ha dicho, la jurisprudencia se basa en el mismo para justificar su postura. Para ello, resulta conveniente recordar que solo es posible “dejar de hacer” una actividad determinada. De este modo, únicamente definiendo en qué consiste tal actividad, y aclarando cuándo puede dársela por completada o ejercitada exitosamente, sabremos también cuándo se deja de hacerla, es decir, en qué momento puede considerarse que el sujeto obligado a su realización se ha abstenido verdaderamente de su puesta en práctica o de su debida ejecución. Tal circunstancia resulta consustancial al propio concepto de delito omisivo, puesto que, como expresan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: “la comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión (...) Omitir es un verbo transitivo, siempre se omite algo. La omisión penalmente relevante solo puede ser, pues, la omisión de una acción esperada”².

Pues bien, de la lectura del art. 408 CP se desprende que la expectativa de actuación inherente al mismo que el ordenamiento jurídico ostenta frente al funcionario público consiste en que este promueva la persecución de los delitos de los que tuviere noticia o de sus responsables. Por tal motivo, nuestro primer objetivo será el de aclarar en qué se concreta el deber de promover la persecución de los delitos y cuándo puede darse este por cumplido.

Lo cierto es que el sentido que cumple el término “promover” en el art. 408 CP no ha sido, en general, cuestionado. El Diccionario de la Real Academia Española define este verbo como “impulsar el desarrollo o la realización de algo”. Y es este el significado que suele asociarse también al empleo de “promover” en el tipo penal que nos ocupa. Ese “algo” cuyo desarrollo o realización se estaría impulsando es, evidentemente, la persecución de los delitos o de sus responsables, de manera que habría que entender

² MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 204.

“promover”, tal y como expresa TORRES FERNÁNDEZ, en calidad de toda aquella actividad dirigida a conseguir un objetivo, por lo que su omisión se relaciona con la ineficacia, esto es, con la frustración de ese objetivo³. Por su parte, RUBIO LARA relaciona “promover” con “iniciar”, alegando que dicho término se aplica en nuestro ordenamiento jurídico a la realización de una actividad procesal continuada, propia de quien es parte en el proceso y lo impulsa como portador de un interés que se ventilará en él⁴. El resto de la doctrina, aunque parece compartir estas ideas, omite toda mención acerca del verbo “promover”, tratándolo, de este modo, como a un elemento típico superfluo. En cualquier caso, lo que queda claro es que, por lo general, “promover” no pasa de ser comprendido como un verbo cuya sola finalidad es la de complementar al verdadero núcleo de la acción esperada connatural al tipo penal que nos ocupa, y que se refiere a la persecución de los delitos o de sus responsables.

Más polémica ha resultado, precisamente, la tarea de clarificar la esencia de la expresión típica “persecución de los delitos (...) o de sus responsables” que aparece en el art. 408 CP. La principal dificultad a la que se ha enfrentado dicha pretensión delimitadora ha radicado en la controvertida cuestión de la distinción entre este tipo penal de aquellos otros delitos que sancionan la omisión del deber de impedir o evitar ciertos delitos, esto es, los arts. 412.3 y 450 CP. La innegable conexión entre todos estos preceptos, destinados a reprimir penalmente ciertos supuestos de pasividad funcional ante el fenómeno criminal, ha llevado a menudo a la confusión o identificación de sus ámbitos típicos, tratándolos como delitos relacionados mutuamente por lazos de especialidad y subsidiariedad, cuyos verbos típicos, a pesar de sus evidentes diferencias, funcionarían como sinónimos. En consecuencia, actualmente se manejan en nuestra doctrina dos posturas alternativas con respecto al significado que debe otorgársele a la función pública

³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2001, pág. 1771.

⁴ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia de los deberes del funcionario público de promover la persecución de los delitos y de sus responsables (art. 408 CP)”, en *La Ley Penal*, núm. 47, 2008, pág. 3.

de persecución de los delitos, cuyas conclusiones dependen indisolublemente de las alcanzadas acerca de la relación del art. 408 CP con los tipos de no evitación de delitos y de los marcos de tutela penal de unos y otros.

En primer lugar, el tenor dominante de nuestra doctrina ha consistido en interpretar que el deber de persecución de los delitos se corresponde, *stricto sensu*, únicamente con la obligación de actuar procesalmente contra una persona cuando existen indicios racionales que apuntan a su intervención en un hecho delictivo. O, dicho de otra manera, con el deber de ciertos funcionarios de iniciar el proceso penal para investigar el presunto delito cometido y ya consumado por un tercero y averiguar la posible responsabilidad de uno o varios sujetos.

Semejante interpretación resulta, desde luego, más coherente con la definición que, de nuevo, el Diccionario de la Real Academia Española brinda cuando se aproxima al verbo perseguir: “proceder judicialmente contra alguien y, por ext., contra una falta o un delito”. Además, como se ha señalado, esta es la postura mayoritariamente defendida en nuestra doctrina, siendo muchos los autores que se han pronunciado expresamente a favor de la misma, exponiendo sus cualidades frente a la posición teórica alternativa que a continuación se mencionará.

Verbigracia, TOMÁS-VALIENTE, al manifestarse sobre el ámbito objetivo del art. 412.3 CP (en el cual se emplea el verbo “evitar”), aclara que “en principio, los círculos de tipicidad de los arts. 412.3 y 408 son diferentes: el primero se refiere a la falta de intervención ante delitos de inmediata o actual ejecución, y el segundo abarcaría omitir poner en marcha los mecanismos de persecución de un delito ya cometido”⁵. Igualmente, COCA VILA parte, en su investigación sobre el uso de armas por agentes policiales, de que la evitación del delito no consumado parece quedar fuera del art. 408 CP, siendo esta, a su modo de ver,

⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019, pág. 209.

la solución más adecuada⁶. También REBOLLO VARGAS señala que el momento de la consumación es la mayor diferencia reseñable entre los arts. 408 y 450 CP (y consecuentemente, también con el art. 412.3 CP), puesto que, mientras que la omisión del art. 450 está referida a impedir un delito, tratándose de una omisión “*ex ante*” a la consumación; la del art. 408 CP es una omisión “*ex post*” a un delito ya consumado, en tanto que en ella se deja de promover la persecución de un delito que ya ha tenido lugar⁷. En el mismo sentido se manifiestan CÓRDOBA RODA⁸, RUBIO LARA⁹, PORTILLA CONTRERAS y POMARES CINTAS¹⁰, así como SÁNCHEZ-OSTIZ¹¹, todos los cuales se adscriben a esta primera postura.

En segundo lugar, contrariamente a la posición recién expuesta, otra tesis parte de que la persecución de delitos, a los efectos del art. 408 CP, debe comprenderse de forma laxa,

⁶ COCA VILA, I., “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-24, 2017, pág. 25: “pese a que la evitación del delito no consumado pareciera quedar fuera del tipo del art. 408 CP, lo cierto es que los tribunales españoles han recurrido al mismo en no pocas ocasiones para sancionar la omisión del agente de policía que permite pasivamente la consumación de un hecho ilícito (...) más concretamente, estimo necesaria una modificación del art. 408 CP de suerte que únicamente encuentren cabida en él las omisiones de los agentes de policía que dejen de promover la persecución de delitos ya consumados”.

