
Deberes extrapenales con efectos penales: el tipo de omisión del deber de perseguir delitos (art. 408 CP) y la obligación de dedicación permanente de los agentes policiales¹

EXTRA-CRIMINAL DUTIES WITH CRIMINAL EFFECTS: THE TYPE OF OMISSION OF THE DUTY TO PROSECUTE CRIMES (ART. 408 CP) AND THE OBLIGATION OF PERMANENT DEDICATION OF POLICE OFFICERS

TERESA GARCÍA FERNÁNDEZ

*Investigadora predoctoral FPU en la Universidad de Valencia
Valencia (Comunidad Valenciana)
España*

*Recepción 12 de septiembre de 2025 – Aceptación 16 de septiembre de 2025
Teresa.garcia-fernandez@uv.es*

RESUMEN: El presente trabajo analiza críticamente y cuestiona la interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 408 CP que promueve la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo de omisión del deber de perseguir delitos. Este precepto extrapenal establece la dedicación permanente de los agentes policiales de actuar «en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». Su vinculación con el art. 408 CP provoca una desigualdad de trato punitiva, ya que de la misma se desprende que los agentes policiales deben perseguir delitos en todo momento, a diferencia de otros sujetos admitidos por el tipo, como jueces o fiscales.

¹ El presente trabajo 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.

PALABRAS CLAVE: omisión del deber de perseguir delitos, fuerzas y cuerpos de seguridad, dedicación permanente, *notitia criminis*, seguridad ciudadana.

ABSTRACT: This paper critically analyses and questions the doctrinal and jurisprudential interpretation of Article 408 of the Criminal Code, which promotes the application of Article 5.4 of the LOFCS to the type of omission of the duty to prosecute crimes. This extra-criminal provision establishes the permanent dedication of police officers to act 'in defence of the law and public safety.' Its link to Article 408 of the Criminal Code causes unequal treatment in terms of punishment, since it implies that police officers must prosecute crimes at all times, unlike other subjects admitted by the type, such as judges or prosecutors.

KEYWORDS: failure to prosecute crimes, law enforcement authorities, permanent dedication, *notitia criminis*, public safety.

I. Introducción. La toma de conocimiento de la *notitia criminis* y su relación con la cláusula típica «faltando a la obligación de su cargo»

A través del art. 408 CP se castiga con pena de inhabilitación especial de seis meses a dos años a aquella autoridad o funcionario público 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. La doctrina, en general, ha prestado poca atención al presente tipo penal, así como a las múltiples problemáticas que este plantea. De entre todas, pretendemos centrarnos aquí únicamente en una de ellas. Más en concreto, buscamos cuestionar la aplicación acrítica y automática, avalada por la doctrina y la jurisprudencia, del art. 5.4 de la Ley Orgánica de 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS) al delito que nos ocupa, pues, como enseguida se verá, la misma justifica una desigualdad de trato penal en relación con los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, frente al resto de funcionarios que pueden incurrir en el art. 408 CP.

Con el fin de introducir la anterior cuestión, debemos comenzar explicando que de la redacción del art. 408 CP se deduce que parte de la situación típica generadora del deber de promover la persecución de los delitos consiste en que, una vez perpetrado un delito, la noticia de su comisión llegue al funcionario público encargado de perseguirlo mientras este se halla en el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, el sujeto activo tiene que haber conocido, por alguna vía y en el ejercicio de sus funciones, la comisión de un delito por parte de un tercero, esto es, la *notitia criminis* del delito que luego decide no perseguir.

A este respecto, y si bien la expresión típica «faltando a la obligación de su cargo» que aparece en el presente tipo penal conlleva la restricción del círculo de sujetos activos del tipo a aquellos funcionarios que cuentan, entre las tareas específicas inherentes a su cargo público, con la de promover la persecución de los delitos, lo cierto es que, a la citada cláusula típica no se le asocia, únicamente, tal función delimitadora de los sujetos activos. Por el contrario, además, tanto doctrina como jurisprudencia le atribuyen una segunda finalidad, resultante de vincular las expresiones «faltando a la

obligación de su cargo» y «de que tenga noticia». En efecto, al conectar el significado de ambas cláusulas se concluye que el conocimiento del hecho indiciario de delito cuya persecución se omite se debe obtener en el ejercicio de las funciones derivadas del empleo o cargo público que desempeña el omitente, atendiendo a la normativa que regule sus competencias². Es decir, que la *notitia criminis* ha de ser conocida por el funcionario omitente en el ejercicio de sus funciones³.

Esta interpretación no debe extrañarnos, pues, al fin y al cabo, es la que presenta mayor coherencia con la estructura del propio delito. Indudablemente, y sin ánimo de pronunciarnos en este trabajo sobre la clase de omisión típica presente en el art. 408 CP, es notorio que la posición de garantía del sujeto activo cobra en tal ilícito un papel prevalente. Posición que, evidentemente, solo permanece activa mientras está vigente la propia obligación del funcionario público de promover la persecución de los delitos. Fuera de la misma, esto es, cuando el funcionario no se encuentra ejerciendo sus funciones y delinque, lo hace en calidad de particular, no de servidor público especialmente vinculado a la Administración, y, por tanto, el trato punitivo que merecerá este será precisamente ese, el de un mero particular.

