



Roj: **STS 751/2022 - ECLI:ES:TS:2022:751**

Id Cendoj: **28079120012022100162**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2022**

Nº de Recurso: **3633/2021**

Nº de Resolución: **167/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Ciudad Real, núm. 1, 25-10-2019 (proc. 416/2017),
SAP CR 1342/2020,
STS 751/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 167/2022

Fecha de sentencia: 24/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3633/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2022

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3633/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 167/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a. Carmen Lamela Díaz





D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 3633//2021 interpuesto, por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, por **D. Agustín**, representado por el procurador D. José Javier Sáinz-Pardo Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Alberto Hernández Nieto, contra la sentencia n.º 115/2020, de 25 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el Rollo de Sala número 71/2020, que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia n.º 373/2019 de 25 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ciudad Real, en el Procedimiento Abreviado núm. 416/2017, dimanante de las Diligencias Previas n.º 341/2016 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de DIRECCION000, que le condenó como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia y delito de homicidio imprudente. Es parte e **l Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Alcázar de San Juan, incoó Diligencias Previas n.º 341/2016 y posteriormente Procedimiento Abreviado n.º 14/2017, seguidos por un posible delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, delito de homicidio por imprudencia grave y delito de omisión del deber de socorro contra D. Agustín, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal n.º 1 de Ciudad Real que dictó, en el Procedimiento Abreviado n.º 416/2017, sentencia n.º 373/2019 el 25 de octubre, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El encausado, Agustín, mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia al haber sido condenado por sentencia firme de 05/02/2014, dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de DIRECCION000, como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a la pena de cuatro meses de multa y ocho meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; sobre las 06:15 horas del 05/06/2016, conducía el vehículo de su propiedad, marca Renault, modelo Megane, matrícula ...GKN, por la CARRETERA000, en sentido a Herencia, dentro del término municipal de DIRECCION000, con sus facultades disminuidas a consecuencia de una previa ingesta alcohólica, lo cual mermaba considerablemente su capacidad para la conducción del vehículo, aumentando el tiempo de reacción ante acontecimientos imprevistos en la circulación, con pérdida de reflejos y capacidad visual, por lo que al llegar al punto kilométrico 6,850 de la citada vía, impactó con la parte lateral anterior derecha de su vehículo contra la parte trasera de la bicicleta Globe Trotter, modelo sup 726X, conducida por Constantino, nacido el NUM000/1965, el cual circulaba por el arcén derecho de dicha vía, sentido Herencia. El ciclista hacía uso en tal momento del correspondiente chaleco reflectante de alta visibilidad.

En tal momento, el encausado, a pesar de ser consciente del atropello al ciclista, para procurar su impunidad, decidió no parar y bajarse del vehículo sino continuar su marcha y abandonar el lugar de los hechos, sin cerciorarse del estado en que se encontraba la persona atropellada ni si estaba siendo atendido por terceras personas, conduciendo el vehículo hasta llegar a su domicilio, donde alrededor de las 13:05 horas de ese mismo día, fue localizado por agentes de la Guardia Civil.

Tras la violenta colisión, Constantino salió despedido hacia la cuneta existente en el margen derecho por el cual circulaba, hasta que, alrededor de las 09:15 horas de ese día fue descubierto su cuerpo sin vida, en posición tumbado de cúbito lateral derecho, por otro ciclista que circulaba por la vía.

A consecuencia del brutal impacto, el conductor de la bicicleta, Constantino falleció, de forma prácticamente inmediata al golpe o a lo sumo en los veinte minutos siguientes, debido a un traumatismo craneoencefálico, cervical, torácico y pélvico.

Al encausado, el cual fue detenido poco después de las 13:05 horas del 05/06/2016 se le practicaron las pruebas de determinación del grado de impregnación de alcohol, con etilómetro oficialmente autorizado, arrojando un resultado de 0,49 miligramos por litro de alcohol en aire espirado en la primera prueba a las 13:50 horas y de 0,46 miligramos por litro de alcohol espirado en la segunda prueba a las 14:06 horas. El encausado rehusó someterse a la prueba de contraste.

