

**EL
DERECHO PENAL
ESPAÑOL**

PARTE GENERAL

Volumen II

Teoría del delito (2)

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Extremadura

**EL
DERECHO PENAL
ESPAÑOL**

PARTE GENERAL

Volumen II

Teoría del delito (2)

DYKINSON

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Joaquín Cuello Contreras
Madrid, 2009

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9849-450-1
Depósito Legal:

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
Tlf. (91) 8551464

ÍNDICE

PRÓLOGO	XXI
ABREVIATURAS	XXV
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	XXVII

XIII. EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN (QUINTA PARTE): EL DELITO INTENTADO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	3
A. La equivocidad de los términos “comienzo de ejecución del delito”	4
<i>a. Comienzo de ejecución de la acción</i>	5
<i>b. Comienzo de ejecución del tipo delictivo</i>	6
B. La equivocidad de los planos objetivo y subjetivo en la determinación del comienzo de ejecución del delito	7
<i>a. La relación objetivo-subjetivo</i>	7
<i>b. La relación subjetivo-subjetivo</i>	9
C. La equivocidad de los planos axiológico y personal en la configuración de la preparación del delito	10
<i>a. La exclusión de los criterios objetivo y subjetivo de delimitación entre la preparación y la tentativa</i>	12
<i>b. La naturaleza de los actos preparatorios punibles</i>	13
D. Conclusión: el <i>iter criminis</i>	15
<i>a. Preparación</i>	17
<i>b. Tentativa</i>	18
a'. Tentativa inacabada	19
b'. Tentativa acabada	20
<i>c. Consumación</i>	21
2. LA TENTATIVA	22
A. Concepto y fundamento	22
B. La normativización de la tentativa	31
C. La cuestión del concepto y el fundamento de la tentativa en la doctrina científica	32

<i>a.</i>	<i>Teorías de la peligrosidad objetiva ex post</i>	33
<i>b.</i>	<i>Teorías a caballo entre la perspectiva ex post y la perspectiva ex ante</i>	38
<i>c.</i>	<i>Teorías de la peligrosidad objetiva ex ante desde una perspectiva interpersonal</i>	39
<i>a'.</i>	Teorías que, además, otorgan relevancia fundamentadora del injusto a la peligrosidad <i>ex post</i>	39
<i>b'.</i>	Teorías que se conforman con esa peligrosidad para fundamentar el injusto	45
<i>d.</i>	<i>Teorías de la peligrosidad objetiva ex ante desde la perspectiva del autor</i>	47
<i>e.</i>	<i>Teorías de la peligrosidad subjetiva</i>	48
<i>f.</i>	<i>La teoría del ataque a la vigencia de la norma común al delito consumado y la tentativa de JAKOBS y su escuela</i>	49
<i>g.</i>	<i>Teorías de la impresión</i>	50
<i>h.</i>	<i>Teorías dualistas</i>	50
<i>i.</i>	<i>Conclusión sobre el fundamento del injusto</i>	51
<i>j.</i>	<i>La SAZaragoza de 24 de mayo 1996 como piedra de toque del debate doctrinal sobre la tentativa (imposible)</i>	51
H.	La naturaleza de la norma reguladora de la tentativa en la PG del CP ..	54
I.	Tentativa idónea y tentativa inidónea	55
F.	La distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico	60
G.	Tentativa inidónea y delito putativo. La tentativa irreal o supersticiosa ...	64
H.	Tentativa acabada y tentativa inacabada	71
I.	La punibilidad de la tentativa	77
J.	El elemento subjetivo del tipo de tentativa	79
<i>a.</i>	<i>En la tentativa inacabada</i>	79
<i>b.</i>	<i>En la tentativa acabada</i>	81
K.	La decisión del hecho punible	81
L.	¿Existe un dolo eventual de tentativa?	83
M.	¿Elemento objetivo del tipo de tentativa?	85
N.	Comienzo de la tentativa y desarrollo del plan del autor	86
Ñ.	La cuestión en la doctrina científica	93
<i>a.</i>	<i>Teorías subjetivas</i>	93
<i>a'.</i>	Teoría de la resolución firme	94
<i>b'.</i>	Teoría de la peligrosidad del autor	94

<i>b.</i>	<i>Teorías objetivas</i>	94
<i>a'</i>	Teoría formal-objetiva	94
<i>b'</i>	Teoría material-objetiva o del peligro objetivo	94
<i>c.</i>	<i>Teorías mixtas</i>	95
<i>a'</i>	Teoría de la impresión	95
<i>b'</i>	Teoría del plan del autor y la ejecución del tipo.....	95
<i>c'</i>	Teoría del plan del autor sobre la ejecución del tipo extensible a los actos inmediatamente anteriores por peligrosos	96
O.	¿Tentativa de la tentativa?	96
P.	La tentativa en la <i>actio libera in causa</i> (remisión)	97
Q.	La tentativa de los tipos cualificados	97
R.	El problema de la producción del resultado en la tentativa inacabada. La consumación prematura	98
S.	El significado de la no producción del resultado en la responsabilidad por tentativa	100
T.	La determinación del momento consumativo. Consumación y agotamiento	101
X.	La atenuación de la pena en la tentativa. Criterios de medición	103
3.	EN EL GOZNE ENTRE LA TENTATIVA Y EL DESISTIMIENTO. INJUSTO PERSONAL, TENTATIVA Y DESISTIMIENTO	112
4.	EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA	119
A.	Concepto y naturaleza	119
B.	Fundamento de impunidad del desistimiento	123
C.	El desistimiento de la tentativa inacabada	125
D.	El desistimiento de la tentativa acabada	134
E.	La voluntad libre del desistimiento	136
F.	El desistimiento del partícipe (incluida la participación intentada). Remisión	143

**XIV. EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN (SEXTA PARTE):
LA INTERVENCIÓN DE VARIOS
EN EL DELITO. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

1.	PANORÁMICA GENERAL	154
2.	LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	158
3.	EL FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA	161

4. EL FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA.....	164
5. EL SUSTRATO ONTOLÓGICO DE LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO	168
6. NORMATIVIZACIÓN DE LA AUTORÍA	170
7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN COMO CRITERIOS DE IMPUTACIÓN. OTRAS FORMAS DE FUNDAMENTAR LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN..	172
8. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN	174
9. LA CUESTIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA.....	175
10. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE PROPIA MANO	189
11. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER.....	191
12. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR.....	193
13. LA NATURALEZA DE LA NORMA REGULADORA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA PG DEL CP	195
14. LA AUTORÍA INMEDIATA (DE PROPIA MANO).....	195
15. LA AUTORÍA MEDIATA.....	201
A. Delimitación conceptual.....	201
B. El tipo de la autoría mediata	205
C. Los elementos que fundamentan específicamente la autoría mediata.....	207
<i>a. El dominio basado en el conocimiento</i>	207
<i>b. El dominio basado en la voluntad</i>	211
<i>c. Supuestos especiales. Especial consideración de los casos de dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder</i>	215
<i>d. El error sobre el dominio</i>	222
<i>e. Comienzo de la tentativa del autor mediato</i>	223
<i>f. Peculiaridades del desistimiento del autor mediato</i>	224
16. LA COAUTORÍA.....	224
A. Delimitación conceptual.....	224
B. El tipo de coautoría	233
C. El comienzo de la tentativa del coautor	246
D. Peculiaridades del desistimiento del coautor	247
E. ¿La cooperación necesaria como forma de coautoría?.....	247
17. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD POR AUTORÍA EN LOS DELITOS Y FALTAS COMETIDOS UTILIZANDO MEDIOS O SOPORTES DE DIFUSIÓN MECÁNICA.....	250

18. LAS ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO	253
A. Los supuestos	253
B. Su fundamentación	256
19. NUEVOS DESAFÍOS DOGMÁTICOS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	259
20. EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DEL PARTÍCIPE. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES	262
21. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA TRADICIONAL.....	267
22. NORMATIVIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN.....	271
23. ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN	276
24. OTRAS FORMAS DE FUNDAMENTAR LA ACCESORIEDAD (INCLUIDA SU NEGACIÓN) DE LA PARTICIPACIÓN	277
25. EL TIPO DE PARTICIPACIÓN	283
A. Tipo objetivo	283
B. Tipo subjetivo	284
C. Participación necesaria	287
D. Participación sucesiva o en cadena	289
E. Peculiaridades del desistimiento del partícipe (remisión)	289
26. LA INDUCCIÓN.....	290
A. Delimitación conceptual	290
B. Tipo objetivo	293
C. Tipo subjetivo	300
<i>a. El dolo de inducción</i>	300
<i>b. Error in objecto y aberratio ictus</i>	302
D. Penalidad	302
27. LA COMPLICIDAD	303
A. Delimitación conceptual	303
B. Tipo objetivo	305
C. Tipo subjetivo	306
D. Modalidades	306
E. Complicidad sucesiva	307
F. Penalidad	307
G. La delimitación entre la complicidad y el encubrimiento y la receptación...	308

28. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN (I). LOS DELITOS QUE CONTIENEN ELEMENTOS ESPECIALES DE LA AUTORÍA.....	309
29. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN (II). LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LA PARTICIPACIÓN	319
A. La conspiración	323
<i>a. Naturaleza jurídica y fundamento de punición</i>	323
<i>b. El tipo de conspiración</i>	324
a'. Los sujetos de la conspiración. Cualidades de la autoría en la conspiración.....	324
b'. La puesta de acuerdo entre los conspiradores para cometer el delito	326
c'. La resolución de cometer el delito por los conspiradores	326
d'. La concreción del delito objeto de la conspiración	327
e'. El dolo de conspiración	328
<i>c. Conspiración e iter criminis</i>	328
a'. Consumación de la conspiración.....	328
b'. Conspiración y comienzo de ejecución del delito	329
c'. Conspiración y consumación del delito.....	329
<i>d. Conspiración y desvío ejecutivo</i>	329
<i>e. El desistimiento del conspirador</i>	330
<i>f. Conspiración y acto preparatorio tipificado</i>	331
B. La proposición	332
<i>a. Naturaleza jurídica y fundamento de punición</i>	332
<i>b. El tipo de proposición</i>	333
a'. La decisión al delito del proponente.....	333
b'. La invitación de terceros al delito	333
c'. La concreción del delito propuesto	334
d'. El desistimiento del proponente	335
<i>c. La proposición lograda o conspiración</i>	335
<i>d. La proposición malograda o simple proposición</i>	335
C. ¿Punibilidad de la tentativa de inducción?	336
<i>a. Discusión doctrinal</i>	336

<i>b. El tipo de la tentativa de inducción</i>	339
D. Provocación y apología del delito.....	340
<i>a. El tipo de la provocación (genuina).....</i>	341
<i>b. El tipo de la apología.....</i>	345
30. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL CÓMPLICE Y EL FAVORECEDOR PERSONAL O REAL EN LOS DELITOS Y FALTAS COMETIDOS EMPLEANDO MEDIOS O SOPORTES DE DIFUSIÓN MECÁNICA (REMISIÓN)	346

XV. EL DELITO IMPRUDENTE

1. INTRODUCCIÓN: FINALIDAD, IMPRUDENCIA E IMPUTACIÓN. DE LA IMPRUDENCIA COMO FORMA DE CULPABILIDAD A LA IMPRUDENCIA COMO TIPO DELICTIVO.....	349
A. Evolución dogmática de la imprudencia	349
B. Reticencias a reconocer un tipo subjetivo de imprudencia	354
C. La imprudencia en la doctrina científica moderna	359
<i>a. La independencia de la imprudencia frente a la culpabilidad</i>	359
<i>b. Engisch.....</i>	360
<i>c. Welzel.....</i>	360
<i>d. Armin Kaufmann.....</i>	361
<i>e. Jakobs.....</i>	362
<i>f. Struensee</i>	363
<i>g. Corcoy Bidasolo.....</i>	363
<i>h. Serrano González de Murillo</i>	364
<i>i. Feijóo Sánchez.....</i>	364
<i>j. Gimbernat Ordeig</i>	365
<i>k. Cobo del Rosal/Vives Antón.....</i>	366
<i>l. Balance</i>	367
D. ¿Infracción del deber de cuidado o tipo subjetivo de imprudencia?.....	367
E. ¿Qué queda del cuidado debido en la imprudencia?	369
F. Imputación objetiva y delito imprudente. Superación de la idea de imprudencia como tipo abierto	370
G. Consecuencias para la distinción entre dolo e imprudencia.....	370
H. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto	372
<i>a. Dolo directo de primer grado o intencionalidad</i>	373

b.	<i>La presencia de la intencionalidad a pesar de la inseguridad del resultado: el caso Thyren</i>	374
c.	<i>La ausencia de dolo en caso de voluntad dirigida a evitar el resultado: caso del experto en artes marciales (STS de 24 de octubre 1994)</i>	377
d.	<i>El dolo eventual: caso del bebé forzado a comer (STS de 24 de noviembre 1995)</i>	379
e.	<i>La temeridad: caso de los militares jóvenes embriagados (STS de 17 de julio 1990)</i>	381
f.	<i>Imprudencia “consciente”</i>	383
g.	<i>Imprudencia “inconsciente”</i>	386
h.	<i>Caso fortuito</i>	388
I.	Significado del elemento subjetivo del delito (doloso e imprudente) en el derecho penal protector de bienes jurídicos	390
J.	¿Imprudencia como delito de peligro abstracto? Causalidad e imputación objetiva en el delito imprudente de resultado	392
2.	DOGMÁTICA DEL DELITO IMPRUDENTE	395
A.	Tipo objetivo	395
a.	<i>El resultado</i>	396
b.	<i>Imputación objetiva en la imprudencia. Ámbito de protección de la norma</i>	397
c.	<i>El tipo de injusto imprudente</i>	403
d.	<i>La infracción del deber de cuidado</i>	404
e.	<i>La relación de antijuricidad</i>	409
B.	Tipo subjetivo	418
C.	Antijuricidad. La justificación del comportamiento imprudente	419
D.	Culpabilidad	421
a.	<i>Error sobre el tipo y error de prohibición en el delito imprudente</i>	421
a’.	<i>Error sobre el tipo en el delito imprudente</i>	421
b’.	<i>Error de prohibición en el delito imprudente</i>	421
b.	<i>Inexigibilidad</i>	422
E.	Formas imperfectas de ejecución	422
F.	Autoría y participación	423
G.	Técnicas de incriminación del delito imprudente: El sistema de <i>numerus clausus</i>	434
H.	Clasificación legal de las imprudencias: grave y leve	436

I. Las relaciones entre la técnica legal de la imprudencia y la técnica de los delitos de peligro (remisión)	438
J. La determinación de la pena en la imprudencia (remisión)	439
K. ¿Qué queda de los delitos cualificados por el resultado? Remisión	439

XVI. EL DELITO DE OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA ACCIÓN EQUIVALENTE COMO FUNDAMENTO DE LA OMISIÓN (IMPROPIA)	443
A. Mandatos y prohibiciones	443
B. El contenido de los mandatos	444
C. La naturaleza axiológica del deber de garante	445
D. El concepto y la naturaleza del concepto de omisión en la doctrina científica española	447
E. Distinción y equiparación entre la acción y la omisión en la teoría del delito	449
<i>a. El concepto de omisión. Teorías</i>	449
<i>b. El desarrollo de la idea de equiparación. Teorías</i>	452
<i>c. Teorías sobre la configuración del deber de garante</i>	453
<i>d. La confluencia de la teoría de la distinción y la teoría de la equiparación a través de la teoría del deber de garante</i>	455
F. ¿Cuándo es equivalente la omisión a la acción?	456
G. La acción equivalente como criterio teleológico de la omisión	459
H. Omisión imprudente	460
I. Consecuencias para el límite de los deberes de garante	461
J. La necesidad de un fundamento institucional para los deberes de garante	464
K. La fundamentación de la omisión en la ciencia penal española	466
L. El fundamento de la omisión. Conclusión	471
M. Elementos comunes y específicos de la omisión propia e impropia	473
N. Causalidad e imputación objetiva en la omisión	473
2. DOGMÁTICA DE LA OMISIÓN (PROPIA E IMPROPIA)	476
A. Prohibiciones y mandatos. Acciones y omisiones	476
B. Omisión	477
C. ¿Causalidad en la omisión?	481
D. ¿Dolo de omitir?	482
E. Clasificación de las omisiones	484

F. El delito de omisión propia	486
G. El delito de omisión impropia o comisión por omisión	488
H. Regulación legal de la omisión impropia	493
I. Cláusula de equiparación	495
J. El deber de garante	497
K. Clasificación de los deberes de garante	500
<i>a. Deberes de control sobre una fuente de peligro</i>	501
a'. Deberes derivados de la creación previa de un peligro a través de la propia persona o de las cosas como su prolongación	501
b'. ¿Deberes de garante por injerencia?	502
c'. Deberes de aseguramiento de que no surjan peligros derivados de lo que antes se hizo	504
d'. ¿Deberes de evitación de comportamientos delictivos de otro?	505
<i>b. Deberes de protección de bienes jurídicos en peligro</i>	505
a'. Posiciones de garante basadas en relaciones familiares de tutela	505
b'. Posiciones de garante basadas en relaciones institucionales orgánicas privadas y públicas	506
c'. Posiciones de garante por asunción de funciones de protección	507
L. El error sobre el propio deber de garante	508
M. La justificación del comportamiento omisivo	509
N. La exigibilidad en la omisión	510
Ñ. Tentativa de omisión. El desistimiento de la omisión	511
O. Autoría y participación en la omisión. Participación por omisión y participación en la omisión	514
P. Omisión imprudente	520
Q. Comisión y omisión simultáneas	521
R. ¿Omisión por comisión?	523

XVII. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD DENTRO DEL MARCO PENAL CORRESPONDIENTE AL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD TÍPICOS

1. TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL	531
A. Regulación legal	531

B. Consideraciones críticas sobre el sistema de determinación de la pena conforme al régimen de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal	534
<i>a. La función del sistema de determinación de la pena</i>	534
<i>b. Problemas del sistema español de determinación de la pena.....</i>	535
<i>c. La naturaleza individualizadora de la norma de determinación de la pena</i>	536
<i>d. Cómo cumple la norma de determinación de la pena su función individualizadora</i>	537
<i>e. El control de la función individualizadora de la norma de determinación de la pena</i>	542
<i>f. Determinación y ejecución de la pena</i>	544
2. LA TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (EN EL MARCO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA) EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA	546
A. Derecho alemán	546
<i>a. Sistemas de medición de la pena</i>	546
<i>b. Los modelos de Zipf y Roxin</i>	547
B. Derecho español.....	548
3. UN NUEVO MODELO DE FUNDAMENTACIÓN DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA Y DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL	560
4. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN PARTICULAR	564
A. Criterios de clasificación de las circunstancias atenuantes y agravantes	564
<i>a. Clasificación de las atenuantes</i>	568
<i>b. Clasificación de las agravantes</i>	569
<i>c. Criterio de distinción de la circunstancia de parentesco como agravante y como atenuante</i>	570
<i>d. La clasificación de las antenuantes y las agravantes en la doctrina científica</i>	571
B. Las atenuantes en particular	572
<i>a. Relacionadas con las eximentes.....</i>	572
<i>a'. Eximentes incompletas (art. 21. 1ª).....</i>	572
<i>a''. Consideraciones generales.....</i>	572
<i>b''. Las eximentes incompletas en particular</i>	574

a ^{'''} . Legítima defensa incompleta	574
b ^{'''} . Estado de necesidad incompleto	575
c ^{'''} . Miedo insuperable.....	576
d ^{'''} . Ejercicio del cargo	577
e ^{'''} . Minoría de edad	577
f ^{'''} . Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio	578
g ^{'''} . Intoxicación por consumo de droga o sustancia y síndrome de abstinencia.....	579
h ^{'''} . Alteraciones de la percepción	579
b'. Relacionadas con eximentes.....	580
a'' Adicción a sustancia	580
b''. Estado pasional	581
b. <i>Relacionadas con el comportamiento postdelictivo</i>	584
a'. Confesión.....	586
b'. Reparación del daño	587
c'. Aspectos comunes a ambas atenuantes	589
c. <i>Relacionadas con los dos bloques anteriores: atenuante por analogía</i>	590
C. Las agravantes en particular	593
a. <i>Alevosía</i>	593
b. <i>Circunstancia que debilite la defensa o facilite la impunidad</i>	598
c. <i>Precio, recompensa o promesa</i>	604
d. <i>Discriminación</i>	606
e. <i>Ensañamiento</i>	609
f. <i>Abuso de confianza</i>	611
g. <i>Prevalimiento del carácter público</i>	613
h. <i>Reincidencia</i>	615
D. La circunstancia mixta de parentesco	622
E. Reglas de aplicación de las penas en función de las circunstancias	624
a. <i>Regla básica de determinación de la pena en atención a la conurrencia de circunstancias</i>	624
b. <i>En función de los delitos ya intrínsecamente circunstanciados o a cuya estructura sea inherente la circunstancia y de la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias concurrentes</i>	627

<i>c.</i>	<i>En función del número de las concurrentes</i>	629
<i>d.</i>	<i>El régimen penal especial de la atenuante muy cualificada</i>	630
<i>e.</i>	<i>El régimen penal especial de las eximentes incompletas</i>	630
<i>f.</i>	<i>Problemas comunes a las dos reglas anteriores</i>	631
F.	La cuestión de la determinación de la pena con base en la concurrencia de circunstancias en la doctrina científica	635
G.	El error sobre las circunstancias modificativas del marco penal (remisión)	636
H.	Comunicabilidad de las circunstancias y aplicabilidad al partícipe	636
I.	El régimen especial de determinación de la pena en el delito imprudente	638
J.	El régimen especial de determinación de la pena en las faltas	639

**XVIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS.
CONCURRENCIA DE NORMAS Y DE DELITOS**

1.	LA FUNCIÓN DE LA NORMATIVA CONCURSAL	643
2.	LA TEORÍA DEL CONCURSO EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA	651
3.	CONCEPTOS CONCURSALES BÁSICOS	657
	A. Unidad y pluralidad de delitos	657
	B. Unidad y pluralidad de acciones	658
	C. La determinación de la pena en los distintos supuestos de concurso	661
4.	LAS DISTINTAS MODALIDADES DEL CONCURSO EN PARTICULAR	663
	A. Unidad de delito	664
	<i>a.</i> <i>Unidad natural de acción</i>	664
	<i>b.</i> <i>Unidad típica de acción</i>	666
	<i>c.</i> <i>Delito continuado</i>	667
	<i>a'.</i> <i>Naturaleza jurídica</i>	667
	<i>b'.</i> <i>Elementos constitutivos</i>	670
	<i>d.</i> <i>Delito masa</i>	674
	B. El concurso de leyes	676
	<i>a.</i> <i>Las reglas del concurso de leyes</i>	677
	<i>a'.</i> <i>Relación de especialidad</i>	678
	<i>b'.</i> <i>Relación de subsidiariedad</i>	678
	<i>c'.</i> <i>Especial consideración de las relaciones concursales entre los tipos básicos y modificados</i>	680

a''). Tentativa del tipo modificado y consumación del tipo básico	680
b''). Realización de varias características de las que convierten al tipo básico en modificado	681
c''). Concurrencia de tipo cualificado y privilegiado	682
d'. Relación de consunción	682
e'. Relación del alternatividad y de exclusión formal, delito "sui generis" y concurso de leyes	683
b. <i>La determinación de la pena en el concurso de leyes</i>	686
C. El concurso ideal de delitos	688
a. <i>Modalidades</i>	688
a'. La relación de homogeneidad y heterogeneidad	688
b'. La relación medio-fin	689
c'. ¿Existe un tipo subjetivo de concurso?	692
b. <i>La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos</i>	692
D. El concurso real de delitos	694
a. <i>Definición</i>	694
b. <i>Función</i>	694
c. <i>Determinación de la pena</i>	695
a'. Criterio	696
b'. Restricciones	696
c'. Ejecución de la pena: cumplimiento íntegro	697
d. <i>Los límites de concurso real: delito conexo</i>	697
5. EL CONCURSO EN EL DELITO IMPRUDENTE	698
6. EL CONCURSO EN EL DELITO DE OMISIÓN	699
7. EL CONCURSO EN LAS FALTAS	700
8. REFLEXIÓN FINAL: LA NATURALEZA DE LA NORMA CONCURSAL. CONSECUENCIAS	700

PRÓLOGO

Con la publicación de este segundo volumen concluyo mi obra EL DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL. A diferencia de lo ocurrido en ediciones anteriores (2ª y 3ª), en las que añadía nuevos capítulos y revisaba los ya publicados, en ésta, por la extensión del material que habría tenido que manejar, además de lo que ello me habría demorado, he optado por elaborar sólo los capítulos de la teoría del delito que me faltaban por exponer. Espero poder presentar en pocos años la edición definitiva de una obra que, como digo, con este volumen doy por concluida.

Los capítulos de la teoría del delito que aquí se abordan, son de una densidad extraordinaria, especialmente los concernientes a la tentativa y la participación, en tanto que los del delito imprudente y de omisión tienen el interés de que por fin ya han cobrado en la ciencia penal española la entidad (en el sentido de haber sido abordados casi todos sus extremos por nuestra doctrina, p. ej., la participación en ellos) que hasta ahora sólo se había alcanzado con el delito doloso de comisión. Los capítulos de las circunstancias y el concurso, en fin, el primero de ellos con el dato añadido de constituir una peculiaridad difícil de encontrar en el derecho comparado, tienen la virtud, además de su rica problemática intrínseca, de obligar a aproximar teoría del delito y teoría de la pena, esencial en una obra como ésta que, por no abordar la teoría de la pena (sencillamente porque las fuerzas de uno no son ilimitadas), no ofrecen otra ocasión para decir algo, lo que es muy importante, sobre cómo ensamblar teoría del delito y teoría de la pena, en el marco de la llamada ciencia total del derecho penal.

Al igual que hice con los capítulos anteriores del volumen primero, he agotado la doctrina recaída sobre la materia estudiada, a veces ingente, lo que da muestra del buen estado de salud de nuestra ciencia penal. Me consta que muchos colegas, sobre todo hispanoamericanos, con dificultades para acceder a la bibliografía española, y jóvenes profesores que comienzan su andadura penalista, encuentran en mi obra una panorámica de cierta amplitud que facilita su iniciación. Los testimonios recibidos estos años en este punto me llenan de satisfacción y me hacen ver que también cumplo con una de nuestras obligaciones como universitarios cual es la de ser transmisores del conocimiento. Creo sinceramente, además, que esa no es una labor menor en materia de ciencias del espí-

ritu; que no se puede crear aquí de espaldas a la tradición en que estamos inmersos. Aunque la moda diga otra cosa.

Respetar y admirar cuanto de interés se ha dicho en las materias abordadas no ha constituido ningún obstáculo, sino todo lo contrario, de cara a perfilar mi propio pensamiento, que he mantenido de principio a fin, espero que sin demasiadas contradicciones. Precisamente los capítulos abordados en este volumen, sobre todo el de la autoría y la participación, dan buena cuenta del debate que se está gestando en la ciencia penal en torno a su normativización, o empeño dogmático por abordar los conceptos penales prescindiendo por completo de consideraciones extranormativas, que sus defensores asocian estrechamente con enfoques prejurídicos, naturalísticos u ontológicos, que durante mucho tiempo fueron decisivos para configurar la teoría del delito. No es de extrañar este giro. Era incluso necesario. Y con toda seguridad dará (está dando ya) buenos frutos en los próximos años. Pero me atrevo a vaticinar y al mismo tiempo aconsejar que cuando el enfoque normativista haya de hilar más fino y enfrentarse incluso a la cuestión sobre cómo formular las normas de cara a los ciudadanos, encontrará un apoyo inestimable en construcciones dogmáticas que ahora desdeña por estimarlas excesivamente teñidas de naturalismo. De ahí mi empeño en comenzar a elaborar una concepción de la teoría del delito a la que designo como lógico-funcional que atiende a la vez a los fines del ordenamiento jurídico, en cuyo ámbito la aportación normativista está siendo y será ingente, pero también al destinatario del ordenamiento jurídico, cuyas capacidades deben ser tenidas en cuenta si se quiere que el ordenamiento sea eficaz, lo que ocurre no sólo cuando alguien lo infringe y da lugar a que se aplique conforme a sus fines (normativos) sino también y sobre todo cuando se respeta porque fue cumplido por los ciudadanos, lo que incluye buenas formulaciones legales, o, lo que es lo mismo, un buen uso de lenguaje común (¿algo quizá demasiado naturalístico para los normativistas?).