II. Análisis de la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria: la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo de omisión del deber de perseguir delitos

El aparentemente pacífico criterio general, en virtud del cual solo surge el deber de promover la persecución de delitos si el funcionario público se entera de la comisión del delito mientras ejerce sus funciones, se trunca cuando de miembros de la policía judicial se trata. La jurisprudencia aduce

-
- 2 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*, obra colectiva, director Francisco Javier Álvarez García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 169.
 - 3 También en el plano jurisprudencial se han entendido las expresiones típicas «faltando a la obligación de su cargo» y «de que tenga noticia» de modo que el sujeto activo deba haber tenido conocimiento del hecho delictivo estando en el ejercicio de su cargo. De hecho, en su ATS de 21 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7055A), el Tribunal Supremo archivó la causa dirigida contra un juez de instrucción de la Audiencia Nacional amparándose en que «los hechos de los que se enteró y no persiguió no lo fueron en el ejercicio de sus funciones», sino en el curso de conversaciones personales. No obstante, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia recaída en torno al tipo penal del art. 408 CP es, a menudo, contradictoria, pese a provenir del mismo órgano judicial. Prueba de ello es que en el mismo año en el que se emitió la resolución judicial a la que se acaba de hacer referencia, se dictó también la STS 846/1998, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:1998:4020), F.J. 2.º, en la cual el Tribunal Supremo aseveró que: «el sujeto activo de la infracción solo puede ser el funcionario público o autoridad que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución del delito y de sus responsabilidades, bien entendido que no es necesario que los hechos delictivos se produzcan con ocasión del desempeño de sus funciones por cuanto que también deberá apreciarse el tipo penal del artículo 408 cuando se cometa fuera de las horas de servicio propias del funcionario de que se trate».

que, en el caso de los agentes policiales, resulta indiferente que la toma de conocimiento de la *notitia criminis* se haga fuera de las horas de servicio y que tal conclusión ni siquiera supone una excepción al mencionado criterio general, puesto que del texto del art. 5.4 LOFCS se deduce que estos se hallan permanentemente de servicio⁴. Este precepto dispone que tales agentes «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

De este modo, la lectura del art. 5.4 LOFCS lleva a la jurisprudencia a considerar que la particular configuración de la profesión policial que en aquel se establece determina que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad tengan una obligación permanente de perseguir los delitos y, en consecuencia, una suerte de posición de garantía perpetua. Ahora bien, semejante razonamiento conlleva, a nuestro parecer, una aplicación acritica del art. 5.4 LOFCS a la parte especial del Código penal y, en concreto, al tipo penal del art. 408 CP, que, no solo desatiende el fundamento originario de aquella, sino que, además, creemos que confunde el ámbito típico del delito de omisión del deber de perseguir delitos con el propio de los tipos penales de omisión del deber de evitarlos o impedir su consumación.

Sin embargo, a pesar de los problemas que el reconocimiento de efectos penales del art. 5.4 LOFCS puede plantear (y a los que enseguida nos referiremos con más detenimiento), lo cierto es que la doctrina ha tendido a asumir como propia la tesis jurisprudencial expuesta. Así, se ha afirmado que, efectivamente, su redacción obliga a entender que, dado que el agente policial siempre está de servicio, esté o no en sus horas y su lugar de trabajo, resulta indiferente cuándo haya conocido la *notitia criminis*, pues su deber de actuar en favor de la persecución de los delitos permanece siempre⁵. Sin embargo, y pese a la asunción doctrinal generalizada de la descrita postura jurisper-

-
- 4 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. 13, analiza las consecuencias que tiene el reconocimiento de efectos penales al art. 5.4 LOFCS por parte de la jurisprudencia y pone de manifiesto que tal tendencia no se produce de forma aislada, sino que afecta al conjunto del Código: «el propio Tribunal Supremo ha reconocido la conformidad a Derecho de hechos típicos en cumplimiento de un deber, por lo tanto, jurídicamente obligatorios, llevados a cabo por un agente de policía franco de servicio (...) No es de extrañar, pues, que el Tribunal Supremo español tampoco advierta en el hecho de estar franco de servicio razón de peso para condenar a quien lo agrede por el delito de atentado a la autoridad (art. 550 CP)». En el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS, V., «Uso de la fuerza y trato incorrecto en las actuaciones policiales en defensa de la seguridad ciudadana y el orden público», en *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, obra colectiva, directores Vicenta Cervelló Donderis, Francisco Antón Barberá, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 167, quien, sin embargo, apunta que «otras veces la Jurisprudencia, como es el caso de la STS 14.5.1998 (R. 3202), es más restrictiva al exigir que el agente obre en el ejercicio de un cometido específico, lo que implica que no baste con que el agente se encuentre de servicio, uniformado y con vehículo oficial sino que actúe dentro de sus funciones específicas, con un concepto funcional que refuerza las exigencias de legitimidad para los casos en los que está fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia».
- 5 ORTOS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, obra colectiva, director José Luis González Cussac, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 346; CÓRDOBA RODA, J., «Arts. 404 a 445», en *Comentarios al Código Pe-*

dencial, se alzan algunas voces que proponen matizar la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo penal que nos ocupa o, incluso, rechazarla.

En particular, GÓMEZ TOMILLO critica el efecto de desigualdad derivado de la puesta en relación entre los arts. 5.4 LOFCS y 408 CP, y, tras partir de que el tipo penal que nos ocupa «sólo tiene eficacia cuando el profesional se encuentra en el ejercicio de su cargo», concluye que el criterio proclive a la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo de omisión del deber de perseguir delitos «generaría desigualdad con otros funcionarios a los que no se les exige tanto, al tiempo que el incumplimiento de tal deber es más propio de una infracción disciplinaria que penal»⁶.

Igualmente, con el fin de evitar una interpretación demasiado extensa del art 5.4 LOFCS en la presente materia, TORRES FERNÁNDEZ entiende que la obligación de actuar que incumbe a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no alcanza a todas las funciones posibles propias de su cargo, sino solo a las que realicen «en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». Esto, para la presente autora, significa que tal deber de actuar surgirá únicamente ante la constatación de un peligro para personas y bienes, y que precisamente se pretende evitar, cuando las circunstancias no permitan demora alguna en la actuación y frustren la eficacia de cualquier intervención posterior⁷.