El encausado presentaba entre otros síntomas, el de mirada conjuntiva ligeramente hemorrágica y pupilas algo dilatadas.

Soledad, esposa del fallecido, y los dos hijos menores de edad de ambos, Fulgencio y Tomasa no reclaman por la muerte de Constantino ni por los desperfectos materiales sufridos en la bicicleta al haber sido debidamente indemnizados por la aseguradora Direct Seguros, aseguradora del vehículo del encausado."

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno al encausado Agustín como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia y delito de homicidio imprudente, a la pena de tres años y seis meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y seis años de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, con pérdida de la vigencia del permiso; y como autor de un delito de omisión del deber de socorro ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; costas procesales, incluidas la de la acusación particular."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, dictándose sentencia n.º 115/2020 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real Sección Primera, en fecha veinticinco de junio de dos mil veinte, en el Rollo de Apelación número 71/2020, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Agustín, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm.1 de Ciudad Real, en autos de Procedimiento Abreviado 416/17, de fecha 25 de octubre de 2019, y en consecuencia SE CONFIRMA dicha Resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.1 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia, como autoriza el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y también en lo que a la atenuación de la responsabilidad se refiere.

Segundo.- Por infracción de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 de la Constitución Española, con base a lo dispuesto en el artículo 5.4, 6 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza a fundamentar el recurso de casación en la infracción de dicho precepto constitucional, por falta de suficiente motivación.

Tercero.- Por infracción de Ley que previene y autoriza el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "1º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal".

Cuarto y Quinto.- Por infracción de Ley que previene y autoriza el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "2º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". Y, por infracción de Ley que previene y autoriza el número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo."

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, apoya el recurso interpuesto por la representación procesal del penado; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 23 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó sentencia núm. 115/2020, de 25 de junio, en el Rollo de Sala núm. 71/2020, por la que desestimaba el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Agustín, contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Penal núm.1 de Ciudad Real en autos de Procedimiento Abreviado 416/17, por la que

se le condenó como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, y de un delito de homicidio imprudente, a la pena de tres años y seis meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y seis años de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, con pérdida de la vigencia del permiso; y como autor de un delito de omisión del deber de socorro, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Igualmente fue condenado a abonar las costas procesales, incluidas la de la acusación particular.

Cinco son los motivos del recurso. El primero se deduce por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 CE, derecho a la presunción de inocencia, al amparo del art. 5.4 LOPJ. El segundo motivo, por infracción de precepto constitucional, arts. 120.3 y 24.1 CE, con base en los arts. 5.4, 6 y 7 LOPJ, por falta de suficiente motivación. El tercer motivo se deduce por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. Los motivos cuarto, quinto y sexto por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, y por quebrantamiento de forma conforme al art. 851 LECrim.

SEGUNDO. - Como se ha expresado en el fundamento anterior, la sentencia objeto del presente recurso resolvió el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ciudad Real.

Conforme señala el art. 847.1.b) LECrim, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional". Y según dispone el art. 884.3º LECrim, el recurso será inadmisibile: "Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2º del artículo 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016 estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

Primero: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Acuerdo: a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Segundo: Posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos de delitos leves.

Acuerdo: El artículo 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en relación con los artículos 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el artículo 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el artículo 847, en el artículo 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.



En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves.

TERCERO.- Conforme a lo expresado en el anterior fundamento de derecho, ninguno de los motivos del recurso, tal y como están formulados, deberían ser admitidos. Los motivos primero y segundo, formulados por vulneración de precepto constitucional, y cuarto y quinto, deducidos por infracción de ley del art. 849.2 LECrim y por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 de la LECrim el art. 851.3 LECrim, están expresamente excluidos del tipo de recurso ante el que nos encontramos por el art. 847 1º letra b) LECrim.