Por supuesto que se puede concebir en términos objetivos la tentativa. Ni que decir tiene que se puede construir un tipo de participación como tipo de imputación de responsabilidad propia, no derivada de la del autor. Lo que irrita del normativismo es su animadversión hacia cualquier consideración del elemento subjetivo del delito al que se desdeña por su asociación con el naturalismo y por su aparente obstáculo para los fines de regulación, olvidando que puede ser un excelente criterio de modulación de la responsabilidad, como evidencia la distinción, difícil de erradicar (además de innecesario) entre el dolo y la imprudencia. Por no hablar, claro está, de lo que ayuda a comprender categorías básicas de la teoría del delito como la tentativa (impensable sin atender al plan del autor) y la participación (accesoriedad: o referencia de la conducta del

participe a la del autor; lo que abarca aspectos objetivos y subjetivos inseparables del comportamiento de ambos). Incluso el ámbito donde la imputación objetiva, principal instrumento normativista de los últimos cincuenta años, ha obtenido sus mayores éxitos, el de la imprudencia, puede verse enriquecido con el reconocimiento de un elemento subjetivo, como anticipa la relevancia en su ámbito de los conocimientos subjetivos que autores objetivistas admiten. El debate en torno al normativismo es tan nuevo que incluso en el otro ámbito en el que parecía podría hacer *tabula rasa* con el pasado, el de la omisión, se ha encontrado con que no es tan fácil equiparar acción y omisión a través del concepto funcional de control del propio ámbito de responsabilidad, que no sólo no es lo mismo actuar que omitir sino que el concepto de acción, otro concepto impregnado naturalísticamente y como tal desdeñado por los normativistas, es esencial como criterio heurístico de la omisión: sólo la omisión equivalente (eso sí: normativamente) a la acción constituirá una “comisión por omisión”.

En España y América el normativismo está teniendo una amplia influencia en los penalistas jóvenes. Seguro que se abrirán nuevos derroteros para mejor comprender y administrar la justicia penal. A nada de eso se opone una tradición que tiene más de cien años y que hasta ahora ha rendido uno de los mayores frutos de la ciencia jurídica mundial. Manténgase viva para contrastar los nuevos enfoques, sin renunciar a ellos. Hágase así y quizá se encuentren soluciones adecuadas a problemas arduos de la criminalidad actual, como el de la imputación por delitos cometidos en el seno de corporaciones, que no son fáciles de resolver con categorías ideadas para personas físicas que actúan directamente ni pueden despacharse mediante meras decisiones normativas; pero sí profundizando en el modo de operar las personas (físicas) dentro de las corporaciones (como su prolongación). He ahí otra manifestación del enfoque lógico-funcional que propugno.

La bibliografía y la jurisprudencia las he seguido hasta enero de 2007.

Durante veinte años he estado elaborando esta obra. Su origen estuvo en el modesto deseo de no perder el contacto con una ciencia, como la penal, que en estos años ha evolucionado a ritmo de vértigo. Aun así, circunscrito sólo a la Parte general, más concretamente a la teoría del delito, se hace difícil una visión totalizadora, entendiéndola por tal no sólo una que abarque todos los temas que se incluyen en su seno sino también que atienda a la tradición ya larga en que esos temas se han ido gestando. Y sin embargo, pese lo que pase con la Universidad, que no se sabe muy bien que va a ser de ella, puesto que da la sensación de que la función de obras como ésta se va a perder, es más necesario que nunca insistir en la importancia del legado que hemos recibido y debemos conservar vivo,

antes de que los penalistas jóvenes desconozcan por completo quienes fueron SILVELA o JIMÉNEZ DE ASÚA, por no hablar de leerlos y citarlos. He procurado predicar con el ejemplo.

Una vez más debo rendir testimonio de profundo afecto y gratitud por sus permanentes muestra de estímulo para continuar con mi obra a mis querido discípulos Alfonso CARDENAL, José Luis SERRANO y Beatriz CRUZ que incluso han corregido muchísimos detalles del manuscrito.

A Lorenzo MORILLAS, mi gratitud más sincera por sus gestiones ante la editorial Dykinson, cuyo director, Rafael TIGERAS una vez más vuelve a apostar por una obra tan voluminosa y compleja en términos editoriales.

Cáceres, a 24 de septiembre 2008

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AK	Alternativ Kommentar
AP	Audiencia provincial
APCP	Anteproyecto de Código penal
APen.	Actualidad penal
a. r.	anterior redacción
art.	artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte general)
CCP	Comentarios al Código penal
CDJ	Cuadernos de Derecho judicial
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad económica europea
cfr.	confrontar
CLP	Comentarios a la Legislación penal
CP	Código penal
CPC	Código penal comentado
CPCr	Cuadernos de Política criminal
ed.	editado/edición
EDJ	Estudios de Derecho judicial
EJ	Enciclopedia jurídica
EPB	Enciclopedia penal básica
EPC	Estudios penales y criminológicos
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
JpD	Jueces para la Democracia
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LECr	Ley de Enjuiciamiento criminal
LL	La Ley
LO	Ley orgánica
LORRPM	L.O. Reguladora de la Responsabilidad penal de Menores.
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NCP	nuevo Código penal
NEJ	Nueva Enciclopedia jurídica
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPP	Nuevo Pensamiento penal
n. r.	nueva redacción
NZSt	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PE	Parte especial
PG	Parte general
PJ	Poder judicial
RCP	Revista de Ciencias penales
RDCir	Revista de Derecho de la circulación
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RDPP	Revista de Derecho y proceso penal
RFDUCM	Revista de la F. de Derecho de la U. Complutense Madrid

RJC	Revista jurídica de Cataluña
RJCLM	Revista jurídica de Castilla-La Mancha
RP	Revista penal
RTSJyAP	Revista de Tribunales superiores de justicia y Audiencias provinciales
SAP	Sentencia de la Audiencia provincial
SK	Systematischer Kommentar
ss.	y siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal constitucional
trad.	traducción/traductor
<i>vid. infra</i>	ver más abajo
<i>vid. supra</i>	ver más arriba
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ANTÓN ONECA, Derecho penal: José ANTÓN ONECA, Derecho penal, 2ª ed. (anotada y corregida por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTEZ MERINO), 1986
- ANTÓN ONECA, EPH-Antón Oneca: Estudios penales, Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca (ed. Marino BARBERO SANTOS y otros), 1982
- BACIGALUPO, PG⁵: Enrique BACIGALUPO, Principios de Derecho penal, Parte general, 5ª ed., 1998
- BACIGALUPO, LH-Bacigalupo: Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, I y II (coords. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR), 2004
- BARBERO SANTOS, H-Barbero Santos: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. *In Memoriam*, I y II, dirs. Luis A. ARROYO ZAPATERO e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG²: Ignacio BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO-PIEDECASAS, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 2ª ed., 1999
- BERISTAIN, LH-Beristain: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain (comp. José Luis DE LA CUESTA y otros), 1989
- BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, PG: Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZABAL MALARÉE, Lecciones de Derecho penal, Parte general, 2006
- BUSTOS RAMÍREZ, Control social y Sistema penal: Juan BUSTOS RAMÍREZ, Control social y Sistema penal, 1987
- CASABÓ RUIZ, EJM-Casabó Ruiz: Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, I y II, 1997
- CEREZO MIR, PG, II⁶, III: José CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español, Parte general, II, Teoría jurídica del delito/1, 6ª ed., 1998; III, Teoría jurídica del delito/2, 2001.
- CEREZO MIR, LH-Cerezo Mir: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir, ed. José Luis Díez RIPOLLÉS y otros, 2002
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵: Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás S. VIVES ANTÓN, Derecho penal, Parte general, 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada, 1999.
- COBO DEL ROSAL, CCP, I, II y III: Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código penal, tomo I, 1999, tomo II, 1999, tomo III, 2000
- COBO DEL ROSAL, EPH-Cobo del Rosal: Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal (Juan Carlos CARBONELL MATEU y otros, coords.), 2005
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CP: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código penal, Doctrina y jurisprudencia, I-III, 1997

- CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP: Juan CÓRDOBA RODA/Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO/Alejandro DEL TORO MARZAL/José Ramón CASABÓ RUIZ, Comentarios al CP, I y II, 1972
- CUELLO CALÓN, PG: Eugenio CUELLO CALÓN, Derecho penal, 1, Parte General, 14ª ed., 1964.
- CUELLO CONTRERAS, Culpabilidad e imprudencia: Joaquín CUELLO CONTRERAS, Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito, 1990
- Enciclopedia, NEJ: Nueva Enciclopedia jurídica Seix (dirs. Carlos-E. MASCAREÑA y Buenaventura PELLISÉ PRATS), 1: 1950, XX: 1993
- Enciclopedia, EPB: Enciclopedia penal básica (Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, dir.), 2002
- ESER/BURKHARDT, Derecho penal: Albin ESER/Bjorn BURKHARDT, Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de sentencias (trad. Silvina BACIGALUPO y Manuel CANCIO MELIÁ), 1995
- FERNÁNDEZ ALBOR, EPM-Fernández Albor: Estudios penales en memoria del Prof. Agustín FERNÁNDEZ-ALBOR, 1989
- FERRER SAMA, CCP, I y II: Antonio FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, tomo I: 1946, tomo II: 1947
- GIMBERNAT ORDEIG, PG: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Introducción a la PG del Derecho penal español, 1979
- GIMBERNAT ORDEIG, Estudios³: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990
- GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, PG: José Manuel GÓMEZ BENITEZ, Teoría jurídica del delito, Derecho penal, Parte general, 1984
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, LAH-González-Cuéllar García: Derecho y justicia penal en el siglo XXI. *Liber amicorum* en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García (ed. Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO), 2006
- GRACIA MARTÍN (coord.), Lecciones de consecuencias: Luis GRACIA MARTÍN/Miguel Ángel BOLDOBA PASAMAR/M. del Carmen ALASTUEY DOBÓN, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 1998
- HASSEMER (y otros), AK: Winfried HASSEMER y otros, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 7ª ed., 1990 (Reihe Alternativkommentare)
- JAKOBS, PG: Günther JAKOBS, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Tratado (trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 1995
- JAKOBS, Estudios: Günther JAKOBS, Estudios de Derecho penal (trad. y Estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS/Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ/Manuel CANCIO MELIÁ), 1997
- JESCHECK, PG: Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de Derecho penal (trad. y adiciones de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE), volumen I y II, 1981
- JESCHECK/WEIGEND, PG⁵: Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, Tratado de Derecho penal, Parte general (trad. de Miguel OLMEDO CARDENETE), 2002
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado: Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, I: 1950, II: 1950, III: 1951, IV: 1952; V: 1956; VI: 1962; VII: 1970, VIII: 1970