Ahora bien, debemos señalar que el comentario de la citada penalista se cohonesto con la tesis minoritaria defendida por la misma con respecto al ámbito típico del art. 408 CP, en virtud de la cual, el verbo típico de este no abarca exclusivamente la labor de persecución delictiva en sentido estricto, sino también, de manera laxa, la de prevención o evitación de delitos⁸. Es menester tener en consideración este matiz, puesto que, acto seguido, la propia penalista indica que la vigencia

nal. Parte Especial, Tomo II, obra colectiva, directores Juan Córdoba Roda, Mercedes García Arán, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1306; 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. 24.

- 6 GÓMEZ TOMILLO, M., «Capítulo II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos», en *Comentarios al Código Penal*, obra colectiva, director Manuel Gómez Tomillo, Lex nova, Valladolid, 2011, pág. 1551. Por su parte, REBOLLO VARGAS, R., «La omisión...», ob. cit., pág. 24, aunque, en principio, apoya la tesis jurisprudencial que reconoce efectos penales al art. 5.4 LOFCS, sin embargo, termina limitando el alcance de la misma, indicando que solo puede entenderse que los agentes policiales están permanentemente de servicio y deben actuar siempre cuando se trata de miembros del cuerpo nacional de policía o de la guardia civil, no siendo tan clara esta conclusión para los agentes de las policías locales o autonómicas. Ello debido a que —como continúa señalando— aunque la propia LOFCS reconozca la vigencia del art. 5.4 LOFCS también para estos últimos, lo cierto es que la competencia territorial de unos y otros se limita bien al municipio bien a la comunidad autónoma propia. Por todo ello, concluye que, fuera de su ámbito territorial competencial, los agentes de las policías locales y autonómicas responderán, en caso de abstenerse de promover la persecución de un delito, como meros particulares.
- 7 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.
- 8 En efecto, para TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Ibid.*, pág. 1776, «perseguir» e «impedir» o «evitar» constituyen meros sinónimos, de forma que la expresión «persecución de los delitos» engloba también «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». Consecuentemente, el tipo de omisión del deber de perseguir delitos es concebido por ella como un tipo subsidiario con respecto al art. 412.3 CP.

del art. 5.4 LOFCS, en los términos referidos que la vinculan al mantenimiento de la seguridad ciudadana, se enlaza únicamente con la función de prevención de delitos. Fuera de esta, asevera que: «no puede deducirse un deber de actuar, en todo momento, de cualquier funcionario implicado en las tareas de investigación o de su persecución, sino que ese deber ha de entenderse limitado, con carácter general, a perseguir los delitos de los que se tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones».

III. Valoración crítica de las voces disidentes con el tenor doctrinal dominante

Como se ha visto, son más bien escasas las críticas vertidas frente a la postura de origen jurisprudencial que sostiene el carácter vinculante del art. 5.4 LOFCS sobre el tipo penal de omisión del deber de perseguir delitos. E incluso las dos críticas expuestas se caracterizan por la heterogeneidad de sus fundamentos, siendo el único denominador común a ellas la voluntad de limitar la aplicación de aquel precepto extrapenal al art. 408 CP. Dadas las diferencias que presentan, creemos conveniente analizar pormenorizadamente ambas propuestas doctrinales aludidas.

Para empezar, GÓMEZ TOMILLO motiva su rechazo a la tesis descrita en el hecho de que la misma tendría un efecto de desigualdad injustificado e intolerable sobre los agentes policiales frente al resto de funcionarios que pueden cometer el art. 408 CP, conclusión con la que ya adelantamos que estamos de acuerdo. La desigualdad denunciada por el citado autor sí se produce, pues la concepción del cargo policial como permanente en lo que respecta a su deber de promover la persecución de delitos determina un trato jurídico-penal más gravoso cuando el funcionario omitente pertenece a las fuerzas y cuerpos de seguridad, esto es: a la policía nacional, a la guardia civil, así como también a la policía local (arts. 2.c y 52 LOFCS en relación con el art. 5.4 LOFCS) y autonómica (arts. 2.b y 40 LOFCS en relación con el art. 5.4 LOFCS). Sujetos, todos ellos, que a su vez integran la policía judicial, encargada de las labores de averiguación de los delitos y de descubrimiento y aseguramiento de sus delinquentes (art. 547 LOPJ⁹ y art. 282 LECrim¹⁰).

9 Art. 547 LOPJ: «La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delinquentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias».

10 Art. 282 LECrim: «La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delinquentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere

Evidentemente, no quiere decir el citado autor que el art. 5.4 LOFCS sea, en sí mismo, discriminatorio o, siquiera ilógico, ni que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estén en peor situación que el resto de los funcionarios públicos existentes por razón del mismo. Tal precepto, como ya se dijo, simplemente pone de manifiesto una diferente configuración de la profesión policial adaptada a las funciones atribuidas a esta, así como a las necesidades especiales derivadas de la misma¹¹. Lo que denuncia GÓMEZ TOMILLO es el ilógico efecto resultante de aplicar dicho art. 5.4 LOFCS al art. 408 CP, que sí coloca en peor condición injustificadamente a los funcionarios policiales con respecto al resto de sujetos activos que admite el tipo penal del art. 408 CP, por los motivos que enseguida se señalarán.

Asimismo, TORRES FERNÁNDEZ aporta a tal denuncia un argumento esencial, al hacer hincapié en la relación que el art. 5.4 LOFCS presenta con las funciones relativas al mantenimiento de la seguridad ciudadana, según el propio texto de la norma. Efectivamente, la dedicación permanente de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad (y en ello ha insistido tanto nuestro Tribunal Constitucional¹² como el Tribunal Supremo), no implica que estos estén siempre de servicio. Más bien, como se invocó en el considerando 5.º de la pionera STS de 11 de junio de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:4419): «ese supuesto servicio permanente ha de entenderse como larvado, latente, expectante, y, en suma, inexistente, en tanto en cuanto una situación conflictiva de las previstas en la ya calendada Ley no le obligue a intervenir, por otra, que se emplean en el mismo precepto, y es en ese, y a partir de ese momento, cuando están en servicio real y efectivo». O, como apunta sintéticamente BARCELONA LLOP: «no se está siempre de servicio permanente, simplemente se actualiza la situación cuando concurren las circunstancias determinadas por la norma. Y si tal no sucede, el funcionario de policía que comete un hecho delictivo (...) actúa bajo la condición de un simple particular. Del mismo modo que lo hacen todos los demás profesionales»¹³.

al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial».