El tercer motivo, aun cuando formalmente se deduce por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en su desarrollo lo que expresa el recurrente es su discrepancia con la suficiencia y valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia y con la que ha considerado enervada la presunción de inocencia. Con ello se encubre el verdadero motivo del recurso, presunción de inocencia (art.852 LECrim), tratando de reproducir el debate probatorio y modificar el hecho probado, lo que es igualmente contrario a lo dispuesto en el art. 847.1 b) LECrim.

Ahora bien, en el segundo motivo del recurso, aun cuando formulado por infracción de precepto constitucional por falta de motivación de la sentencia, el recurrente plantea una cuestión que realmente responde a otro motivo de casación, infracción de ley del art. 849.1 LECrim, en cuanto se refiere a la calificación de los hechos como constitutivos de delito de omisión del deber de socorro, respecto al cual la sentencia de instancia pudiera apartarse de la doctrina de este Tribunal.

En los motivos cuarto y quinto, aunque se formulan por infracción de ley del art. 849.2 LECrim y por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 de la LECrim, contienen tres peticiones que podrían corresponder a un motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim. Se refieren a la inaplicación de las circunstancias atenuantes contenidas en el art. 21. 5ª, 6ª y 7ª CP.

Ello no obstante, carecen también de interés casacional por no oponerse la sentencia recurrida a la doctrina de este Tribunal, por no tratarse de cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y por no haberse aplicado normas que no lleven más de cinco años en vigor.

Efectivamente, la redacción de las circunstancias contempladas en los números 5ª y 7ª del art. 21 CP se mantiene íntegra e inalterable desde su redacción originaria, en vigor desde el día 24 de mayo de 1996. La circunstancia prevista en el art. 21.6ª CP fue introducida mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Además, el Tribunal de instancia, atendiendo a las pautas jurisprudenciales, ha valorado correctamente las circunstancias concurrentes para excluir la aplicación de las citadas atenuantes.

En todo caso, el relato de hechos probados, al que debemos atenarnos teniendo en cuenta el motivo ante el que nos encontramos, no expresa circunstancia alguna de la que pueda deducirse la concurrencia de ninguna de las atenuantes pretendidas.

Por otra parte, en relación a la atenuante de embriaguez, lo que muestra el recurrente es su discrepancia con la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

Por iguales motivos debe ser desestimada la pretensión del recurrente, deducida, entre otras cuestiones, en el tercer motivo del recurso, motivo que se refiere a la indebida aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8ª CP en relación al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En todo caso, según se expresa en el hecho probado, D. Agustín había "sido condenado por sentencia firme de 05/02/2014, dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 , como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a la pena de cuatro meses de multa y ocho meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores". Los hechos a los que se refiere la presente causa acaecieron el día 5 de junio de 2016. Conforme alega el recurrente, al tratarse de una pena menos grave, inferior a doce meses, tiene un plazo de cancelación de dos años. Ahora bien, la pena impuesta no solo fue de multa, también fue de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de ocho meses. Por ello, aun suponiendo que la pena comenzara a cumplirse desde el mismo día de la firmeza de la sentencia, no quedaría cumplida hasta el día 5 de octubre de 2014. En consecuencia, al tiempo de la comisión del nuevo delito no había transcurrido el plazo de dos años necesarios para la cancelación de los antecedentes.

CUARTO.- Conforme a lo expresado en el anterior fundamento, pasamos a examinar el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, en cuanto se refiere a la calificación de los hechos como constitutivos de delito de omisión del deber de socorro previsto en el art 195. 1 y 3 CP.

Señala el recurrente que no tuvo conocimiento de que había impactado contra una persona sino contra un animal y, a pesar del fuerte impacto, consideró continuar la marcha para evitar un mal mayor. En contra del criterio del Tribunal, expone que el lugar donde aparcó el vehículo es uno de los habituales donde suele



guardarlo y que los agentes encontraron dicho vehículo en un cercado, a la vista de cualquier persona que pasara por ese lugar.