⁷ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión de promover la persecución de delitos. El artículo 408 del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999, pág. 42.

⁸ CÓRDOBA RODA, J., “Arts. 404 a 445”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, con CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1933.

⁹ RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 3.

¹⁰ PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 174-175 y 180.

¹¹ Todo el pensamiento del presente penalista se construye en torno a la tesis de que el delito de omisión del deber de promover la persecución delictiva, como el encubrimiento, es una conducta postejecutiva, un delito creado por el legislador para sancionar aquellas conductas que favorezcan impedir que la situación jurídica creada por un delito previo, ya consumado, se vea re-estabilizada. Especialmente analiza esta cuestión en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve la persecución de delitos: un caso entre el encubrimiento y la omisión del deber de perseguir delitos”, en *ADCP*, Vol. 49, Fasc. 3, 1996, págs. 1047-1082; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *El encubrimiento como delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *¿Encubridores o cómplices?: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Civitas, Madrid, 2004; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Los delitos de encubrimiento: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Grijley, Lima, 2005.

abarcando no solo la obligación de actuar jurídicamente contra el sujeto que ha delinquido, sino también la actividad policial de evitar la consumación de delitos flagrantes. Según esta teoría, defendida principalmente por TORRES FERNÁNDEZ, los verbos “impedir” o “evitar” que emplea nuestro texto punitivo en sus arts. 407, 412.3 y 450 CP, serían sinónimos de “perseguir”, empleado en los arts. 407 y 408 CP. En definitiva, para la presente autora, la expresión “persecución de delitos” alude también “a la tarea de evitar o impedir la comisión de infracciones penales, antes de que se produzcan o en el momento en el que se están cometiendo para evitar que se lleguen a consumar”¹².

Otros autores parecen adherirse a esta concepción significativamente más amplia de la expresión típica “persecución de los delitos” esbozada por TORRES FERNÁNDEZ. Así QUERALT JIMÉNEZ, califica al art. 408 CP como un delito especial impropio, habida cuenta de que el referente genérico del mismo se encuentra en los arts. 450 y 451 CP (omisión del deber de impedir delitos y encubrimiento), así como en los arts. 298 y ss. CP (delito de recepción)¹³. E, igualmente, en sentido similar se pronuncian ESQUINAS VALVERDE¹⁴, POLAINO NAVARRETE¹⁵ y MORILLAS CUEVA¹⁶.

¹² TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771. La presente autora reconoce, no obstante, la ligereza del legislador en el empleo de los vocablos “perseguir” e “impedir”, y admite que esto “puede ser fuente de incoherencias y dificultades para la definición del ámbito típico, que se hubieran evitado con una mínima coordinación en la redacción de ambos preceptos y el uso del vocabulario de acuerdo con su sentido preciso”.

¹³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1238.

¹⁴ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 29. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, con DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 613, parece compartir esta tesis cuando afirma que el art. 450 CP resultaría de aplicación en caso de no haber cometido el delito el funcionario “faltando a la obligación de su cargo”, por lo que establece una relación de especialidad entre ambos preceptos.

¹⁵ De manera más genérica, POLAINO NAVARRETE, M., “Lección 17. Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en POLAINO NAVARRETE, M., (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*. Tecnos, Valencia, 2011, pág. 292, señala que la obligación del cargo quebrantada “ha de tener conexión con la prevención y la persecución de la criminalidad”.

¹⁶ MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración Pública (II) Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos”, en *Derecho Penal Español Parte Especial*, con COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 873, quien considera incomprensible la diferencia penológica entre el art. 408 CP y el 450 CP, “cuando la identificación de las conductas en este precepto es todavía mayor con referencia al citado 450. La diferencia principal, la del sujeto activo del delito, no puede, no

En suma, como ha podido observarse, con excepción de algunos autores, la mayor parte de la doctrina penalista identifica al art. 408 CP como un delito especial propio, cuyo ámbito típico dista de coincidir con el de otros delitos y especialmente con el de los arts. 450 o 412.3 CP, esto es, con figuras típicas que se refieren a la omisión del deber de impedir delitos. De tal manera que la persecución de los delitos aparece configurada, según este sentir doctrinal dominante, como una labor distinta a la de evitación de los mismos, y cuyo eje gira en torno a la puesta en marcha del aparato procesal penal, dirigiéndolo frente a delitos ya consumados, para posibilitar su investigación y la depuración de las correspondientes responsabilidades penales de sus intervenientes.

2. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN SEGUIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

A) *La confusión entre la omisión del deber de perseguir delitos y la de impedirlos y la resultante sobreprotección penológica de los funcionarios policiales*

Para introducirnos en este importante aspecto de la aplicación del art. 408 CP, relativo al alcance atribuido jurisprudencialmente a la expresión “persecución de los delitos”, es menester tener en cuenta ciertas advertencias efectuadas por algunos miembros de la doctrina. Por un lado, COCA VILA manifiesta su reticencia ante determinada forma en que tiende a aplicarse el tipo penal que nos ocupa y señala que “lo cierto es que los tribunales españoles han recurrido al mismo no en pocas ocasiones para sancionar la omisión del agente de policía que permite pasivamente la consumación de un hecho ilícito”¹⁷. Más detenidamente y alcanzando idéntica conclusión crítica, TOMÁS-VALIENTE analiza un conjunto de sentencias en el que puede constatarse de forma clara que, con frecuencia,

debe, servir para crear un tipo intensamente atenuado en cuanto a la sanción, cuando precisamente el que tiene la obligación directa y normativa de actuar para promover la persecución de los delitos es el funcionario público o autoridad, que矛盾oriatamente es el beneficiado de la tipificación especial”.

¹⁷ COCA VILA, I., “Tirar a matar...”, *cit.*, pág. 26. Ello le lleva a proponer, a efectos de conseguir una mayor seguridad jurídica y evitar tal aplicación, a su parecer, inadecuada: “una modificación del art. 408 CP de suerte que únicamente encuentren cabida en él las omisiones de los agentes de policía que dejen de promover la persecución de delitos ya consumados”.

nuestros tribunales aplican el art. 408 CP a supuestos de no evitación policial de delitos próximos a ejecutarse, que se están ejecutando, permanentes o continuados¹⁸.

Cabe puntualizar que las advertencias descritas han sido formuladas, evidentemente, por autores que se adhieren a la primera de las posiciones antes examinadas con respecto al ámbito típico del art. 408 CP, en la cual se afirma el carácter independiente y autónomo de este último frente a las figuras de no evitación delictiva contenidos en los arts. 412.3 y 450 CP. Por supuesto, para aquellos otros penalistas que asumen la identidad de ámbitos típicos entre el art. 408 CP y los arts. 412.3 y 450 CP, sumándose así a la línea doctrinal defendida por TORRES FERNÁNDEZ, no resulta irregular que se lleve a cabo tal identificación jurisprudencial entre los ámbitos de dichos preceptos.