- 11 Sobre el alcance del art. 5.4 LOFCS, en el plano doctrinal, es obligatoria la referencia a BARCELONA LLOP, J., «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, 1993, págs. 51-134. Del mismo autor, BARCELONA LLOP, J., «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 333-392; «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 48, 1996, págs. 81-118. En dichos trabajos, el citado autor hace un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a la extensión que debe darse al mencionado art. 5.4 LOFCS, el cual le lleva a concluir que (*Ibid.*, pág. 100): «el criterio de la jurisprudencia de la Sala 2.º es, pues, bastante claro: sólo cabe apreciar la operatividad de la situación de servicio permanente cuando el policía, franco del ordinario, actúa en cumplimiento de las misiones encomendadas a las fuerzas de seguridad en virtud de su obligación legal de intervenir en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio, en defensa de la ley y en garantía de la seguridad ciudadana. Cuando tal ocurre, el agente actúa como si estuviera de servicio ordinario, con una fundamental consecuencia: la eventual antijuridicidad de su conducta podrá quedar excluida por aplicación de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber».
- 12 Al respecto, la STC 234/1991, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TC:1991:234), contiene una escueta mención en su fundamento jurídico 2.º.
- 13 BARCELONA LLOP, J., «Policía de seguridad...», *ob. cit.*, pág. 108.

Las anteriores declaraciones nos sirven para poner de manifiesto algo sumamente relevante: que no podemos ignorar el verdadero sentido del art. 5.4 LOFCS y las razones por las que este establece en nuestro ordenamiento jurídico que la profesión policial tenga carácter permanente. En otras palabras, debemos delimitar con precisión, de acuerdo con los razonamientos de nuestra doctrina y jurisprudencia, la *ratio* de aquel precepto, pues solo a partir de la misma podremos también concluir a cuáles de las múltiples funciones otorgadas al cuerpo policial afecta, ya que, como podrá evidenciarse, no en todas tiene sentido una aplicación automática del art. 5.4 LOFCS¹⁴, mucho menos aún si ello deriva en efectos penales.

Desgraciadamente, debemos advertir ya que no han sido demasiados los intentos de fundamentar teóricamente por qué se configura la profesión policial de manera perpetua, más allá de una referencia genérica y abstracta al especial deber patriótico de sus miembros¹⁵. Mientras que sí es profusa la doctrina y jurisprudencia vertida acerca del alcance que debe reconocérsele al art. 5.4 LOFCS, únicamente se atisban algunos intentos, bastante problemáticos en sus resultados, de aproximarse a la cuestión de su fundamento en sede de responsabilidad civil subsidiaria del estado en relación con delitos cometidos por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que se encontraban fuera de servicio como resultado de su empleo de las armas reglamentarias.

En efecto, en resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo acerca de esta materia se sugiere que la dedicación permanente de todo agente policial se erige como una suerte de derecho-deber: derecho a poder actuar para autoprotegerse de ataques por su condición policial en cualquier momento, al partirse de la presunción de que su integridad corre peligro permanentemente, lo que a su vez conlleva el beneficio de poder portar sus armas en todo momento, extensible al menos para los funcionarios de la guardia civil y la policía nacional; y deber de intervenir (máxime cuando el sujeto tiene permiso para portar consigo sus armas) en favor de la ciudadanía siempre que esta se encuentre en peligro. Así parece razonarse en el «Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 17-7-2002 sobre el artículo 121 del Código penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado» y en las SSTs 1161/2003, de 19 de septiembre, F.J. 2.º (ECLI:ES:TS:2003:5572); 61/2013, de 7 de febrero, F.J. 12.º (ECLI:ES:TS:2003:5572); 514/2016, de 13 de junio, F.J. 4.º, (ECLI:ES:TS:2016:2719). Puede apreciarse, de este modo, una tendencia (ciertamente algo confusa y no acompañada de una argumentación clara) a relacionar la razón de ser del art. 5.4 LOFCS con la obligación de intervenir para disipar peligros que pueden afectar a las personas y sus bienes.

IV. Toma de posición

Todo lo dispuesto en el apartado anterior, nos lleva a suscribir, en este punto, las palabras de TORRES FERNÁNDEZ, referentes a que la obligación de actuar fuera de servicio que incumbe a los miem-

14 Y esta es, a nuestro parecer, la clave de la crítica efectuada también por Gómez Tomillo a la postura jurisprudencial que venimos exponiendo, que parece partir del sin sentido (así como del efecto injustificado de trato más gravoso) de aplicar el art. 5.4 LOFCS a la función pública de promover la persecución de delitos.

15 ACOSTA GALLO, P., *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 84, señala que el concepto de dedicación profesional o servicio permanente «es muestra de su especial relación con la comunidad y con el Estado».

bros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no alcanza a todas las funciones posibles propias de su cargo, sino solo a aquellas que deban llevar a cabo para procurar la defensa de la seguridad ciudadana, de acuerdo con la noción de esta que deriva del art. 104.1 CE¹⁶. Estamos de acuerdo, entonces, con su apreciación acerca de que el sentido del texto es simplemente el de que los agentes entren automáticamente de servicio cuando observen una situación de peligro para la seguridad ciudadana¹⁷, que a su vez se concretaría en un deber de dedicación plena para la protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas¹⁸. Por consiguiente, dado que a las fuerzas policiales les compete el mantenimiento de la seguridad ciudadana, pero también otras misiones no relacionadas inmediatamente con esta, sino, por ejemplo, con la preservación del orden público¹⁹, sería esta una propuesta limitadora del alcance (como mínimo, jurídico-penal) del art. 5.4 LOFCS que nos parece muy razonable.