Junto a ello, sostiene que no concurren los elementos configuradores del delito que nos ocupa. Entiende que su actuación no es reprobable desde el punto de vista penal, y ello porque el fallecimiento prácticamente instantáneo del Sr. Constantino hacía imposible cualquier género de ayuda, lo que nos sitúa ante un supuesto de delito imposible. Aduce que, producido el fallecimiento, ya no es posible prestar auxilio alguno, por lo que desaparecería uno de los requisitos del tipo. Asevera que, aunque hubiese detenido la marcha, una persona sin conocimientos médicos no está normalmente en condiciones de asegurar que la víctima que yace inconsciente, está fallecida o necesita auxilio inmediato. Por ello afirma que la inidoneidad es absoluta porque no se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrido; no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, aun en caso de haberse realizado, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, o la solidaridad. Entiende que nos encontramos ante un delito imposible y por tanto impune.

1. El Ministerio Fiscal ante esta Sala apoya este motivo sobre la base de los criterios sentados en nuestra sentencia núm. 284/2021, de 30 de marzo, si bien poniendo de relieve dos diferencias. En el caso contemplado por esta sentencia se trataba inequívocamente de una muerte instantánea y la calificación era de tentativa, mientras que el supuesto ahora analizado se habla de una muerte prácticamente inmediata al golpe o a lo sumo ocurrida en los veinte minutos siguientes, y se califica el delito como consumado.

La citada sentencia contemplaba un supuesto similar al examinado, en el que el conductor de una furgoneta, circulando sin prestar la atención debida y sin adecuar la velocidad a las circunstancias del tráfico, embistió por la espalda a una peatón, lanzándola contra el arcén donde se golpeó violentamente en la cabeza. A consecuencia de ello sufrió lesiones que le causaron la muerte de forma inmediata. No obstante, el encausado continuó circulando sin comprobar el estado en que se encontraba la víctima y sin comunicar a nadie lo sucedido.

En aquella sentencia recordábamos que "Es cierto que la tipificación de un delito a partir del mero incumplimiento formal de un deber ético sitúa al derecho penal en un terreno fronterizo con los principios jurídicos que legitiman su aplicación. El código penal no puede aspirar a convertirse en un simple instrumento de pedagogía social que dé la espalda a la referencia axiológica de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar."

Excluida la posibilidad de formas imperfectas de ejecución, nos fijábamos en los bienes jurídicos tutelados por el art. 195 del CP -la seguridad de la vida e integridad física y la solidaridad-, y negábamos que estos fueron menoscabados por la omisión imputada al acusado. Y ello porque "la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, sea la solidaridad."

Igualmente, nos referíamos al art. 382 bis CP, introducido en el Código Penal a través de la reforma operada por la LO 2/1919, 1 de marzo, en el que se castiga al conductor que "... fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2". Respecto al mismo indicábamos que se trataba de "un delito de aplicación subsidiaria mediante el que se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que escapan a los límites del tipo que ofrece el art. 195 del CP. Se ha buscado la inspiración en el equívoco espejo de la literalidad del precepto alemán, que sanciona el "delito de huida" o "delito de fuga" como respuesta al infractor de un "deber jurídico de espera" y de "asistencia".

2. En el sentido ya expuesto, frente a un sector doctrinal minoritario que sitúa el bien jurídico protegido en la misma integridad física y vida de las personas "desamparadas", la jurisprudencia y la dogmática mayoritaria hablan de la infracción de un deber de solidaridad humana que se eleva al rango de deber jurídico. Se castiga la indiferencia del omitente frente a la situación de peligro de la víctima, su deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física.

El art. 195 CP castiga en título independiente y con carácter general la omisión del deber de socorro (art.195.1) y establece una agravación para el caso de que el accidente, fortuito o por imprudencia, hubiera sido ocasionado por el que omitió el auxilio (art. 195.3). Sin embargo, tras la reforma operada mediante Ley Orgánica 2/1919, 1 de marzo, se ha introducido un nuevo tipo en el Código Penal.