- JIMÉNEZ DE ASÚA, PACPFDH-Jiménez de Asúa: Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Prof. Jiménez de Asúa (ed. Mariano JIMÉNEZ HUERTA y otros), 1970
- Armin KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik: Armin KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge (ed. Gerhard DORNSEIFER y otros), 1982
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC: Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), Código Penal comentado, 1990
- LUZÓN PEÑA, Derecho Penal de la Circulación: Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del TS), 2ª ed., 1990
- LUZÓN PEÑA, Estudios: Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Estudios penales, 1991
- MAURACH, PG, I y II: Reinhardt MAURACH, Tratado de Derecho penal (trad. y notas de Juan CÓRDOBA RODA), 1962
- MAURACH/ZIPF, PG, 1: Reinhart MAURACH//Heiz ZIPF, Derecho penal, Parte general, 1, Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible (trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON), 1994
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2: Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, Derecho penal, Parte general, 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho (trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge BOFILL GENZSCH), 1995
- MEZGER, PG, I y II: Edmund MEZGER, Tratado de Derecho penal, I y II (trad. y notas de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ), 1935
- MIR PUIG, PG⁷: Santiago MIR PUIG, Derecho penal, Parte General, 7ª ed., 2004
- Modernas tendencias: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Actas y Congresos, UNED, 2001
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG²: Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte general, 4ª ed., 2000
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG: Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/Susana HUERTA TOCILDO, Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito, 1986
- PÉREZ VITORIA, EJM-Pérez Vitoria: Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria, I y II (ed. Juan CÓRDOBA RODA y otros), 1983
- QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I: Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de Derecho penal, tomo I, 1963
- QUINTANO RIPOLLÉS, CCP: Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios al CP, 2ª ed. (renovada por el autor y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG), 1966
- QUINTERO OLIVARES, PG³: Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho penal, Parte general (con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y José Miguel PRATS CANUT), 3ª ed., 2002
- QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP: Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/José Manuel VALLE MUÑOZ (coord.), Comentarios al Nuevo Código penal, 1996
- RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶: José María RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español, PG, 16ª ed., 1993
- RODRÍGUEZ DEVESA, EDPCH-Rodríguez Devesa: Estudios de Derecho penal y Criminología, I y II, en Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa (ed. de Alfonso SERRANO GÓMEZ), 1989
- RODRÍGUEZ MOURULLO, PG: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal, PG, I, 1977

- RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/Agustín JORGE BARREIRO (coord.), Comentarios al Código penal, 1997
- RODRÍGUEZ MORULLO, H-Rodríguez Mourullo: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (ed. Agustín JORGE BARREIRO y otros), 2006
- RODRÍGUEZ RAMOS, PG: Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio de Derecho penal (PG), 1984
- DEL ROSAL, PG, 1: Juan DEL ROSAL, Tratado de Derecho penal español, Parte general, vol. I, 1968
- DEL ROSAL, PCRPHM-Del Rosal: Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan Del Rosal (ed. de Manuel COBO DEL ROSAL), 1993
- ROXIN, Política criminal y sistema de Derecho penal: Claus ROXIN, Política criminal y sistema de Derecho penal (trad. Francisco MUÑOZ CONDE), 1972
- ROXIN, PG, 1: Claus ROXIN, Derecho penal, Parte general, tomo 1, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), 1997
- ROXIN, Problemas básicos: Claus ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal (trad. De Diego-Manuel LUZÓN PEÑA), 1979
- ROXIN, LH-Roxin, I: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, ed. española de Jesús-M^a SILVA SÁNCHEZ (coords. Bernd SCHÜNEMANN y Jorge DE FIGUEIREDO DIAS), 1995
- ROXIN, LH-Roxin, II: Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin (ed. de Jesús-M^a SILVA SÁNCHEZ), 1997
- ROXIN, Roxin-Fest.: Festsschrift für Claus Roxin (ed. Bernd SCHÜNEMANN y otros), 2001
- RUDOLPHI, SK^{4,5}, 1990: Hans-Joachim RUDOLPHI/Eckhard HORN/Erich SAMSON/Hans-Ludwig SCHREIBER/Hans-Ludwig GÜNTER/Andreas HOYER, Systematischer Kommentar zum StGB, Band 1, 7^a ed., 2001
- RUIZ ANTÓN, EPR-Ruiz Antón: Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, coord. Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y otros, 2004
- SÁINZ CANTERO, PG, 1, II y III: José Antonio SÁINZ CANTERO, Lecciones de Derecho penal, volúmenes I, II y III, 1979-1985
- SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales: Jesús-M^a SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997
- STRATENWERTH, PG: Gunter STRATENWERTH, Derecho penal, PG, 1, El hecho punible (trad. de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), 2005.
- TORÍO LÓPEZ, LH- Torío López: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López (ed. de José CEREZO MIR, y otros).
- VALLE MUÑIZ, EPM-Valle Muñiz: El Nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz (coords. Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermin MORALES PRATS), 2001
- VIVES ANTÓN (coord.), CCP: Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen 1, 1996
- VIVES ANTÓN, Fundamentos:/Tomás S. VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, 1996
- WELZEL, PG: Hans WELZEL, Derecho penal alemán, Parte General (trad. de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, de la 11^a ed. alemana, 1969), 4^a ed., 1993
- ZUGALDÍA ESPINAR, PG: José M^a ZUGALDIA ESPINAR (dir.)/Esteban J. PÉREZ ALONSO (coord.), Derecho Penal, Parte General, 2002.

XIII. EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN (QUINTA PARTE): EL DELITO INTENTADO

BIBLIOGRAFÍA: Rafael ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea. Fundamento de la punición y configuración del injusto, 2000; ALCÁCER GUIRAO, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPC, 2ª época, 7, 2001, 11 ss.; ALCÁCER GUIRAO, Desistimiento malogrado y reglas de imputación, AP, 2001-3, 1041 ss.; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, 2001; ALCÁCER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, 2002; Maite ÁLVAREZ VIZCAYA, El desistimiento idóneo fracasado, ADP, 1996, 875 ss.; Enrique BACIGALUPO, Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código Penal, LL, 1981-2, 969 ss.; Guillermo BENLLOCH PETIT, De cómo el injusto de la tentativa va variando según avanza la ejecución y de cómo esto incide en la fundamentación de la impunidad por desistimiento, Revista peruana de jurisprudencia, 24, 2003, CXLI ss.; Ramón BLECUA FRAGA, El retroceso del sujeto en la conducta criminal emprendida, CPCr, 20, 1983, 309 ss.; Juan BUSTOS RAMÍREZ, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema, EJM-Pérez-Vitoria, I, 91 ss. (= Control social y sistema penal, 309 ss.); José CEREZO MIR, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 1964; CEREZO MIR, La regulación del *iter criminis* y la concepción del injusto en el nuevo Código penal, RDPC, 2ª época, 1, 1998, 13 ss. (= ampliamente PG, III, 177 ss.); Joaquín CUELLO CONTRERAS, *Iter criminis*, en: LH-Cerezo Mir, 617 ss.; CUELLO CONTRERAS, El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, LH-Torío López, 285 ss.; CUELLO CONTRERAS, Sobre el tipo de tentativa, en: H-Rodríguez Mourullo, 253 ss.; CUELLO CONTRERAS, Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa, ADP, LX, 2007, 39 ss.; Eduardo DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, 2003; Antonio DOVAL PAIS, La penalidad de las tentativas de delito, 2001; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito (Doctrina y jurisprudencia), 1986; FARRÉ TREPAT, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, ADP, 1986, 257 ss.; FARRÉ TREPAT, Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea, EDPCH-Rodríguez Devesa, I, 259 ss.; FARRÉ TREPAT, Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987), ADP, 1992, 711 ss.; Wolfgang FRISCH, La atenuación del marco penal de la tentativa (trad. Marcelo A. SANCINETTI). ADP, 1994-II, 159 ss.; Victor GÓMEZ MARTÍN, Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?, 2006; Mª del Carmen GÓMEZ RIVERO, La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991), APen, XV, 1995, 201 ss.; Luis GRACIA MARTÍN, El “*iter criminis*” en el Código Penal español de 1995, CDJ, XXVII, 1996, 259