Sin embargo, más allá de que se comparta una u otra postura doctrinal, es innegable que, efectivamente, existe una acusada tendencia jurisprudencia a confundir los ámbitos típicos de los arts. 408, 412.3 y 450 CP. Especialmente dentro de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, tal tendencia es fácilmente constatable. Podría parecer, en consecuencia, que este se alinea a la postura doctrinal que insiste en equiparar los verbos típicos “impedir” o “evitar” con “promover la persecución”. No obstante, al contrario que los autores partidarios de dicha postura (inclusive TORRES FERNÁNDEZ) la jurisprudencia no mantiene uniformemente semejante tesis, pues en algunas resoluciones la descarta, declarándola errónea, e, incluso en las que la asume como propia no la desarrolla teóricamente, abordándola como si de una cuestión completamente pacífica se tratase.

En síntesis, a través del análisis de un conjunto de sentencias, a las que enseguida nos referiremos, puede apreciarse una notoria falta de regularidad en la aplicación judicial del art. 408 CP, en lo que a la delimitación de su ámbito típico y a la distinción del mismo de los arts. 412.3 y 450 CP se refiere. Así, se sostiene una u otra postura en función del caso concreto, sin seguir, aparentemente al menos, criterios claros. E incluso, lo que puede inferirse de la mayor parte de dichas sentencias es que el decantarse por una u otra postura teórica suele perseguir o, como mínimo, terminar conduciendo a un resultado

¹⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 209 y ss.

sobreprotector de los funcionarios públicos, especialmente de los policiales, que pone de manifiesto un verdadero Derecho penal del amigo en la forma de castigar la pasividad funcional ante el fenómeno criminal, sobre todo en relación con delitos de tráfico de drogas y de contrabando¹⁹.

De hecho, por lo general, la confusión típica entre la omisión de no evitar delitos y la de no perseguirlos del art. 408 CP se produce en relación con escenarios caracterizados por los siguientes rasgos: una red activa de narcotráfico o dedicada al contrabando de sustancias ilegales, más o menos consolidada, presta sus servicios (normalmente dedicados al almacenaje, distribución y venta de estupefacientes, aunque en ocasiones también a su fabricación) con el conocimiento absoluto y la permisividad de uno o varios agentes policiales que, en la mayoría de casos, no solo permanecen impasibles sino que suministran a los traficantes información reservada procedente de las bases de datos policiales (por ejemplo, sobre cuándo se va a producir un registro que pueda afectarles), les prestan asesoramiento y consejos varios e incluso reciben de los mismos una contraprestación económica. Una vez conocido este hecho por las autoridades, los funcionarios policiales son enjuiciados y condenados por vía del art. 408 CP a penas de inhabilitación que normalmente ni siquiera se acercan al máximo contemplado por dicho precepto.

Semejante solución jurídica, más allá de que, como explicaremos en el próximo apartado, nos parece incorrecta, puesto que adelantamos ya que en el presente trabajo nos adherimos a la postura doctrinal que entiende que la labor pública de persecución de los delitos abarca solo los cometidos por un tercero y ya consumados por el mismo (y no los que todavía pueden ser evitados), produce resultados punitivos inadmisibles y que evidencian la mencionada inclinación judicial a sobreproteger a los miembros de las

¹⁹ Sobre la noción de “Derecho penal del amigo”, véase, a título de ejemplo: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Del derecho penal del amigo a la supresión del principio de legalidad”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 138, 2007, págs. 119-140; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “La reforma penal de 2003 y Derecho penal del amigo”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo II*, con CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1159-1572.

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En efecto, pues como se ha dicho, en gran parte de las sentencias consultadas puede observarse cómo los funcionarios policiales no se limitan a consentir pasivamente la actividad ilícita de tráfico de drogas o contrabando, sino que incluso contribuyen activamente a su éxito a través de prestaciones de ayuda que resultan indispensables para los propios miembros de la organización criminal y, aun así, son castigados únicamente por el tipo penal del art. 408 CP.

El caso enjuiciado por la STS de 2 de junio de 1994 da buena muestra de este fenómeno. Los hechos probados en instancia hacen referencia a una organización criminal dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes de cuya actividad era plenamente conocedor un funcionario de la Policía Nacional que frecuentemente venía entrevistándose con los traficantes en el domicilio de uno de ellos e, incluso, una vez fue visitado por este en las dependencias policiales. Asimismo, se declara probado que el mencionado agente tenía perfecto conocimiento de las importantes operaciones de la familia, no obstante lo cual, no inició actuación alguna para su persecución e impidió que sus compañeros de grupo tuviesen noticias de los hechos. Pese a todo lo anterior —acreditativo de un comportamiento de fomento activo de la actividad ilegal de la organización por parte del agente—, sorprende la declaración final contenida en el relato de hechos, y que dice así: “no quedó acreditado en cambio que el indicado policía tomase parte activa en el tráfico ilegal en ninguna de sus formas ni tampoco que se lucrase del mismo”. Es con base en esta conclusión, precisamente, que se termina motivando la condena por omisión del deber de perseguir delitos (que en ese momento continuaba siendo una prevaricación omisiva tipificada en el art. 359 CP 1973).

Lo mismo sucede en la STS 470/2006, de 28 de abril, cuyos hechos probados aluden a una red dedicada al tráfico de heroína y cocaína que contaba en su funcionamiento con el beneplácito y permisividad de dos agentes policiales. La singularidad del supuesto enjuiciado es que, a cambio del silencio, uno de los traficantes prestaba labores de confidente policial. Si bien la información confidencial proporcionada fue útil en múltiples ocasiones, lo cierto es que los funcionarios llegaron incluso a dar consejos y suministrar datos reservados a los confidentes para que pudieran eludir la vigilancia

policial y continuar cometiendo impunemente sus actividades delictivas. De nuevo, se castiga a los funcionarios policiales por la vía del art. 408 CP, si bien es cierto que el Tribunal Supremo, aun apoyando esta decisión, indica que más bien parece que nos hallamos ante una participación de los agentes en los delitos de tráfico sobre los que la Audiencia se habría pronunciado condenatoriamente, pero de manera limitada²⁰.

Igualmente, ese mismo año, ante los sucesos protagonizados por una familia que, junto a su negocio de restauración, distribuía tabaco de forma ilícita, así como por los miembros de la Guardia Civil destinados precisamente a las unidades de investigación Antidroga que conocían perfectamente dicha actividad y la permitían, la STS 330/2006, de 10 de marzo, ratifica la decisión de castigar a los agentes policiales señalados por un delito de omisión del deber de perseguir delitos.