Se trata del citado art. 382 bis CP, incluido dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, y, más en concreto contra la seguridad vial, precepto que acoge el denominado "delito de fuga" que se describe como la actitud del conductor que, sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandona el lugar del accidente con fallecimiento de una o más personas o lesiones del art. 152.2 CP. Se prevén distintas penas según se trate de un accidente causado por imprudencia del conductor o por hecho fortuito. Para que se configure el delito de abandono del lugar del accidente no es necesario que se cumplan los requisitos del delito de omisión del deber de socorro.

De esta manera, el delito de fuga es subsidiario del de omisión del deber de socorro, ya que se refiere a personas que han sufrido lesiones graves, pero no concurren las características de la situación que exige deber de socorro.

En este sentido, el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo expresa que se quiere sancionar con este nuevo tipo "la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico".

Y a continuación afirma la subsidiariedad de este tipo en relación con el art. 195.3 CP para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, "refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro".

Como se expresa también en el preámbulo, la citada Ley Orgánica responde a una importante demanda social, ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. Tal demanda social tenía su base precisamente en que la exigencia establecida en el delito de omisión de socorro del art. 195 CP de que la víctima se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, había derivado en resoluciones judiciales sin condena para personas que después del accidente abandonaban a la víctima.

Conforme a ello, la creación de la nueva norma estaba justificada por la necesidad de cobijar en ella supuestos que conforme a la normativa existente quedaban fuera de la respuesta penal, como el caso de que la persona accidentada no quedara desamparada y en peligro grave y manifiesto.

En consonancia con ello, un sector doctrinal justifica la tipificación en el CP del denominado delito de fuga precisamente en que, a diferencia del CP de 1973, el CP vigente no contiene un precepto en el que, en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, se impusiera la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, en casos de inexistencia del objeto o falta de aptitud de medios -como la declarada imposibilidad de encaje en la omisión del deber de socorro, en los supuestos de fallecimiento en el acto de la víctima-.

En definitiva, el citado precepto vendría a cubrir supuestos de difícil encaje en el delito de omisión del deber de socorro por faltar el elemento objetivo de la existencia de una persona desamparada y en peligro grave y manifiesto. Y ello puede ocurrir tanto porque el sujeto activo se ha cerciorado de que la víctima está siendo auxiliada como en el caso de que se haya producido su fallecimiento inmediato.

3. En el caso de autos, según se refiere en el hecho probado "A consecuencia del brutal impacto, el conductor de la bicicleta, Constantino falleció, de forma prácticamente inmediata al golpe o a lo sumo en los veinte minutos siguientes, debido a un traumatismo craneoencefálico, cervical, torácico y pélvico".

Se relatan así dos hipótesis posibles: o que el fallecimiento del ciclista se produjera de forma inmediata, o que el mismo tuviera lugar durante los siguientes veinte minutos.

Como señala el Ministerio Fiscal, ni el Juzgado de lo Penal ni la Audiencia identifican y toman en consideración tal duda. Quizás porque han entendido que el tipo penal existe con independencia de que la víctima estuviera viva o hubiera fallecido. Pero tal duda únicamente puede resolverse a favor del reo.

Por ello, y conforme a lo expuesto, si la víctima falleció "de forma prácticamente inmediata al golpe", no puede afirmarse que la misma se encontrara en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave, lo que debe llevar a la estimación del recurso absolviendo a D. Agustín del delito de omisión del deber de socorro.

QUINTO.- La estimación del recurso formulado por D. Agustín conlleva la declaración de oficio de las costas procesales de su recurso, de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1) **Estimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de **D. Agustín** , contra la sentencia n.º 115/2020, de 25 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el Rollo de Apelación número 71/2020, que desestimó el recurso y confirmó la sentencia n.º 373/2019 de 25 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ciudad Real, en el Procedimiento Abreviado número 416/2017. Y en su virtud **casamos y anulamos** la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2) **Declarar** de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por D. Agustín .