ss.; GRACIA MARTÍN, Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código Penal español de 1995 (Comentario a la SAP Zaragoza 24-05-96), RDPC, 2ª época, 3, 1999, 335 ss.; Günther JAKOBS, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS), Estudios, 293 ss.; JAKOBS, El desistimiento como modificación del hecho (trad. PEÑARANDA RAMOS), Estudios, 325 ss.; JAKOBS, Consumación material en los delitos de lesión contra las personas. Al mismo tiempo, una contribución a la funcionalización de la parte especial (trad. Sergi CARDENAL MONTRAVETA), RECPC (<http://criminnet.ugre.es/recpc>), 4, 2002; JAKOBS, La conducta de desistimiento (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), H-Rodríguez Murullo, 549 ss.; Jacobo LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, La tentativa inidónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, PJ, 59, 2000, 147 ss.; Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento en Derecho penal, 1994; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal, LH-Roxin, II, 331 ss. (= resumen de Desistimiento, 3 ss., 37 ss.); Carlos MIR PUIG, Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa y del delito frustrado, PJ, 30, 1993, 75 ss.; Santiago MIR PUIG, Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo CP, EMF, 1999, 4, 13 ss. (= en parte RJCcat, 2001, 691 ss., = ampliamente, Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanische StGB, Fest. f. Roxin 2001, 729 ss.); Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuricidad penal y sistema del delito, 2001; María Rosa MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito y delito irreal, 1999; Francisco MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972; MUÑOZ CONDE, Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt von Versuch, ZStW, 84, 1972, 756 ss. (= ampliamente Desistimiento, 13 ss., 43 ss.); MUÑOZ CONDE, Der misslungene Rücktritt: eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?, GA, 1973, 33 ss. (= ampliamente Desistimiento, 144 ss.); José MUÑOZ LORENTE, La tentativa inidónea y el Código penal de 1995, 2003; Ruperto NÚÑEZ BARBERO, El delito imposible, 1963; Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia a propósito de la “responsabilidad penal por el producto”, EPR-Ruiz Antón, 825 ss.; Laura POZUELO PÉREZ, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003; Luis Carlos REY SANFIZ, La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo, 2001; Esteban RIGHI, Problemas sistemáticos de la punibilidad de la tentativa inidónea, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 215 ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Delito imposible y tentativa en el Código Penal español, ADP, 1971, 369 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Las fases de ejecución del delito, en: Juan CÓRDOBA RODA (ed.), El Proyecto de CP, RJCcat, nº extra, 1980, 1, 5 ss.; Gladys N. ROMERO, La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo, PACPFDH-Jiménez de Asúa; 233 ss.; Claus ROXIN, Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada, Problemas básicos, 248 ss.; ROXIN, El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo (Comentario a la Sentencia del BGH de 12 de agosto de 1997), (trad. de Luis ROCA AGAPITO), 1999-2, 589 ss.; Luis Felipe RUIZ ANTÓN, El fundamento de la pena en la tentativa inidónea (Comentario a la STS de 14 de mayo 1977), RFDUC, 1979, 169 ss.; Celia SÁINZ DE ROBLES, Sobre la tentativa del sujeto inidóneo, LH-Beristain, 621 ss.; Marcelo S. SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, 1993; María Belén SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ/Juan Antonio PÉREZ PARENTE, Acerca de la punición de la

tentativa inidónea, LL, 1998-1, 1801 ss.; Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea, EPM-Valle Muñiz, 685 ss. (= ampliamente, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, 1999); José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, La consumación prematura en la tentativa inacabada, LL, XXV, nº 6137, 2004; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, ¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo?, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 139 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, El desistimiento fallido en el delito comisivo (alcance del requisito de evitar la consumación), CPCr, 86, 2005, 65 ss.; José Ramón SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal, ADP, 1998, 35 ss. (= en parte Fundamento de la punición de la tentativa, LH-Torío López, 521 ss.); Jesús-Mª SILVA SÁNCHEZ, La regulación del iter criminis, Cuestiones fundamentales, 121 ss.; Esteban SOLA RECHE, La llamada “tentativa inidónea” del delito. Aspectos básicos, 1996; SOLA RECHE, Sobre el concepto de tentativa inidónea, EPM-Valle Muñiz, 773 ss.; Eberhard STRUENSEE, Tentativa y dolo (trad. José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), CPCr, 1989, 38, 405 ss.; STRUENSEE, Dolo de causar y causalidad putativa (trad. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), ADP, 1990, 933 ss.; Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADP, 1966, 215 ss.; Josep María TAMARIT SUMALLA, La tentativa con dolo eventual, ADP, 1992, 515 ss.; Ángel TORÍO LÓPEZ, Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa, Presupuestos para la reforma penal, 169 ss.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Muchas exposiciones de la teoría del delito abordan el problema de la tentativa, en general, el de los “grados imperfectos de ejecución”, desde el *delito consumado*, prototipo, con su correspondiente resultado y lesión del bien jurídico, del “delito perfecto”, desde el punto de vista objetivo, cuyos hitos precedentes se conciben como progresión delictiva, configurada y estudiada también de forma *predominantemente objetiva*, en fases de preparación, tentativa y consumación¹.

¹ Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 728 s.; MIR PUIG, PG⁷, 32; CEREZO MIR, PG, I⁵, 11, II⁶, 156, III, 197, 202; todos ellos –los dos últimos incluso enfáticamente, distanciándose de sus posiciones anteriores– acentúan el aspecto objetivo, de peligro de lesión del bien jurídico, como fundamento de la tentativa. Vid. también FARRÉ TREPAT, Tentativa, 61; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 471; BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), com. art. 3, 13. Con mejor criterio, apuntando en la dirección correcta, SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 37 s. Vid. también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 5. Vid. ya FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 51, siguiendo al Padre Jerónimo MONTES. Vid. también ANTÓN ONECA, Derecho penal, 435. Muy ambiguo: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, II, 393, aunque captando la esencia de la tentativa. En efecto, percibiendo ya el especial significado del elemento subjetivo sólo limitado con criterios objetivos que eviten los excesos en materia de tentativa, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, II, 221 s., extrae consecuencias para el delito imposible: perfecta inclusión en la tentativa de la inidoneidad relativa del medio y exclusión de su ámbito de la inidoneidad absoluta del medio y de los casos de inidoneidad o ausencia del objeto. A la postre, sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 224, contempla también a la tentativa partiendo del delito perfecto o consumado.

La cuestión, sin embargo, a la luz de la doctrina del injusto personal, es mucho más compleja y evita equívocos insolubles con la consideración objetiva.

A. La equivocidad de los términos “comienzo de ejecución del delito”

- 2 Una primera confusión que no resuelve la concepción objetiva del injusto –porque se sitúa en el delito consumado = lesión del bien jurídico desde la que concibe los hitos anteriores: objetivamente–, y sí la personal –porque se ve obligada *desde el principio* a contemplar la génesis de un comportamiento que, ciertamente, es penalmente relevante por su conexión con la lesión del bien jurídico–, con su nítida separación además entre los aspectos ontológico y axiológico del hecho punible (*vid. supra* IV 56), es la que propicia la *identificación entre el comienzo de realización de la acción y comienzo de realización del tipo delictivo*³ (por no querer asignarle, la concepción objetiva, papel *autónomo* alguno en la configuración del injusto al elemento subjetivo = comportamiento, sólo considerado después de perfilar, ¡y además, ése sí, autónomamente!, al elemento objetivo), sólo determinable, esta última, la importante, siempre conforme a la concepción objetiva, con un concepto normativo de la mayor o menor “impresión” respecto a la lesión del bien jurídico⁴.– Frente a ello, puede y debe establecerse una neta separación entre comienzo de realización de la acción, necesaria para que exista una mínima base de imputación penal (“*cogitatione poenam nemo patitur*”)⁵, cuestión a la que el finalismo responde afirmando que, penalmente, sólo es imputable la acción final exterior

² En palabras insuperables de WELZEL, PG, 221: “Todo delito doloso es realización de voluntad. La realización de voluntad puede permanecer en los primeros estadios, y puede llegar hasta la total ejecución de la decisión a la acción. También en el delito consumado transcurren desde la decisión a la acción hasta la total realización una serie continuada de grados de ejecución. ¿Cuándo se inicia en esta serie el delito como acción merecedora de pena y cuándo se alcanza el total contenido delictivo?”.

³ En esta confusión (mejor: no nítida distinción) influye también, poderosamente, además de la referencia al peligro objetivo de lesión del bien jurídico como fundamento del injusto de la tentativa, la pérdida paulatina de fe en la capacidad de cumplir función delimitativa alguna en la materia la teoría de la acción (*vid. supra* VI 49). *Vid.* también las atinadas consideraciones de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 18, insistiendo en la diferencia entre realización de la *acción* y realización del *tipo (resultado)*.

⁴ *Vid.* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 713.

⁵ *Vid.* FARRÉ TREPAT, Tentativa, 137; SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 140; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 712; MIR PUIG, PG⁷, 335; CEREZO MIR, PG, III, 177; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO (eds.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 107; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) CCP, com. art. 16, 74; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 229 ss., 500; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 777; PUIG PEÑA, PG, II, 279; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 598; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 221; CCP, 43; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 52; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 233; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 275; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 699; SÁINZ CANTERO, PG, III, 148; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 710; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 725, com. art. 16, 819; BACIGALUPO, PG⁵, 334; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 5; MEZGER, PG, II, 207; WELZEL, PG, 211; JAKOBS, PG, 853; MIR PUIG, EPB, 856.