Por su parte, la STS 1076/2006, de 27 de octubre, se centra en una red de narcotráfico de la que es conocedor un agente del Cuerpo Nacional de Policía. Uno de los integrantes de dicha red contactó con este último y le pidió que le informase de si estaba siendo investigado o vigilado policialmente por sus actividades delictivas. En respuesta, el funcionario policial comprobó la base de datos de la policía y le proporcionó información reservada a cambio de dinero en varias ocasiones. El agente fue condenado en instancia por los delitos de cohecho y omisión del deber de perseguir delitos. Sin embargo, el Tribunal Supremo, aunque en principio avala esta calificación, termina sosteniendo, de manera sorprendente, que “dogmáticamente no puede cometer ambas infracciones penales, pues la primera es más amplia y completa y absorbe esta última, de modo que se produce un concurso de normas, a resolver por el cauce del art. 8. 3º del Código penal, por lo que únicamente podrá ser sancionado por delito de cohecho, debiendo ser absuelto

²⁰ Aun siendo loable esta declaración, puede comprobarse cómo, lo máximo que el Tribunal Supremo concibe para castigar a los agentes que proporcionaron ayuda una y otra vez a la organización narcotraficante, es la participación en el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, el cual, como enseñaremos, por la amplitud de su redacción en cuanto a la descripción de las conductas típicas se refiere, lleva a que prácticamente todos los que intervienen en el mismo sean considerados autores.

en segunda sentencia que ha de dictarse del delito de omisión del deber de perseguir delitos”.

Finalmente, la STS 34/2015, de 4 de febrero se pronuncia nuevamente acerca de una organización dedicada al narcotráfico que contactó con un inspector de Policía, recibiendo su colaboración a cambio de proporcionarle ocasionalmente labores de confidente policial. Múltiples conversaciones telefónicas acreditaron que el agente policial era conocedor de los planes concretos de la organización criminal y, en particular, de que le habían hecho partícipe de su planificación de un delito de tenencia ilícita de armas y del riesgo próximo de utilizar las mismas contra otras personas. Sin embargo, una vez más, el agente policial fue condenado en instancia a un año de inhabilitación especial por el art. 408 CP, ratificando posteriormente esta calificación jurídico-penal de los hechos el Tribunal Supremo, sin cuestionarla²¹.

Como ha podido observarse, en todos los casos expuestos se pronuncia el Tribunal Supremo sobre contribuciones policiales no puramente omisivas sino incluso activas (de suministro de información reservada, de consejos y ánimos constantes, etc.) a los miembros de organizaciones criminales. Es decir, ni siquiera nos encontramos ante supuestos en los que lo único que hace el agente policial es no evitar que los delitos sean consumados y tolerar su continuación, sino que, además, participa activamente en su desarrollo realizando contribuciones sustanciales. Por ello, teniendo en cuenta la redacción dada al delito de tráfico de drogas *ex art.* 368 CP, cuya delimitación de las conductas típicas alcanza todos los momentos del ciclo de la droga (siembra, cultivo, recolección y elaboración), así como también abarca cualquier modo de promover, favorecer o facilitar el consumo de las mismas y que, por tanto, determina que todos los intervenientes en el tráfico (aun tratándose de meros cooperadores necesarios) sean

²¹ Recientemente, la SAP Almería 45/2024, de 5 de febrero, mantiene la línea seguida por el Tribunal Supremo en esta materia y condena únicamente por el tipo penal del art. 408 CP a dos agentes policiales que se encargaban del cobro mensual de los alquileres de una serie de viviendas en las que una organización criminal cultivaba ilegalmente marihuana, obteniendo por ello una comisión del 10% sobre el alquiler de estas.

considerados autores²², extraña enormemente esta decisión jurisprudencial de subsumir los hechos relatados en el art. 408 CP²³.

No obstante, esta última circunstancia, relativa al concepto extensivo de autor presente en la tipicidad del art. 368 CP, sí que es tenida en cuenta por unas pocas sentencias del Tribunal Supremo que revisan la calificación efectuada en instancia de supuestos en los que determinados agentes policiales han realizado conductas similares o idénticas a las descritas en las resoluciones que se han ido enumerando, y sí han sido correctamente castigados como autores de los delitos contra la salud pública, aunque, curiosamente, también del delito del art. 408 CP. Así ocurre en las SSTS 1669/2001, de 1 de octubre; 773/2013, de 22 de octubre; y 771/2015, de 2 de diciembre²⁴. Al entrar a examinar el Tribunal Supremo el recurso interpuesto frente a las mencionadas resoluciones, este muestra su acuerdo con dicha calificación jurídica de los hechos y, en particular, con la apreciación de autoría de los agentes (pese al evidente contraste que supone con la línea promovida por el mismo en las resoluciones recién estudiadas), aunque acertadamente absuelve por el art. 408 CP tras entender que al funcionario policial que comete un delito no puede exigírsele que promueva la persecución del mismo, puesto que ello le obligaría a autodenunciarse y a declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).

²² Sobre el concepto extensivo o unitario de autor establecido en el tipo penal del art. 368 CP y aceptado por nuestra jurisprudencia véase: PEDREIRA GONZÁLEZ, F., “Capítulo Primero. El tipo básico. 1.6. Cuestiones comunes”, en *El delito de tráfico de drogas*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 46 y ss.; FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; y PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., *El control penal de las drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

²³ Y aun resulta más llamativa semejante calificación jurídico-penal de los hechos relatados en las anteriores sentencias por cuanto en el art. 369.1.1º CP se recoge una circunstancia agravante específica por cometerse el art. 368 CP por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

²⁴ Curiosamente, este no es el criterio seguido en la STS 712/2008, de 4 de noviembre, referida al funcionamiento de una red de narcotráfico que contaba con el beneplácito y la ayuda activa (facilitaba datos que obtenía de la base de datos de la policía judicial) de un agente de la Policía Nacional. A este último se le condenó tanto como autor de un delito de tráfico de drogas como autor de un delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos. El TS avaló la condena por el art. 408 CP, tras afirmar que “el juicio histórico –tal como más arriba se transcribió–, no propicia duda alguna sobre la concurrencia de todos los elementos del delito, cuando describe la trama del plan urdido por el acusado”, sin hacer ningún tipo de referencia a la importante cuestión del autoencubrimiento.

B) La problemática específica del confidente policial

Comentario aparte merecen dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que el sujeto al que se consiente continuar realizando su actividad de tráfico o contrabando ilícito cumple funciones de confidente policial (SSTS 470/2006, de 28 de abril; 34/2015, de 4 de febrero). Sin ánimo de profundizar ahora en el análisis particular de esta problemática figura, caracterizada por la prácticamente nula regulación legal sobre su uso lícito y los límites de este, cabe destacar que, aunque el Tribunal Supremo ha aceptado su condición de fuente válida para el inicio de actividades policiales, también ha afirmado contundentemente que el recurso al confidente policial no puede erigirse en una “patente de corso” para la comisión impune de delitos por el mismo²⁵.

Además, debe tenerse presente que el vacío normativo en lo que respecta a la regularización del confidente policial es suplido en la práctica policial con el llamado “rastro de buena fe”²⁶, referente a un conjunto de usos y prácticas protocolarias que el funcionario policial que se comunica con el confidente debe observar, entre las cuales se incluye informar al confidente de que no puede incitar ni promover la comisión de delitos, así como asegurarse de que no comete ningún hecho ilícito durante su colaboración²⁷. Prácticas que no solo no fueron seguidas por los funcionarios policiales de las sentencias citadas, sino que estos llegaron a facilitar la actividad delictiva de los confidentes como incentivo para que no cesaran en su labor informativa, ayudándoles incluso a dirigir el aparato de la justicia contra sus competidores en el comercio de sustancias peligrosas para la salud pública.