3) **Comunicar** esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3633/2021

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto la causa con origen en las Diligencias Previas número 341/2016, procedente del Juzgado de Instrucción n.º 3 de DIRECCION000 , seguida por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia y delito de homicidio imprudente contra el hoy recurrente en casación **D. Agustín** , con DNI n.º NUM001 , el Juzgado de lo Penal número 1 de Ciudad real, en el Procedimiento Abreviado n.º 416/2017, dictó sentencia condenatoria el 25 de octubre de 2019, que fue recurrida en apelación y confirmada por sentencia n.º 115/2020 de 25 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el Recurso de Apelación n.º 71/2020, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra sentencia de casación procede absolver al acusado del delito de omisión del deber de socorro por el que venía condenado, declarando de oficio una tercera parte de las costas de la instancia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) **Absolver** al acusado **D. Agustín** del delito de omisión del deber de socorro.

2º) **Declarar** de oficio una tercera parte de las costas de la instancia.

3º) **Mantener** el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA, A LA SENTENCIA NÚM 167/2022 DE FECHA 24 DE FEBRERO DE 2022 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 3633/2021

1.- En coherencia con el voto particular que tuve ocasión de suscribir a la sentencia número 284/2021, de 30 de marzo, cuya línea es seguida en la presente, expreso, también ahora, mi discrepancia con lo resuelto. A mi parecer, el recurso debió ser estimado, solo parcialmente, en la medida en que los hechos que se declaran probados no permiten la construcción normativa de un delito de omisión del deber de socorro consumado. Comparto en esto plenamente la opinión mayoritaria, en el sentido de que, expresado en el *factum* que el fallecimiento de la víctima se produjo "*de forma prácticamente inmediata al golpe o, a lo sumo, en los veinte minutos siguientes*", resulta preceptivo decantarse, en la duda, por la hipótesis que resulta más favorable al acusado: muerte instantánea que impedía ya, objetivamente, toda clase de auxilio eficaz.

2.- Sin embargo, considero, como también lo hice entonces, que debió condenarse al acusado como autor de un delito de omisión del deber de socorro en grado de tentativa. Creo que era ese el criterio tradicionalmente seguido por este Tribunal Supremo, bien es verdad que en resoluciones no particularmente recientes (entre ellas, sentencias de fechas 12 de noviembre de 1979, 17 de octubre de 1980, 5 de diciembre de 1989, 8 de marzo de 1990, 8 de junio de 1992 y 25 de octubre de 1993). Nuestra sentencia de ahora se aparta, con el precedente ya citado y, por descontado de manera razonable, de dicho criterio, sobre la base de un conjunto de argumentos, explicados además con particular precisión. Argumentos que, sin embargo, aunque naturalmente respeto, no comparto.

Si no yerro, las razones que justifican la decisión adoptada serían las siguientes: i) el mero cumplimiento formal de los deberes éticos, sin que los mismos vengan a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos necesitados de especial protección, no merece acogida en el Derecho Penal; ii) tanto si se considera que el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro es la infracción de la solidaridad, –especialmente exigible a quien ha provocado el siniestro–, la vida o la integridad física de la persona desamparada, o ambos a un tiempo; en el caso, ninguna lesión o puesta en peligro pudieron sufrir, habida cuenta de que no existía ninguna persona en peligro manifiesto y grave, al fallecer la persona atropellada de manera instantánea, en los términos que se contienen en el relato de hechos probados; iii) se parte, además, de que la actual redacción del artículo 16 del Código Penal alude expresamente a la necesidad, para que la tentativa resulte punible, de que el sujeto haya dado principio a la ejecución del delito, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado, por lo que, *a contrario sensu*, cuando no resulta posible, objetivamente, que el resultado del delito tenga lugar, la conducta no puede considerarse tentativa (punible).; iv) finalmente, y si se quiere como argumento de cierre o complementario, la conducta aquí enjuiciada resultaría (o podría resultar) constitutiva del delito, ahora contemplado (no entonces), en el artículo 382 bis del Código Penal, que sanciona al conductor que, *fuera de los casos contemplados en el artículo 195*, también voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas. Si el legislador ha considerado la necesidad de sancionar con este nuevo tipo penal (no existente a la fecha de los hechos que ahora se enjuician) esta clase de comportamientos, es porque los mismos –viene a sostenerse –, no estaban "*contemplados en el artículo 195*".