-
- 16 Art. 104.1 CE: «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». Acerca de este precepto, es de sumo interés el estudio realizado en BARCELONA LLOP, J., *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.
- 17 TORRES FERNÁNDEZ, M.E., «Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995», en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 1, 1999, pág. 48. Es por ello por lo que la citada autora concluye, en relación con la consideración de los agentes policiales como sujetos pasivos del delito de atentado que: «una lectura apresurada de tal precepto pudiera inducir a pensar que los agentes de la autoridad se hallan permanentemente en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, no sucede así, sino que los miembros de los Cuerpos de Seguridad sólo ejercen sus funciones durante el curso de su jornada laboral o turno de trabajo, y cualquier ataque contra ellos dirigido fuera de ese periodo de tiempo sólo será constitutivo de atentado si tiene su causa en el ejercicio de esa actividad, pasada o futura, quedando en ese caso comprendido dentro de la modalidad de “con ocasión del ejercicio de sus funciones”. Pero la duda surge en ciertos supuestos, en los que aun cuando el agente de la autoridad esté fuera de servicio, está obligado a ejercer sus funciones, en los supuestos legalmente previstos, para defender la Ley y la seguridad ciudadana. En esos casos, cuando estando fuera de servicio, el agente se encuentre ante una situación de riesgo para la seguridad ciudadana, que le obligue a intervenir, entra de nuevo en el ejercicio de sus funciones, y un ataque dirigido a él en esas circunstancias sería realizado en el ejercicio de sus funciones y por tanto constitutivo de atentado».
- 18 TORRES FERNÁNDEZ, M.E., «Los delitos de atentado...», ob. cit., págs. 48-50: «desórdenes públicos, seguridad ciudadana equivaldría a la protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas». También, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 27, 1990, pág. 24. En sentido similar, 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, el cual define «seguridad ciudadana» como «aquella prestación-obligación pública que está dirigida a evitar o perseguir delitos o males para las personas por la autoridad o funcionario público que tenga encomendada esta competencia, dependientes de una Administración Pública».
- 19 Con respecto al cual, y aunque se han pronunciado numerosos autores, suscribimos aquí la propuesta de delimitación del concepto jurídico-penal de «orden público» que sugieren PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)», en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, obra colectiva, director Diego Manuel Luzón Peña, La Ley, Madrid, 2017, págs. 911-986; y COLOMER BEA, D., *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant Lo Blanch, 2021, pág. 59. En virtud de dicha definición, el orden público aludiría al «uso o disfrute

Es esta una tesis, no obstante, a la que se pueden formular muchas (y justificadas) críticas, empezando por la de que el art. 5.4 LOFCS no limita su ámbito de operatividad al mantenimiento de la seguridad ciudadana, sino también a aquellas misiones policiales relacionadas con la «defensa de la Ley». Sin embargo, como quiera que esta segunda misión podría entenderse como fuente de la obligación de los agentes policiales de actuar en todo momento con respecto al total de sus tareas asignadas (al fin y al cabo, todas ellas, como las de cualquier otro funcionario, están relacionadas, en última instancia, con preservar la observancia de la legalidad), y es, por consiguiente, una declaración mucho más genérica que la que vincula la dedicación permanente del policía a la defensa de la seguridad ciudadana, no creemos que sea apta para constituir base suficiente de responsabilidad penal.

En otras palabras, para castigar penalmente al funcionario policial que omita el cumplimiento de deberes de evitación o de persecución delictiva fuera de servicio, debe exigirse, a nuestro modo de ver, que a tal omisión o dejación de funciones le preceda una situación de peligro activo para los bienes o las personas (concepto de «seguridad ciudadana» al que aquí nos acogemos). De este modo, a lo sumo, podría plantearse, si bien de forma dudosa, que los meros incumplimientos de la ley por parte de los agentes policiales que estuvieran francos de servicio fueran sancionados por vía disciplinaria (en relación con la cual, podría hacerse una interpretación más literal del art. 5.4 LOFCS que admitiese su mayor fuerza expansiva), pero desde luego, no que fueran castigados a través de los delitos de los arts. 412.3 CP²⁰ y 408 CP. Baste decir que no se trata, evidentemente, de la única tesis correcta que puede ser defendida al aproximarse a esta materia. Si nos decantamos por la misma, a pesar de sus defectos, es por dos motivos:

En primer lugar, porque entendemos que es la más respetuosa con el principio *pro libertate*. En efecto, cuando se estudia el impacto del art. 5.4 LOFCS en el Código penal se aprecia como este produce desde efectos positivos para los agentes policiales²¹, como negativos²². Siendo legítima

de los espacios públicos», significado que es eminentemente distinto del de la «seguridad ciudadana».

20 Art. 412. 3 CP. «La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años. En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

En el caso del art. 412.3 CP esta tesis coherente mejor con la indicación, por parte de este, de que la denegación de auxilio del funcionario público al particular se produzca con respecto a delitos o males sufridos por este último. Tales «delitos» y «males» constituyen, indudablemente, situaciones de peligro activo para la seguridad ciudadana, puesto que representan un peligro para la indemnidad de las personas y sus bienes.

21 A modo de ejemplo, la justificación de posibles conductas típicas de los mismos en el art. 20.7 CP por entender que aun estando fuera de servicio, actuaron en cumplimiento de su obligación de dedicación permanente, incluso aunque ello hubiera supuesto el empleo de sus armas ajenamente a su jornada de trabajo; o la consideración de los mismos como sujetos pasivos de delito de atentado ex art. 510 CP, aun cuando estaban francos de servicio al sufrir la agresión, aun si no portaban su uniforme.