²⁵ Así se dispone, sin ir más lejos, en la STS 470/2006, de 28 de abril, recién señalada.

²⁶ LAFONT NICUESA, L., “Algunas cuestiones sobre el confidente policial. Roma sí paga traidores”, en *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 12, 2018, pág. 240.

²⁷ MARCHAL GÓMEZ, A.N., “Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, núm. 9083, 2017, pág. 5. Si bien el citado autor advierte de que no es infrecuente que tales protocolos se inobseruen en ciertas unidades policiales, señala que en ese caso “es altamente probable que se cometan errores durante la colaboración que puedan acarrear la nulidad de actuaciones en el procedimiento penal, o incluso responsabilidad penal para el confidente y el funcionario de policía que colaboró”.

Finalmente, cabe destacar que en pocas de las resoluciones judiciales consultadas el comportamiento del agente policial se limita a reaccionar pasivamente y a no hacer nada ante el delito flagrante descubierto. Pero incluso en estos supuestos, la pertenencia del funcionario policial a cuerpos especialmente encargados de reprimir la clase de delincuencia no evitada les podría colocar ya, muy justificadamente, en una posición de garantía que serviría para calificar su dejación de funciones como una auténtica participación omisiva²⁸. Es el caso de las SSTS 330/2006, de 10 de marzo²⁹ y 1273/2009, de 17 de diciembre³⁰.

C) La redacción del art. 412.3 CP y los retos que esta plantea en materia de interpretación del tipo de omisión del deber de perseguir delitos

Dicho todo lo anterior, es cierto que, si el juzgador alberga dudas sobre la calificación como participación omisiva de la conducta pasiva del funcionario policial y desea sancionar, en su lugar, la mera no evitación de los delitos de tráfico de drogas o contrabando por parte de este, se enfrenta a un problema de incoherencia punitiva de gran calado. Problema que radica en la imposibilidad de encuadrar tal omisión en el art. 412.3 CP, habida cuenta de que este exige que se hubiera producido requerimiento previo de un particular en necesidad de auxilio, exigencia que no se cumple en ninguno de los casos examinados, caracterizados porque en ellos los funcionarios policiales conocen por sí mismos la actividad ilícita.

Es esta situación la que puede contribuir a entender por qué los tribunales se encuentran con la única posibilidad de castigar por la vía del art. 408 CP. Pero, en lugar de admitir la

²⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 211.

²⁹ STS 330/2006, de 10 de marzo: familia que junto a su negocio de restauración llevaba a cabo la distribución ilícita de tabaco (contrabando). Su actividad era conocida y consentida en todo momento por miembros de la Guardia Civil destinados en grupos de investigación Antidroga y del Puerto. Los agentes policiales implicados fueron castigados en instancia a un año y tres meses de inhabilitación especial por el delito de omisión del deber de promover la persecución de los delitos. El Tribunal Supremo ratificó esta condena.

³⁰ STS 1273/2009, de 17 de diciembre: agente de la Guardia Civil que descubrió un delito flagrante de contrabando de tabaco mientras se encontraba en el ejercicio de sus funciones de control aduanero, no hizo nada y permitió que el vehículo continuara su marcha. El agente fue condenado por vía del art. 408 CP, y dicha condena fue ratificada en casación por el Tribunal Supremo.

laguna legal existente y aclarar que únicamente se está castigando por la sola falta de persecución de los delitos de tráfico de drogas o contrabando³¹, el proceder del Tribunal es el de configurar al art. 408 CP como una suerte de tipo subsidiario en relación con el art. 412.3 CP (aplicable en todo lo que este no abarque), deformando sus contornos típicos más allá de lo que, en nuestra opinión, su tenor legal y la pena asignada al mismo permiten. En este sentido, como bien explica TOMÁS-VALIENTE:

“Si el art. 412.3 CP resulta ya inadecuado para abarcar los casos (muy poco frecuentes) del agente que simplemente presencia un delito sin intervenir para evitarlo —pues por el carácter jurídico-público de su deber de intervenir necesariamente siempre debería tener más pena que un particular—, resulta inidóneo aun en mayor medida para abarcar esos casos realmente intermedios, fronterizos con una verdadera posición de garante: tanto por lo insignificante de su pena como por su propia limitación típica a supuestos de requerimiento de intervención, el art. 412.3 CP no juega un papel de omisión pura de gravedad realmente intermedia (llamémosla o no «omisión pura de garante») capaz de captar adecuadamente el desvalor de la pasividad policial ante el delito; un papel que, por las razones comentadas, tampoco puede desempeñar el art. 408 CP”³².

En cualquier caso, ya se ha anunciado al principio de este apartado que la línea seguida por nuestro Tribunal Supremo al aproximarse a esta materia no es siempre la misma. De hecho, aunque son la minoría, varias sentencias han reconocido que los ámbitos típicos de la omisión del deber de perseguir delitos y de los tipos de no evitación de los mismos no coinciden³³. Consecuentemente, parece mantenerse, en ellas, un significado más estricto del término “promover la persecución”.

³¹ Lo cual, es ya de por sí problemático, puesto que si se admite que el funcionario policial no evitó los delitos de tráfico de drogas o contrabando pudiendo hacerlo, la exigencia posterior a este de que aun así proceda a denunciarlos o procurar el avance de la justicia con respecto a los mismos le fuerza, en cierto modo, a autodenunciarse por la previa no evitación, obligándole a declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).

³² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, pág. 211.

³³ STS de 30 de octubre de 1992: “es lo cierto que ambos preceptos no tienen nada en común en cuanto que el bien jurídico protegido es completamente distinto en uno y otro precepto, pues el primero el bien jurídico protegido es el deber de solidaridad humana referida a los bienes jurídicos representados por la vida, la integridad física, la honestidad y la seguridad de las personas cuando son objeto de ataques constituidos de delito, insertándose este precepto, así como el 489 relativo a la omisión de socorro —con el sí guarda

El mejor ejemplo de este pensamiento minoritario y, a nuestro modo de ver, más correcto técnicamente, lo proporciona la STS 676/2012, de 26 de julio, referente de nuevo a la prestación activa de ayuda por parte de un miembro de la Guardia Civil a una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, en la cual se descarta la aplicación del art. 408 CP al caso enjuiciado porque el funcionario policial no se había dedicado únicamente a omitir su deber de promover la persecución de los delitos, sino que se había prestado a efectuar labores de control y vigilancia desde su privilegiada posición para impedir que la operación fuese abortada por la intervención policial. Todo lo cual lleva al Tribunal Supremo a concluir que: “hubo, pues, un acuerdo previo y una aportación comprometida de su apoyo para evitar que la intervención policial frustrase la operación. Y así lo realizó cumpliendo su compromiso lo que provocaría finalmente (y esto es consecuencia directa de la intervención del recurrente) que el hachís no se incautase. Esa actuación supone participar en un delito contra la salud pública y no meramente encubrirla”.