2.- Naturalmente participo de los dos primeros razonamientos, introductorios o vestibulares, relativos a la inconveniencia de residenciar en el derecho penal la persecución de meros incumplimientos formales de deberes éticos, desligados de cualquier clase de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico merecedor de protección. Pero, precisamente, lo que se trata aquí de determinar es si, en efecto, nos encontramos, en el caso, ante uno de esos supuestos. El parecer ampliamente mayoritario de la Sala ofrece al respecto una respuesta afirmativa porque, acreditado que la víctima falleció instantáneamente, tras ser atropellada, no había, por desgracia, persona alguna desamparada y en peligro manifiesto y grave, necesitada de auxilio. Tal vez, vendría a mantenerse implícitamente, el acusado quisiera cometer el delito, pero no podía.

Se centra mi discrepancia en el distinto tratamiento que en tal tesis se administra, en el marco de la conocida como tentativa inidónea, a los supuestos en que su incapacidad efectiva para lesionar el bien jurídico protegido por el delito procede de la inhabilidad de los medios (en cuyo caso este Tribunal Supremo viene afirmando que la tentativa resultaría punible) frente a la que resulta, en cambio, de la falta de idoneidad del objeto, distinción que, aunque acogida también por algún sector de la academia, no goza, creo, en la actualidad de seguimiento mayoritario.

A mi parecer, alineándome con las tesis de un caracterizado sector de la doctrina científica, lo relevante en estos casos es analizar la idoneidad o peligrosidad objetiva de la conducta enjuiciada, valorar si el comportamiento merece calificarse como apto para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (si resulta idóneo), a partir de los elementos concurrentes al tiempo de realizarse aquella (ex ante), con independencia de que ex post se compruebe que ese peligro estaba en realidad excluido, ya fuera porque los medios empleados se revelen como inadecuados para producirlo, ya porque faltara el objeto material de la acción. Lo decisivo, desde el punto de vista que defiendo, es que el sujeto activo y cualquier observador medio que hubiese presenciado el suceso al tiempo de producirse, hubiera concluido que el mismo resultaba "objetivamente" capaz de producir el resultado, en atención a los medios empleados y también a la existencia del objeto. En el caso, se deja establecido en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, que el acusado, después de atropellar a la víctima *"a pesar de ser consciente del atropello al ciclista, para procurar su impunidad, decidió no parar y bajarse del vehículo sino continuar su marcha y abandonar el lugar de los hechos, sin cerciorarse del estado en que se encontraba la persona atropellada, ni si estaba siendo atendida por terceras personas"*. A partir de este relato, consciente el acusado de la existencia del atropello y de sus efectos aparentes, forzosamente hubo de representarse que la víctima se hallaba desamparada y en peligro manifiesto y grave, pese a lo cual resolvió ausentarse cuanto antes del lugar, negándole todo auxilio. Dicha conducta, valorada por él en ese momento, y por cualquier observador que allí hubiera podido hallarse, resultaba objetivamente apta para lesionar el bien jurídico protegido (ya se tratara del deber general de solidaridad especialmente exigible el causante del siniestro; de la vida o de la integridad física de la víctima). Distinto es, naturalmente, el caso del delito putativo (en el que el sujeto cree estar cometiendo un ilícito penal que, en realidad, no existe); o el de la conocida como tentativa irreal o absolutamente inidónea en la que, ya en ese momento, desde una perspectiva ex ante, se pone de manifiesto la falta de capacidad objetiva de la conducta protagonizada por el acusado, --ya fuera por la refulgente inhabilidad de los medios empleados o por la manifiesta ausencia de objeto--, para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Consideran mis compañeros, y es innegable, que después hemos sabido (el acusado, los operadores jurídicos y el conjunto de la sociedad), que al haber fallecido la víctima instantáneamente, ninguna eficacia habría podido ya tener el auxilio que le negó el acusado. Y es que, indudablemente, realizada la valoración ex post, la conducta protagonizada por éste resultaba inane desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos referidos. Pero, en realidad, si bien se mira y desde mi punto de vista, tal conclusión axiológica resulta predicable de toda tentativa. Después de conocerse, por ejemplo, que el autor ha errado el disparo, llano es concluir, *"va de suyo"*, que el mismo carecía, por el modo en que se ejecutó, de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídico. Una vez conocido (inidoneidad del medio empleado) que el arma, pese a creer lo contrario el acusado, no se encontraba cargada, fluye con naturalidad la ineptitud de la conducta para producir la muerte o para lesionar; e igualmente, una vez revelado que la víctima falleció instantáneamente, concluimos que cualquier auxilio que el acusado, o un tercero, hubiera podido prestar (y que deliberadamente omitió) de nada hubiera servido. En todos estos supuestos, --no así en los casos de tentativa absolutamente inidónea o irreal--, "descubrimos", efectuada la valoración ex post, que los actos realizados por el autor no resultaban *objetivamente* aptos para producir el resultado (ya fuera porque no se ejecutaron con eficacia; porque el arma estuviera descargada; o porque la víctima hubiera fallecido de forma instantánea). Es por eso, en mi opinión, que, en estos casos, el delito se intenta, valorado ex ante, de un modo que objetivamente resulta apto para provocar la lesión del bien jurídico (desvalor de la acción); aunque, tras la comprobación ex post, observamos que no llega a consumarse (desvalor del resultado).