(*vid. supra* VIII 19), y el comienzo de realización del tipo delictivo, que, sobre la base de requerir, como mínimo, la realización de una acción final exterior completa, puede requerir una serie concatenada de actos finales (exteriores) respecto a los cuales el legislador es muy libre de determinar, axiológicamente, cuándo la cadena ha superado la prueba de fuego de la tentativa. Determinar cuándo se ha comenzado a ejecutar la acción es un problema ontológico, previo a la valoración jurídica⁶; determinar cuándo se ha comenzado a cometer el delito es un problema axiológico, a resolver mediante interpretación teleológica de los tipos penales.

a. *Comienzo de ejecución de la acción*

¿Cuándo se ha comenzado a ejecutar la acción? Con estos imprecisos términos, sólo utilizables a efectos didácticos, se alude al hecho de que, siendo presupuesto de toda responsabilidad penal la realización de una acción, sólo cabrá hablar de hecho delictivo, incluido el que tipifica un acto de preparación, cuando estemos en presencia de un *acto final exterior completo*. Si en derecho penal sólo son relevantes los *actos externos*, en el sentido de *movimiento corporal* (delito doloso de comisión, al que en lo sucesivo siempre nos referiremos, salvo que se diga otra cosa), no tendrá sentido siquiera hablar de *comienzo de ejecución de la acción*⁷, ya que, como dice el filósofo Arthur DANTO (Acciones-básicas)⁸, el acto, en este aspecto, existe o no existe. La persona que, p. ej., estando inmóvil en la cama, reflexiona sobre la necesidad de levantarse y trata de doblegar la pereza que sabe va a hacer presa en él cuando decida saltar, aunque quizá tenga que realizar esfuerzos denodados, no puede decirse que ha comenzado a ejecutar la acción de levantarse, lo que únicamente ha hecho en el momento en que ha dado el salto de la cama. O, por mencionar el ejemplo construido por MIR PUIG a otros efectos⁹: El terrorista que no ha pulsado el detonante de la bomba porque la orden que su cerebro ha emitido no ha sido obedecida por el brazo, no es que lleve a cabo un intento frustrado de acción (externa) sino que no ha realizado acción alguna.— Las anteriores premisas, en suma, invalidan, de compartirse, la objeción que muchos autores han hecho al finalismo, de no distinguir entre la *resolución delictiva* (subjetivo-interna) y su *ejecución exterior*¹⁰. Antes bien, la

3

⁶ Como bien dice JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 205, siguiendo a VON LISZT, que, a su vez, se inspira en BIERLING, hay que partir del principio metódico según el cual las formas externas del delito descansan en las formas externas del acto natural, con referencia a los casos de tentativa, participación y concurso de delitos. Distingue muy bien entre comienzo de la acción y comienzo de la acción típica, FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 53.

⁷ Hablar de “tentativa de la tentativa”, en este sentido, es absurdo.

⁸ En: Alan R. WHITE, La Filosofía de la acción (trad. Sonia BLOCK SEVILLA), 1976, 67 ss.

⁹ ADP, 1988, 669 s.

¹⁰ *Vid.* ROXIN, PG, 325 s.

acción final permite distinguir y sirve de enlace entre la resolución de cometer el delito, en sí misma irrelevante a los efectos del derecho penal, y la ejecución de esa acción delictiva, que sí lo es: los actos finales (típicos) que desarrollan la resolución determinan el comienzo de ejecución del delito.

b. Comienzo de ejecución del tipo delictivo

4 De la ejecución de la acción, presupuesto indeclinable de todo hecho (penalmente) típico, debe distinguirse el *comienzo de ejecución del hecho típico*, siendo, por decirlo una vez más, problema ontológico el primero, y axiológico el segundo: La acción existe o no existe, y es previa a lo jurídico; el hecho típico, la acción *típica*, la determina el correspondiente tipo delictivo, cumplido por la acción que, en la realidad, realiza el hecho típico, y es susceptible de originar un problema de comienzo de ejecución frente al acto de mera preparación, a decidir también axiológicamente, aunque, como veremos, con una fuerte y predominante componente subjetiva proporcionada por el plan del autor.— También aquí la presencia de actos finales completos es útil para trazar la base por la que debe discurrir la distinción entre preparación y tentativa, entendida ahora la acción final con el añadido de susceptible de causar un resultado (delitos dolosos de resultado, a los que en lo sucesivo nos referiremos, salvo que se indique otra cosa); con lo que, siguiendo al también filósofo Donald DAVIDSON¹¹, puede afirmarse que la acción plena, en sentido jurídico penal, es aquella a la que puede imputarse la causación de un resultado, y no aquella otra a la que puede atribuirse la propiedad de causar una acción capaz de producir un resultado. La acción de causar la carambola de billar lo constituye la acción del jugador consistente en efectuar un golpe en la primera bola que golpea a las demás, y no las acciones (mentales y de ensayo sin golpear) del jugador preparatorias del golpe definitivo, no pudiéndose decir que la acción de golpear haya sido causada por las acciones previas del jugador.

5 La acción final es decisiva para determinar (co-determinar) la delimitación entre preparación y tentativa, porque constituye la acción (o acciones)-básica(s) con la(s) que determinar que el delito se ha comenzado a ejecutar, esto es, determinar qué actos, subsumibles en el tipo, comienzan a desarrollarlo. Así, p. ej., si el autor se ha propuesto matar a la víctima suministrándole veneno en las comidas a través de veinte dosis pequeñas, está claro que el suministro de la primera dosis, la acción final de disolver la sustancia en el alimento que la víctima ingerirá, representa el comienzo de realización del tipo de asesinato, pues nos proporciona una determinada acción-básica interpretable, mediante reducción teleológica, como

¹¹ Ensayos sobre acciones y sucesos (trad. Olbeth HANSBERG y otros), 1995, 63 ss.

comienzo de realización de la tentativa de asesinato¹². La acción final, ya realizada, marca el paso de la preparación¹³ a la tentativa.— El experimento (determinar la base sobre la que establecer la distinción entre preparación y tentativa), en cambio, no funciona cuando no se utilizan acciones finales *ya realizadas* para determinar el comienzo de la tentativa: Que el brazo del terrorista no obedezca la orden del cerebro de pulsar el detonante de la bomba no puede interpretarse como tentativa de asesinato, ya que la orden del cerebro no es una acción-básica; sí, en cambio, constituirá acción-básica, contenido posible de tentativa de asesinato, haber ido a y encontrarse en el lugar donde el autor se dispone a hacer explotar la bomba, ya que, mediante reducción teleológica, esa acción previa a la inmediata desobediencia del brazo es lo suficientemente peligrosa, además de dirigida a matar, como para que se incluya en el ámbito del comienzo de realización del tipo de asesinato (tentativa).— De esta manera, por lo demás, se profundiza en la evidencia de que la concepción final no implica, sino todo lo contrario, una confusión entre decisión por el delito, preparación y tentativa, como se le achaca, identificando lastimosamente a la concepción del injusto personal con la concepción subjetiva de la tentativa; una concepción, la personal, que, por el otro extremo (delimitación entre tentativa y consumación: qué pertenece a cada una de ellas, permitiendo calificar lo acaecido de tentativa o de consumación), traza una perfecta distinción entre esas fases del delito que, dicho sea por anticipado, no puede trazar la concepción objetiva de la tentativa: pues el problema de la consumación prematura (que no da lugar a un delito consumado), p. ej., sólo puede resolverse conforme al plan del autor; y porque hay supuestos de tentativa (inidónea) sin peligrosidad objetiva alguna.

B. La equivocidad de los planos objetivo y subjetivo en la determinación del comienzo de ejecución del delito

a. La relación objetivo-subjetivo

Una segunda confusión, relacionada con pero distinta a la ya vista, referida a la distinción entre comienzo de la acción y comienzo del hecho punible, es la que concierne al papel que corresponde en el injusto de la tentativa (y del delito consumado) al elemento objetivo y al elemento subjetivo¹⁴, claramente desequilibra-

¹² Que también casos como éste, en que lo ya realizado forma parte del tipo y por tanto representa tentativa, pueden fundamentar sólo preparación impune, lo muestran muy bien MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 22 ss., al hilo de la estafa (siguiendo a BURKHARDT).

¹³ El autor, p.ej., ha ido comprando en diferentes farmacias el veneno que almacena para suministrar después: actos finales, todos y cada uno de ellos, de mera preparación del asesinato.

¹⁴ *Vid.* STRATENWERTH, PG, 275.

dos en la concepción objetiva¹⁵ y equilibrados en la concepción personal: congruencia.

- 7 La problemática de la tentativa, en efecto, se suele abordar partiendo de unos elementos que, como en seguida se verá, difícilmente proporcionarán soluciones armoniosas. Estos elementos son¹⁶: En primer lugar, la *resolución de realizar el hecho delictivo*, aspecto subjetivo (dolo) para muchos de la tentativa que, estando presente desde el principio, es la fuente de la realización (objetiva) posterior, *determinada, a su vez, en algún momento* anterior a la consumación; estableciéndose todavía un momento intermedio, a determinar también con criterio *objetivo*, constituido por el *comienzo de realización del hecho típico*, que marca la cesura entre la preparación y la tentativa. Estos elementos, sin embargo, no sólo no son armonizables bajo un concepto común de tentativa, sino que, además, ya aisladamente considerados, resultan de dudosa utilidad: 1. Así, el de *resolución*, entendida como la decisión (interna) de realizar algo todavía no acometido, carece de utilidad a efectos penales. Tan resuelto a cometer un delito lo está el criminal profesional que mañana cometerá un nuevo asesinato como el militar que todavía tiene que captar la voluntad de otros golpistas. La resolución, ciertamente, es una actitud que guía los actos humanos con sentido y los explica (intencionalidad), pero sólo es relevante en derecho penal cuando acompaña a actos ejecutivos, permitiendo comprenderlos¹⁷: Sólo cuando se produjo una ruptura de la posesión se pregunta por la intención (hurto); sólo cuando se mató, se pregunta por el móvil (asesinato). Actos preparatorios, en fin, como los de la participación (conspiración, proposición y provocación) u otros autónomos (fabricación de moneda falsa, depósito de armas, amenazas, etc.), ciertamente, no se comprenden sin lo que ocurrirá después, pero se castigan por la realización de los actos (previos a otros, pero ya realizados) que el legislador se encarga de tipificar expresamente. 2. Por su parte, por lo que se refiere al segundo elemento, *desarrollo de la resolución mediante actos objetivos de ejecución*, que este elemento no es útil para definir la tentativa, debiéndose interponer entre la resolución y la realización objetiva de actos que supongan su desarrollo (relación subjetivo-objetivo) una relación adicional subjetivo-subjetivo, lo muestra el hecho de que si se entiende, como hace la doctrina objetiva, que el mejor criterio de determinación del fundamento de la tentativa, y, de camino, de delimitación

¹⁵ Excepción: MEZGER, PG, II, 218 ss., un autor netamente objetivista, distingue muy bien entre el concepto de tentativa (en el que es fundamental y decisivo el elemento subjetivo) y su punición (para lo que da entrada a elementos basados objetivamente en la presencia de elementos del tipo).