22 Principalmente consistentes en el castigo penal por no haber impedido un delito estando fuera de servi-

tal afectación en uno y otro sentido, creemos que estos últimos, por su carácter perjudicial para el funcionario policial, máxime generador de responsabilidad penal, deben ser sujetos a una lógica interpretativa más restrictiva. Y es siguiendo esta lógica que arribamos a la misma conclusión que propone TORRES FERNÁNDEZ: la de que el art. 5.4 LOFCS debe limitar su eficacia jurídico-penal a los escenarios de peligro activo para las personas y sus bienes.

En segundo lugar, una postura como la recién expuesta parece conciliarse mejor con la línea seguida tanto por la doctrina española como por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional²³ en lo que a la delimitación del término «seguridad ciudadana» se refiere, así como en la difícil tarea de deslindarla terminológicamente de otros como «orden público», al mismo tiempo que pretende contribuir a frenar lecturas expansivas de los efectos del art. 5.4 LOFCS en el ordenamiento jurídico-penal.

Es aquí donde cobran mayor sentido las apreciaciones efectuadas por GÓMEZ TOMILLO y TORRES FERNÁNDEZ, relativas al sin sentido de fundamentar la responsabilidad penal del art. 408 CP sobre la base del art. 5.4 LOFCS, es decir, sobre la consideración de que el agente policial, pese a no estar de guardia cuando tuvo conocimiento de la *notitia criminis*, debió haber cumplido con sus deberes de investigar los delitos y de perseguir a sus responsables, pues ambos penalistas consideran que tales tareas no están abarcadas, al menos no con carácter general ni de forma más que indirecta o secundaria, dentro de la *ratio* del art. 5.4 LOFCS, tal y como antes la delimitamos a los efectos de su aplicación al Código penal, destinada a la protección de personas y bienes ante situaciones de peligro.

Sí vienen abarcadas por la *ratio* del art. 5.4 LOFCS, en cambio, los supuestos de dejación de la tarea policial de evitar los delitos y males sufridos por los ciudadanos (art. 11.1, b) y f) LOFCS), especialmente cuando los bienes jurídicos en riesgo por el hecho delictivo de un tercero son los señalados en el art. 450 CP: vida, integridad, libertad y libertad sexual. Semejante conexión con esta función policial, y dado que los ámbitos típicos de esta y de la función pública de perseguir los delitos tienden a confundirse, es la que ha favorecido, desde nuestro punto de vista, la aplicación jurisprudencial del art. 5.4 LOFCS al tipo penal del art. 408 CP, pese a que el ámbito típico de este no está normalmente vinculado más que de forma lejana con la obligación de proteger a las personas y sus bienes. Pues, a nuestro modo de ver, el art. 408 CP se limita a las obligaciones funcionariales de actuar cuando ya se ha consumado la lesión o puesta en peligro sobre la persona o los bienes del

cio, pero, en alguna ocasión, también por no haber realizado actuaciones de investigación o persecución de los ya consumados.

- 23 Esta ha sido definida desde los albores de nuestro actual estado democrático como «actividad dirigida a la protección de las personas y bienes» (seguridad en sentido estricto) y «mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano». Así, en las SSTC 33/1982, de 8 de junio, F.J. 3.º (ECLI:ES:TC:1982:33); 117/1984, de 5 de diciembre, F.J. 4.º (ECLI:ES:TC:1984:117); 123/1984, de 18 de diciembre, F.J. 3.º (ECLI:ES:TC:1984:123); 59/1985, de 6 de mayo, F.J. 2.º (ECLI:ES:TC:1985:59); 104/1989, de 8 de junio, F.J. 3.º (ECLI:ES:TC:1989:104); 235/2001, 13 de diciembre, F.J. 2.º (ECLI:ES:TC:2001:235); 86/2014, de 29 de mayo, F.J. 2.º (ECLI:ES:TC:2014:86); 184/2016, de 3 de noviembre, F.J. 3.º (ECLI:ES:TC:2016:184). Por su parte, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público...», ob. cit., pág. 22, entiende que tal afirmación del Tribunal Constitucional encerraría, en realidad, dos conceptos distintos: «el término orden público referiría a la primera de las funciones, que consistiría en el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, mientras que seguridad ciudadana equivaldría a protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas».

sujeto pasivo. El peligro para la seguridad ciudadana no solo se produjo ya, sino que alcanzó su exitosa consecución, quedando después exclusivamente vigentes las labores relativas a reestabilizar la situación jurídica *post delictum*.

En todo caso, únicamente puede concebirse, a nuestro parecer, un ejemplo con respecto al cual podría plantearse que la no persecución de un delito implica dejar de remover un peligro activo para la seguridad ciudadana, y, por tanto, que rige en su plena eficacia el art. 5.4 LOFCS para fundamentar que, en fin, la posición de garantía del agente policial con respecto a los bienes protegidos en el art. 408 CP, aun no encontrándose en el ejercicio de sus funciones, continuaba vigente.

Nos referimos al escenario (ciertamente dudoso) referente al incumplimiento de la obligación de detención policial de un sujeto, bien para ser investigado (por ejemplo, preso preventivo), bien porque hubiera sido condenado a una pena de prisión (pues igualmente este ha de ser investigado por un delito de quebrantamiento de condena), ya que aquí podría plantearse una mayor relación con la seguridad ciudadana y, además la detención es una tarea estrictamente policial. Eso sí, solo sería posible castigar a través del art. 408 CP la falta de detención policial por parte de un agente que esté fuera de servicio previa valoración de una serie de importantes circunstancias: la posición de garantía del funcionario policial, relacionada con la especial vinculación a la causa de dicho sujeto; así como la peligrosidad de este último para la seguridad ciudadana²⁴.