Y una cosa final: la incorporación reciente (ley orgánica 2/2019, de 1 de marzo) del artículo 382 bis, no creo que resulte decisiva en ningún sentido respecto de la cuestión acerca de la que discutimos ahora. En primer lugar, porque, como es obvio, el mismo no contempla únicamente la conducta del conductor que abandona el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que falleciera otra persona, sino que también se refiere a que la víctima hubiera sufrido lesiones de cierta entidad. Pero, eso sí, exige que el abandono del lugar se produzca en condiciones tales que la víctima no se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave (*"fuera de los casos contemplados en el artículo 195"*). Y, además, porque el nuevo precepto establece, para el caso de que los hechos tuvieron su origen en una acción imprudente del conductor, la misma pena privativa de libertad contemplada en el artículo 195 del Código Penal para la omisión del deber de socorro, --además de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años--, es decir, una pena superior a la que correspondería imponer en el caso de que éste último delito, como yo creo que sucedió en el supuesto que enjuiciamos, hubiera sido cometido en grado de tentativa. A lo más, podría entenderse (y tampoco creo que esto resulte exacto, aunque, por razones obvias, no me extenderé ahora en ello), que el legislador ha querido agravar la responsabilidad criminal de conductas como la aquí enjuiciada; pero no, al menos no necesariamente, que haya pretendido colmar ninguna suerte de "laguna legal".



En definitiva, a mi parecer, el acusado, plenamente consciente de que acababa de atropellar a un ciclista, en las condiciones y circunstancias referidas en el relato de hechos probados, y contemplando necesariamente por ello la alta probabilidad de que se hallara, además de desamparado, en peligro manifiesto y grave para su vida, resolvió ausentarse del lugar sin brindar a la víctima ninguna clase de auxilio. Intento cometer un delito de omisión del deber de socorro, que no llegó a consumarse como consecuencia de que, fatalmente, la víctima falleció de manera instantánea.

Por esto, considero que debió ser estimado, solo parcialmente, el motivo de impugnación, manteniéndose la condena del acusado como autor de un delito de omisión del deber de socorro, pero en grado de tentativa, con la correlativa imposición de las penas de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial por ese mismo tiempo del derecho al sufragio pasivo.

EXCMO. SR. LEOPOLDO PUENTE SEGURA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