3. TOMA DE POSICIÓN: LA OMISIÓN DEL DEBER DE PERSEGUIR DELITOS COMO CONDUCTA POST-EJECUTIVA AL DELITO YA CONSUMADO POR UN TERCERO

Comprendidas ya las líneas doctrinales existentes en torno a la cuestión del ámbito típico del art. 408 CP, así como la oscilante posición de la jurisprudencia en su aproximación a esta, corresponde ahora que tomemos posición acerca de la misma. Para ello, empezaremos por el final, refiriéndonos primero al sentido del término “persecución de los delitos” antes que al de “promover”. Las razones de esta decisión pronto se comprenderán. Y en este punto, comenzamos aclarando que nuestra postura se alinea, sin lugar a duda, con la de aquellos autores que limitan el significado de “persecución de los delitos” a su carácter estricto, es decir, con el tenor doctrinal dominante.

similitud—en un proceso de humanización del Derecho Penal, mientras que en el segundo, lo que se protege es la pureza en el ejercicio de la función pública que resulta lesionada por el incumplimiento del deber por el funcionario”.

Efectivamente, aun no entrando todavía a definir qué alcance exacto otorgamos a la tarea de perseguir los delitos o a sus responsables, lo que sí nos parece claro es que esta consiste en una conducta meramente adhesiva o post-ejecutiva al delito ya consumado por un tercero, según la noción proporcionada por SÁNCHEZ-OSTIZ³⁴. De tal modo, que se trata, a nuestro modo de ver, de un comportamiento eminentemente distinto al sancionado por los tipos penales de no evitación de delitos, pues solo es posible impedir dichos delitos cuando todavía no han sido consumados, mientras que en el art. 408 CP se recoge una dejación de funciones *ex post* a la comisión de delitos por un tercero.

Para un mejor fundamento de esta conclusión, creemos conveniente analizar pormenorizadamente los argumentos que brinda TORRES FERNÁNDEZ, principal defensora de la postura minoritaria en esta materia, que entiende que el art. 408 CP no incluye solo la persecución de los delitos en su sentido más estricto o técnico, sino en uno laxo, comprensivo también de la omisión del deber de impedir delitos³⁵. Así pues, recordando las reflexiones hechas por la citada penalista, pueden identificarse dos argumentos principales, ambos de carácter sistemático, en torno a los cuales se vertebraban las mismas:

En primer lugar, comenzando por el razonamiento que ocupa menor peso en su tesis, TORRES FERNÁNDEZ indica que la rúbrica del Capítulo II del Título XX de nuestro Código penal, capítulo en el que se recoge exclusivamente el art. 450 CP, lleva por denominación “De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”, y que a partir de este hecho debe inferirse que la intención del legislador habría sido la de considerar sinónimos a los verbos “perseguir” e “impedir” puesto que el art. 450 CP, pese a lo mencionado en la rúbrica, solo se refiere a este último.

³⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, págs. 1047-1082.

³⁵ Pese a que, como se ha podido ver, otros autores comparten el punto de vista de TORRES FERNÁNDEZ, lo cierto es que esta autora es la única que realiza un estudio detallado y fundamentado en profundidad de esta problemática.

Aunque son varios los penalistas que han rechazado este razonamiento, considerándolo poco concluyente y equívoco³⁶, el comentario más extenso proporcionado en este sentido crítico pertenece a REBOLLO VARGAS. Para este, la denominación de las rúbricas del Capítulo II, Título XIX (“Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”) y del Capítulo II, Título XX, de nuestro Código (“De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”) constituyen el principal factor de confusión entre los arts. 408 y 450 CP respectivamente.

El origen de tal confusión lo sitúa el citado penalista en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, en la que el tipo del actual art. 408 CP se ubicaba en la misma rúbrica junto a la omisión de impedir delitos (esto es: en el Capítulo I, Título XVII, “Delitos contra la Administración de Justicia”). A partir de este dato, considera que abona su interpretación el que la rúbrica del actual Capítulo II, Título XX, CP tenga dos partes diferenciadas, una primera referida a la omisión del deber de impedir delitos (que es el tipo que recoge), y otra segunda que vendría separada por el uso de la conjunción “o”, de lo que puede deducirse que una vez que se sustrajo del capítulo la omisión del deber de perseguir delitos, la rúbrica pasó inadvertida cuando, en realidad, estaba haciendo referencia a un tipo que ya no recogía³⁷.

No podemos estar más de acuerdo con la hipótesis formulada por este autor. En efecto, consideramos que la redacción de la rúbrica del Capítulo II, Título XX, CP, responde a un mero *lapsus* del legislador de 1995. Y esta teoría se ve apoyada al introducir en la

³⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Omisión de impedir delitos y accesoriadad respecto del delito no impedido”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Vol. I, con DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ INIESTA, D., MARTÍN LÓPEZ, T., et al. (Ed.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pág. 161, nota 1: “como revela el *lapsus calami* del legislador, que en la rúbrica aún sigue hablando de la omisión de impedir delitos y promover su persecución, por más que no esté castigada la omisa promoción de la persecución de delitos”. En el mismo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, cit., pág. 211, cuando se refiere a la rúbrica del Capítulo II, Título XX, CP como “incorrecta”; POMARES CINTAS, E., “El delito de omisión del deber de intervenir para impedir delitos (art. 450 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 875: “probablemente este error se atribuya a un olvido del Legislador, o tal vez obedezca al propósito de salvar las apariencias y aferrarse así al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia”.

³⁷ REBOLLO VARGAS, R., “La omisión...”, cit., pág. 42.

ecuación el texto dado al delito de abandono de destino, recogido en el art. 407 CP³⁸. Pues, en su seno, se distinguen muy claramente dos conductas delictivas diferentes, cuyo punto de encuentro radica en que ambas se ejecutan a través del abandono de destino por parte de la autoridad o funcionario público: el abandono de destino con el propósito de no impedir delitos y el abandono de destino con el propósito de no perseguirlos. Nuevamente, el precepto emplea la conjunción “o” para separar semánticamente los vocablos “impedir” y “perseguir”. Ciertamente, aunque ambas modalidades de abandono terminan siendo castigadas con las mismas penas, no tendría sentido haberlas nombrado separadamente si se tratara de términos equivalentes.

En segundo lugar, TORRES FERNÁNDEZ apoya su postura en el paralelismo o simetría típica que existiría, de acuerdo con la misma, entre el art. 408 CP (omisión del deber de promover la persecución de los delitos) y el art. 450 CP (omisión del deber de impedir delitos), de manera que los verbos típicos empleados en uno y otro, pese a ser diferentes, estarían siendo tratados como sinónimos por el legislador³⁹. Curiosamente, para sostener su razonamiento, la presente autora se basa en el enunciado dado al art. 407 CP, indicando que:

“La interpretación del término “persecución” en su sentido amplio, en la que se comprenden tanto la prevención como el castigo de delitos, parece la más coherente con los fines de protección del Capítulo II, que alberga al precepto estudiado, y que alcanzan a toda la actividad estatal sobre el fenómeno criminal, como se deduce de que en otros delitos el legislador se refiera de manera indistinta a “no impedir o no perseguir” (art. 407

³⁸ Art. 407 CP: “1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. 2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente”.