Por lo demás, en el ejercicio del resto de las funciones *post delictum*, la profesión policial conlleva indudablemente idénticas obligaciones de persecución e investigación que las que pueden regir para otros funcionarios, verbigracia, los judiciales, y por ello, la situación derivada de aquella no difiere de la de estos²⁵. Abona, asimismo, esta interpretación, el hecho de que las sentencias que

-
- 24 Habrá que estar a la previsibilidad *ex ante* de que dicho sujeto, por su situación de libertad antijurídica, pueda ocasionar un peligro para las personas y sus bienes. Por tanto, deberá atenderse al delito por el que fue consumado, al riesgo de reincidencia del individuo fugado, etc. Asimismo, también habrá que atender a la seriedad y calidad informativa de la *notitia criminis* llega al agente policial. Por último, también deberá estimarse que la exigencia de intervención al agente policial no fuera desproporcionada. Verbigracia, no tendrá este la misma capacidad de intervenir de manera directa a detener a la persona si porta con él sus armas o no, aunque, eso sí, podría todavía promover la persecución de ese aparente delito informando (con una simple llamada) a sus compañeros del cuerpo policial que sí estén de servicio para que estos actúen. No obstante, ¿no rige esto también en el caso de que el funcionario que toma conocimiento de la *notitia criminis* fuera de su jornada laboral sea un juez o un fiscal? Y, por ello, ¿no es más conveniente en este caso rechazar la especial posición de garantía del sujeto que requiere el art. 408 CP siendo la consecuencia la atipicidad penal? Pues, ¿en qué se diferencia realmente un policía nacional de un juez en lo que a avisar a sus compañeros de guardia de que puede haberse cometido un delito se refiere? Nos parece más deseable, atendidas estas cuestiones, que la conducta del funcionario policial que ni siquiera hace una llamada para poner en marcha el aparato policial de reacción jurídica tras haber obtenido, fuera del ejercicio de sus funciones, la noticia de un hecho que presenta indicios racionales de delito sea objeto, únicamente, de sanción disciplinaria, pues, como se dijo supra, en esta vía no se descarta que pueda tener sentido entender el art. 5.4 LOFCS de un modo más laxo, dado la mención que este hace a la «defensa de la Ley» como ámbito en el que también rige la obligación policial de dedicación permanente.
- 25 De hecho, el único precedente judicial que hemos conseguido localizar en el que se descartaba la aplicación del art. 408 CP por haber conocido el funcionario la *notitia criminis* del delito consumado fuera de servicio es el ATS de 21 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7055A). En esta resolución se desestima la

suelen citarse como ejemplo de aplicación jurisprudencial del art. 5.4 LOFCS en relación con el tipo de omisión del deber de perseguir delitos o bien no tienen necesidad de recurrir a aquel precepto, habida cuenta de que los hechos indiciariamente delictivos han sido conocidos por el funcionario policial cuando se encontraba de servicio²⁶, o bien se refieren a escenarios en los que el agente descubre la comisión de un delito flagrante por unos sujetos y no interviene para impedir y poner fin al mismo, sino que incluso llega a proponerles embarcarse en otra empresa delictiva junto a él²⁷.

Para acabar, cabe destacar que, recientemente, la STSJ Castilla La Mancha 94/2024, de 30 de octubre, F.J. 2.º (ECLI:ES:TSJCLM:2024:2692), ha razonado de manera similar a lo aquí planteado, obviando hacer, sin embargo, mención alguna acerca del art. 5.4 LOFCS. Así, se trata de un supuesto en el que un agente policial recibe una llamada de una amiga denunciando una agresión por parte de su pareja (amigo a su vez del propio agente), estando fuera de servicio, y se limita a señalarle que vaya al centro de salud y a poner una denuncia. Pues bien, aprecia el señalado tribunal que:

-
- querrela interpuesta contra un juez por no investigar hechos indiciariamente delictivos que llegaron a su conocimiento por medio de conversaciones personales, incluso telefónicas, aseverando el Tribunal que «el art. 408 CP no resulta aplicable al hecho, toda vez que dicha disposición exige que la omisión tenga lugar faltando (el omitente) a la obligación de su cargo. En efecto, el cargo sólo impone que el funcionario o el Juez, en su caso, hayan tenido conocimiento del delito que omiten perseguir en el ejercicio de sus funciones. En el presente caso, por el contrario, se trata de hechos conocidos fuera del desempeño de la función jurisdiccional y, consecuentemente, no afectados por las obligaciones del cargo».
- 26 En efecto, aunque a menudo se cita la STS 846/1998, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:1998:4020), como ejemplo de aplicación jurisprudencial del art. 5.4 LOFCS en relación con el delito de omisión del deber de perseguir delitos, lo cierto es que en ella se castigó por este tipo penal a un agente de policía que sistemáticamente y durante años dejó de tramitar y notificar al juzgado correspondiente múltiples denuncias por pura desidia. Proclama textualmente la sentencia (F.J. 2.º) que se trataba de «denuncias que, aunque no se referían a hechos de gran trascendencia, se dejaban en la oficina sin practicar ninguna clase de diligencia». Se trató, en todo momento, de hechos indiciariamente delictivos cuyo conocimiento llegó al funcionario policial durante sus horas de servicio, por lo que, en puridad, no fue necesario aplicar el art. 5.4 LOFCS. De igual modo, en la STS 801/1998, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:1999:306), —otra resolución frecuentemente citada cuando se estudia la aplicación del art. 5.4 LOFCS al tipo penal del art. 408 CP—, se justifica la condena por omisión del deber de promover la persecución de delitos precisamente en atención a que, si bien no se pudo probar que los funcionarios policiales habían participado de las torturas físicas infligidas a la víctima, sí se dio por acreditado que posteriormente y ya consumados tales malos tratos vieron la deplorable situación en que se hallaba esta y no investigaron lo sucedido ni abrieron diligencias contra los agentes encargados de su interrogatorio (F.J. 11.º). Es decir, de nuevo y por mucho que el Tribunal Supremo se refiera expresamente al art. 5.4 LOFCS, la aplicación de este no se planteaba en el caso enjuiciado, ya que los funcionarios se hallaban de servicio y conocieron la *notitia criminis* estando en el ejercicio de sus funciones.
- 27 Es el caso de la STS de 18 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TS:1999:306), en el cual el funcionario policial «sorprendió a dos personas cuando se estaban apoderando de una caja que contenía latas de conservas que se estaban descargando de un camión (...) y tras detenerlos, esposarlos y llevarlos a un lugar apartado les propuso dejarlos en libertad si esa noche robaban en una empresa situada en un polígono continuo». También, en el mismo sentido, la STS de 2 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4294), que aplicó el art. 359 CP 1973 (antecesor normativo del actual art. 408 CP) para castigar la conducta de un agente de la Policía Nacional que tenía perfecto conocimiento de la existencia y funcionamiento de una red de narcotráfico y que no hizo nada por informar de la misma ni por remover obstáculos a su buen éxito.