³⁹ Ciento es que, como ya señalamos *supra*, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771, se muestra crítica con el carácter indistinto con que el legislador trata a los verbos típicos en juego: impedir/evitar y perseguir.

CP), por lo que resultaría extraña la arbitraría exclusión de la actividad de prevención en el tipo del art. 408”.

Como ha podido comprobarse, el estudio del art. 407 CP nos ha llevado a opinar justamente lo contrario: de su redacción se deduce, a nuestro modo de ver, que el legislador concibe como esencialmente diferentes las labores públicas de “evitar” y “perseguir” los delitos, y solo cuando expresamente las menciona de forma conjunta (como hace en el delito de abandono de destino) estaría comprendiendo expresamente ambas en el castigo previsto. Fuera de este caso, al estar refiriéndose exclusivamente a una de las dos (por ejemplo, en el art. 408 CP, cuando se alude a la omisión del deber de perseguir delitos, o en el art. 412.3 CP, cuando se habla de evitar delitos), debemos inferir que la sanción penal solo se prevé para el quebranto de la función explícitamente nombrada. De no ser así, no tendría sentido que en el art. 407 CP se trajesen a colación ambas labores públicas⁴⁰.

Asimismo, tampoco creemos que el hecho de estar destinado el Capítulo II del Título XIX CP, como bien apunta TORRES FERNÁNDEZ, a cubrir toda la actividad estatal sobre el fenómeno criminal, sea un motivo concluyente para optar por asimilar los verbos “perseguir”, “evitar” e “impedir” los delitos. En realidad, la actividad estatal vertida frente al fenómeno criminal posee, como no podría ser de otra forma, distintas fases, en función de si el crimen se ha perpetrado o de si, por el contrario, todavía resulta posible prevenirlo o, si ya se encuentra en trance de ejecución, evitar su consumación. Por lo que tiene sentido que, si el Capítulo II del Título XIX CP pretende tutelar dicha actividad estatal lo haga a través de delitos que sancionan conductas que perjudican la misma en sus distintas fases.

⁴⁰ Además, la rúbrica del susodicho Capítulo II, Título XIX, CP lleva por nombre “Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”. El hecho de que nuestro texto punitivo expresamente mencione que se trata de una omisión exclusivamente del deber de perseguir delitos y, paralelamente, se refiera al abandono de destino en general (que luego regula con alusión explícita a varios deberes funcionariales distintos: evitar delitos y perseguir delitos), no hace más que apoyar la tesis aquí planteada, de que lo que se castiga en el art. 408 CP no es lo mismo que lo que se sanciona en el art. 450 CP o, dicho de otra manera, que no es lo mismo no perseguir delitos que no evitarlos, ni el Código penal los trata como si fueran formas de quebranto de labores idénticas.

Dicho esto, no es extraña la inquietud de TORRES FERNÁNDEZ acerca de la exclusión de la actividad de evitación delictiva del art. 408 CP, pues, verdaderamente, el panorama existente en nuestro Código penal en lo que respecta a aquellos tipos penales que pretenden combatir la pasividad funcional y preservar las diversas fases de la actividad estatal relacionada con el fenómeno criminal es del todo caótico y confuso⁴¹. No obstante, creemos que la “solución” a esta problemática no puede implicar la ampliación del ámbito típico del art. 408 CP más allá de sus contornos típicos, proponiendo una interpretación extensiva del mismo que añada un verbo típico a este no comprendido por el mismo.

Efectivamente, la mera consulta al Diccionario de la Real Academia Española enseguida nos revela las notables diferencias existentes entre el verbo típico “perseguir” y los diferentes de “impedir” (art. 450 CP, que incluso en su apartado segundo usa este verbo) o “evitar” (art. 412.3 CP). Así, mientras que estos últimos son sinónimos, el de “perseguir” tendría un significado diverso. Prueba de ello es que en dicho Diccionario se delimita “impedir” como “estorbar o imposibilitar la ejecución de algo”, y “evitar” como “apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda”. Consecuentemente, el ámbito típico objetivo de un tipo penal que sanciona la conducta de no evitar o no impedir delitos ha de limitarse, necesariamente, solo a aquellos delitos que todavía están ejecutándose (delitos flagrantes) o a otros cuya ejecución sea inmediata o inminente.

Por su parte, “perseguir” equivale, como ya señalamos, a “proceder judicialmente contra alguien y, por ext., contra una falta o delito”. El sentido asociado al verbo “perseguir” se aleja del de los verbos anteriormente examinados, y parece aludir a un momento posterior relacionado con la represión de la delincuencia: el consistente en sustanciar o articular un

⁴¹ Recuérdense, a tal respecto, las palabras de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva...”, *cit.*, págs. 181-238. en su estudio sobre el panorama jurídico-penal existente en nuestro texto punitivo y conformado por una multiplicidad de delitos omisivos con los que pretende castigarse a los funcionarios públicos que reaccionan pasivamente (e incumplen lo que de ellos espera la ley) ante los delitos cometidos por los ciudadanos. Sobre estos, la autora pone de manifiesto “una serie de disfunciones sistemáticas e incoherencias punitivas (pues la mayoría de estos tipos específicos, como se verá, crean más problemas de los que resuelven y resultan, a la postre, distorsionadores)”.

proceso que sea capaz de responder frente a la misma, de reestabilizar la situación *post delictum*⁴².

A su vez, la conjetura de que los arts. 408 CP y 450 CP poseen ámbitos típicos diferenciados se ve reforzada al tomar en consideración la baja penalidad del primero. En efecto, la omisión del deber de perseguir delitos resulta castigada con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años. Sin embargo, los tipos penales que reprimen la omisión del deber de evitar delitos son sancionados con penas de prisión y multa. Así, al art. 450 CP se le adjudica pena de prisión de 6 meses a 2 años si el delito fuera contra la vida y de multa de 6 a 24 meses en los demás casos. Por su parte, al art. 412.3 CP se le asigna una pena de multa de 18 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años.

Aunque ha tendido a criticarse la baja penalidad del art. 408 CP⁴³, una interpretación como la que aquí defendemos podría contribuir a comprender el sentido de esta⁴⁴. Si al presente delito se lo concibe como un tipo especial propio (con respecto al cual, el art. 450 CP no puede ser su correlativo común, habida cuenta de que poseen ámbitos típicos diferenciados), la no concurrencia en el omitente de la condición de funcionario público conllevará necesariamente su impunidad, por lo que sí se habría valorado razonablemente la especial posición de garantía del sujeto activo al otorgarle responsabilidad penal por no llevar a cabo la conducta debida. Conducta que, de ser ejecutada por un mero particular que no reúne las especiales condiciones requeridas por el tipo, es simplemente atípica. Asimismo, debe recordarse que el Código penal de 1995 rebajó la pena asignada al art.