«Su abstención de otra conducta como hubiera sido la de abandonar inmediatamente la reunión, comprobar la denuncia y darle curso bien directamente, o bien a un superior como deduce y reprocha la sentencia apelada para iniciar la investigación, no tiene la gravedad de la conducta que castiga el artículo 408 del CP, suponiendo exigir un celo cuya omisión no es objetivo del tipo del injusto (...) Imponer a los agentes de la autoridad como deber en cualquier caso y cualquier circunstancia abandonar toda actividad privada para recibir denuncias o articular los medios para la persecución de todo tipo de hechos delictivos, máxime si no se perpetran en su presencia, reprimiendo penalmente este comportamiento está al margen del objetivo del delito que regula el artículo 408 del CP. Que ello hubiera sido deseable y elogiable no quiere decir que la abstención implique la comisión de un delito».

Pese a la falta de alusión al art. 5.4 LOFCS, la citada sentencia hace una interesante y, a nuestro modo de ver, acertada reflexión en torno a qué actuación resulta proporcionado exigirle a un agente policial franco de servicio en aquellos casos en que no pelagra la seguridad ciudadana, concluyendo que no puede esperarse de los mismos un abandono absoluto de todo lo que están haciendo. No obstante, más allá de esta declaración, la argumentación del Tribunal Superior de Justicia resulta algo confusa²⁸, por cuanto no aclara si, aunque a su parecer no puede exigírsele a un agente policial fuera de servicio que lo deje todo para ir a comisaría a interponer la denuncia, sí cabe requerirle alguna clase de comportamiento menos gravoso, pues, en ese caso, el art. 5.4 LOFCS sí estaría teniéndose en cuenta. En otras palabras, ¿qué habría pasado si el agente policial le hubiera dicho, por ejemplo, que se hallaba en su tiempo libre y que, por ende, estaba ocupado? ¿estaríamos entonces ante una omisión subsumible en el art. 408 CP? En la sentencia tal cuestión permanece irresuelta.

Bibliografía

ACOSTA GALLO, P., *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

BARCELONA LLOP, J., «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, 1993, págs. 51-134.

28 Por un lado, del razonamiento del TSJ parece inferirse tácitamente la aceptación de la eficacia del art. 5.4 LOFCS en el tipo penal que nos ocupa, por cuanto se reconoce que no es dolosa la conducta del agente policial, el cual no reaccionó de manera totalmente pasiva, sino que recomendó a la víctima que acudiera al centro de salud y a comisaría y, además, al día siguiente, estando ya de servicio, informó a su superior jerárquico de lo sucedido. Por consiguiente, el Tribunal no descarta que el hecho de que la omisión del agente se produjera fuera de servicio excluya tajantemente la tipicidad objetiva del art. 408 CP, sino que, partiendo de la presencia de esta, niega la presencia de tipicidad subjetiva. No obstante, por otro lado, en el razonamiento antes citado sí parece deducirse un cierto entendimiento, por parte del Tribunal, de que las omisiones del deber de perseguir delitos que se producen fuera de servicio, si bien son reprochables, no son típicas. Por todo lo cual, insistimos en que la presente resolución judicial, si bien consideramos que sostiene una tesis más acertada que la defendida mayoritariamente por la jurisprudencia, deja todavía demasiados interrogantes abiertos.

«Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, págs. 333-392.

«Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 48, 1996, págs. 81-118.

-*Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 27, 1990, págs. 9-26.

CERVELLÓ DONDERIS, V., «Uso de la fuerza y trato incorrecto en las actuaciones policiales en defensa de la seguridad ciudadana y el orden público», en *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, obra colectiva, directores Vicenta Cervelló Donderis, Francisco Antón Barberá, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 145-184.

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.

COLOMER BEA, D., *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant Lo Blanch, 2021.

CÓRDOBA RODA, J., «Arts. 404 a 445», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, obra colectiva, directores Juan Córdoba Roda, Mercedes García Arán, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 1903-2114.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Capítulo II. Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos», en *Comentarios al Código Penal*, obra colectiva, director Manuel Gómez Tomillo, Lex nova, Valladolid, 2011, págs. 1548-1555.

ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, obra colectiva, director José Luis González Cussac, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 337-360.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)», en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho: Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, obra colectiva, director Diego Manuel Luzón Peña, La Ley, Madrid, 2017, págs. 911-986.

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*, obra colectiva, director Francisco Javier Álvarez García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 171-196.

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, págs. 13-44.

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.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., «Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995», en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 1, 1999.

«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, págs. 1770-1782.