⁴² Esta última expresión se la debemos a SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, *cit.*, pág. 1071.

⁴³ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., MORALES PRAT, F., “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en *Comentarios al Código Penal español, Vol. II*, con QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 1667; GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Comentarios al Código Penal*, con GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Lex nova, Valladolid, 2011, pág. 1553; RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia...”, *cit.*, pág. 4.

⁴⁴ Lo cual, evidentemente, no obsta a criticar que algunos delitos de funcionarios tiendan, con frecuencia, a ser castigados únicamente con una pena de inhabilitación especial, como sucede también con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

408 CP de forma relevante⁴⁵, de lo que puede deducirse que la intención del legislador era reducir el ámbito de aplicación del tipo, no aumentarlo.

Junto a todo lo anterior, cabe destacar que la mención expresa que realiza el art. 450.2 CP acerca de que los delitos que han de impedirse sean de “actual o próxima comisión” no hace más que reforzar la tesis que aquí defendemos de que el ámbito típico objetivo de los tipos de no evitación de delitos se refiere exclusivamente a los delitos flagrantes o de comisión inminente, puesto que el art. 450.2 CP es subsidiario del art. 450.1 CP.

Asimismo, el hecho de que en el art. 450.2 CP se sancione la no puesta en conocimiento de la *notitia criminis* a las autoridades no equivale, en nuestra opinión —como parece deducirse del razonamiento de TORRES FERNÁNDEZ—, a la tipificación de la omisión del deber de promover la persecución de ciertos delitos por los particulares (lo cual implicaría concebir al art. 450.2 CP como correlativo común del art. 408 CP)⁴⁶. En cambio, a nuestro modo de ver, lo que se sanciona en el art. 450.2 CP es la falta de intervención indirecta de cualquier ciudadano, dado que no puede actuar directamente sin riesgo propio, para evitar la consumación de algunos delitos que atentan contra importantes bienes jurídicos personales (y, por consiguiente, la lesión de tales valores), cuando, pudiendo acudir a las autoridades con el fin de requerir su auxilio, se abstuviera de hacerlo⁴⁷.

⁴⁵ En efecto, aunque también el art. 359 CP 1944 (antecesor normativo del tipo que nos ocupa) tenía asociada una pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, lo cierto es que la pena del art. 408 CP no supera los dos años de duración, frente al límite máximo de los 12 años propio de la legislación anterior.

⁴⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La omisión de perseguir delitos...”, *cit.*, pág. 1771: “ello es lo que se extrae de una interpretación sistemática del precepto del art. 408 y el correspondiente delito del art. 450.2 del CP, mencionado en la rúbrica del Capítulo correspondiente como la omisión de promover la persecución de delitos, y que castiga la conducta del particular que no colabora con la autoridad no acudiendo a ella o a sus agentes para que impidan un delito de cuya próxima o actual comisión tengan noticia, descripción típica en la que queda claro que se trata de una actuación preventiva, anterior a la consumación del delito con el fin de impedirla”.

⁴⁷ Ello, además, es más respetuoso con la sistemática propia de la LECrim, que, en su articulado, especifica expresamente cuándo el incumplimiento de uno de los deberes procesales previstos da lugar a un delito, cosa que no hace al referirse al deber de denuncia ciudadana en su art. 259 LECrim. Así, por ej. en el art. 588 bis c) 11. LECrim (en relación con las disposiciones comunes de las diligencias de investigación tecnológicas) o en los arts. 420 y 433 LECrim (en relación con el deber de concurrir y declarar la verdad de los testigos).

En suma, en el presente trabajo se defiende que el ámbito típico del art. 408 CP se circumscribe únicamente a la función estatal persecutoria de delitos ya perpetrados. Siendo así, puede comprenderse que, en realidad, los mayores problemas concursales que plantea el art. 408 CP no se producen con respecto a los tipos penales de no impedir delitos (arts. 412.3 y 450 CP), sino en relación con el delito de encubrimiento (art. 451 CP), pues, al igual que este, el delito de omisión del deber de promover la persecución de delitos constituye una conducta de adhesión post-ejecutiva al delito cometido por un tercero⁴⁸.

4. BIBLIOGRAFÍA

COCA VILA, I., “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-24, 2017.

CÓRDOBA RODA, J., “Arts. 404 a 445”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, con CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista, Vol. I*, con DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ INIESTA, D., MARTÍN LÓPEZ, T., et al. (Ed.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021.

ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 29. Delitos contra la Administración Pública (I)”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, con DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

⁴⁸ Expresión que, de nuevo, pertenece a SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve...”, cit., pág. 1071.

GÓMEZ TOMILLO, M., “Capítulo II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Comentarios al Código Penal*, con GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Lex nova, Valladolid, 2011.

LAFONT NICUESA, L., “Algunas cuestiones sobre el confidente policial. Roma sí paga traidores”, en *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 12, 2018.

MARCHAL GÓMEZ, A.N., “Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, núm. 9083, 2017.

MORILLAS CUEVA, L., “Lección 38. Delitos contra la Administración Pública (II) Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos”, en *Derecho Penal Español Parte Especial*, con COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., *El control penal de las drogas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F., “Capítulo Primero. El tipo básico. 1.6. Cuestiones comunes”, en *El delito de tráfico de drogas*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

POLAINO NAVARRETE, M., “Lección 17. Introducción a los delitos contra la Administración Pública” en POLAINO NAVARRETE, M., (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Tomo II*. Tecnos, Valencia, 2011.

POMARES CINTAS, E., “El delito de omisión del deber de intervenir para impedir delitos (art. 450 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, 2015.

PORTILLA CONTRERAS, G., POMARES CINTAS, E., “Delitos de abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos”, en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial III: Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, con ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Del derecho penal del amigo a la supresión del principio de legalidad”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 138, 2007.

- “La reforma penal de 2003 y Derecho penal del amigo”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo II*, con CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

REBOLLO VARGAS, R., “La omisión de promover la persecución de delitos. El artículo 408 del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 2, 1999.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., MORALES PRAT, F., “Título XIX. Delitos contra la Administración Pública”, en *Comentarios al Código Penal español, Vol. II*, con QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

RUBIO LARA, P.A., “Delito de ausencia de los deberes del funcionario público de promover la persecución de los delitos y de sus responsables (art. 408 CP)”, en *La Ley Penal*, núm. 47, 2008.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., “Funcionario que no promueve la persecución de delitos: un caso entre el encubrimiento y la omisión del deber de perseguir delitos”, en *ADCP*, Vol. 49, Fasc. 3, 1996, págs. 1047-1082.

- *El encubrimiento como delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- *¿Encubridores o cómplices?: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Civitas, Madrid, 2004,
- *Los delitos de encubrimiento: contribución a una teoría global de las adhesiones postejecutivas*, Grijley, Lima, 2005.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, 2019.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., "La omisión de perseguir delitos del funcionario obligado a ello por razón de su cargo", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2001.