¹⁶ Vid. CEREZO MIR, III, 185 (ya en: Tentativa, 11). En términos semejantes: MIR PUIG, PG⁷, 338 s., 345, 352; STRATENWERTH, PG, 282 ss. Muy desafortunado MEZGER, PG, II, 196 s.

¹⁷ En palabras insuperables de WELZEL, PG, 222: "En relación al problema de saber cuál es la voluntad que es capaz de la realización del hecho, ello no surge de su contenido, sino del hecho real que domina". Vid. también muy atinadamente JAKOBS, PG, 853.

entre la tentativa y la preparación, es el de la peligrosidad para el bien jurídico (aunque reconoce no poder prescindir del plan del autor), habrá casos en los que la anticipación de la producción del resultado —el autor, p.ej., se propuso secuestrar a la víctima, para matarla después, arrojándola al mar, pero al llevar a cabo el secuestro, ésta pereció como consecuencia de un infarto— prueba que se ha creado un peligro, evidenciado en el resultado, que, sin embargo, no cabrá imputar a título de dolo, como delito consumado; luego, por tanto, no puede ser el de peligrosidad, entendida objetivamente, el criterio delimitativo fundamental¹⁸.— Es por eso, por lo que la única peligrosidad que interesa en derecho penal, a efectos de la realización del injusto (*ex ante*)¹⁹, es la que se deriva de la realización del comportamiento típico, la peligrosidad que el legislador asocia con la acción dolosa realizada. De ahí que el punto de referencia para la tentativa, o comienzo de realización del tipo, lo sean las representaciones subjetivas del autor sobre el proceso causal tipificado con capacidad de producción del resultado, de manera que sólo cuando el autor se ha representado que ha colocado todos los eslabones previstos por el legislador para imputar el resultado producido como consecuencia (tentativa acabada) el delito será completo, castigándose por delito consumado si el resultado se produjo así, por tentativa acabada si no se produjo por desconocimiento del autor del eslabón que faltó para la consumación del resultado causado, y por tentativa inacabada si el autor se representó que todavía le faltaba algo por hacer para que el resultado sobreviniese, aunque entre tanto (consumación prematura) el resultado (no imputable) se haya producido. En este contexto, incluso, los actos de preparación lo son, precisamente, porque el autor que los realiza sabe (conforme a su plan) que todavía tiene que comenzar a realizar actos de auténtica ejecución principal²⁰.

b. *La relación subjetivo-subjetivo*

Justo para precisar el paso de la resolución a la ejecución, STRUENSEE²¹ ha retomado una distinción, propuesta con escaso éxito (lo que no parece vaya a cambiar ahora) en su día por Herbert FIEDLER²², según la cual a la tradicional distinción, den-

8

¹⁸ Adhiriéndose a esta tesis de STRUENSEE (*vid. infra* XIII 93 ss.), SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 141. *Vid.* ya la amplia y ejemplar casuística presentada por JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 504, para evidenciar este aserto: que el plan del autor y la realidad objetiva pueden ir por muy diferentes caminos, lo que habrá de tenerse en cuenta a efectos dogmáticos, dado que, con muy buen criterio también, este autor considera que peligro y plan del autor son los elementos definidores de la tentativa [505].

¹⁹ *Vid.* CUELLO CONTRERAS, LH-Torío López, 294.

²⁰ Lo que, por lo demás, la doctrina dominante denomina peligro objetivo de la tentativa, máximo en la tentativa acabada idónea y mínimo en la inacaba inidónea, no es más que una perifrasis de cuándo se constató la falta de peligrosidad de un proceso causal generalmente peligroso, constituyendo una confusión conceptual lamentable identificar peligrosidad con no demostración de la falta de peligrosidad.

²¹ CPCr, 38, 1989, 407 ss.

²² Vohaben und Versuch im Strafrecht, 1967.

tro de la tentativa, entre lo subjetivo y lo objetivo, de la que lo objetivo –comienzo de realización del tipo– sería fiel reflejo de lo subjetivo, decidido *ex ante*, debe añadirse una distinción subjetivo-subjetivo, ya que constituyendo la decisión de hacer algo un elemento en sí mismo irrelevante (de nada sirve que la semana pasada me hubiera propuesto escribir una carta si la semana ha transcurrido y no lo he hecho), debe constatarse, para hablar de tentativa, un comienzo de realización de actos típicos, que, a su vez, constituyan realización del plan trazado con anterioridad. En la medida en que al realizarlos en la actualidad lo estoy haciendo (subjetivamente) con el propósito de dar cumplida cuenta de la resolución que en su día adopté, estoy actuando con el dolo característico de la tentativa, o actos guiados por el propósito de la consumación.– De ahí extrae STRUENSEE²³ la conclusión de que es erróneo, en contra de lo que dice un sector doctrinal (*vid. infra* XIII 140 ss.), que en la tentativa inacabada ha de estar presente el dolo de consumir el delito, pues es lo cierto que en cuanto que al autor le faltan aún por realizar actos idóneos, según su representación, para consumir el delito, faltará también una parte del dolo completo de consumación, a no confundir con la resolución de cometerlo, que sí está presente, pero es insuficiente. Se extrae, también, la conclusión de que para hablar de comienzo del hecho, determinante del *paso de la preparación a la tentativa* (tercer elemento de la definición), no cabe atender sólo al aspecto objetivo, ya que éste, en una concepción del injusto que considera inescindibles los planos objetivo y subjetivo, no permite pensar lo objetivo, el comienzo de la tentativa, sin las representaciones del autor. Por eso, finalmente, no existe posibilidad de acotar un tipo objetivo de tentativa, ni, por tanto, de su comienzo de realización, de manera puramente objetiva, lo que sólo ocurre con el delito consumado (de ahí los problemas a resolver con criterios de imputación objetiva que se producen en su seno).– Por tanto, puesto que el criterio objetivo no es válido y el subjetivo, como ya apuntamos y en seguida veremos con más detenimiento, no es útil, por formar preparación y comienzo de ejecución un *continuum*, no siendo posible establecer, pues, la delimitación entre preparación, tentativa inacabada y tentativa acabada *con criterios ontológicos*, habrá que buscar la delimitación pretendida con *criterios axiológicos flexibles*. Se explican, así, las dificultades dogmáticas (ausencia de un criterio exacto) que siempre ha supuesto este problema y la necesidad de orientar su solución a las exigencias de la *praxis*.

C. La equívocidad de los planos axiológico y personal en la configuración de la preparación del delito

- 9 Como consecuencia de lo ya visto en apartados anteriores (no es posible acotar satisfactoriamente las fases del *inter criminis*: ni subjetivamente = *continuum*

²³ CPCr, 38, 1989, 410 ss.

que forman los hitos del desenvolvimiento del comportamiento injusto, ni objetivamente = la lesión del bien jurídico puede sobrevenir antes de desenvolver el comportamiento que lo persigue, en ese momento o no aparecer nunca a pesar de su desarrollo, por la imprevisibilidad de todas sus condiciones)²⁴, con el planteamiento finalista fundamental, el que distingue entre el plano ontológico y el plano axiológico en la configuración del ilícito, según el cual el legislador le dice al ciudadano cómo debe comportarse para evitar la lesión del bien jurídico, de manera que quien no lo cumplió y realizó el comportamiento que lo lesiona ha cometido el delito, se comprende muy bien que, constituyendo el ilícito fundamentalmente la realización de un comportamiento de determinadas características (las que lo hacen capaz de causar la lesión del bien jurídico), deba establecerse hasta dónde llega la prohibición, es decir, *a partir de qué momento el comportamiento ingresa en el terreno de lo punible.*— *En el plano ontológico*, ello se explica (la necesidad de establecer una distinción no simple) porque la realización del comportamiento va precedida de una fase de resolución a la que siguen actos que, guiados por la resolución, desarrollan en la realidad el plan del autor para conseguir su propósito, la intencionalidad. Solo la intencionalidad, por otra parte, permite leer el sentido que el autor da a sus actos, y, acotada por los actos objetivos realizados, es relevante en derecho penal en múltiples facetas (basta pensar en los delitos con elementos subjetivos específicos). *Desde el punto de vista ontológico, por tanto, el comienzo de ejecución de la acción, que puede ser muy remoto, forma un continuum con los actos posteriores difícil de discernir.* Esto lleva a afirmar, extrayendo consecuencias, a FRISCH²⁵, que entre la tentativa acabada y la inacabada es difícil encontrar un criterio que justifique un distinto tratamiento penal²⁶, ya que la detención del propósito unitario del autor en la fase de tentativa inacabada o el paso a la acabada dependerá muchas veces del azar. Lo mismo cabe decir, con consecuencias aún mayores, dada la habitual impunidad de la preparación, del paso de la fase de preparación a la de tentativa²⁷. *En el plano ontológico, por tanto, no cabe mostrar un criterio de distinción entre la preparación y la tentativa.*— *En el plano axiológico*, por su parte, aunque el legislador aparece vinculado a las estructuras del ser, el criterio de delimitación buscado desde luego no puede encontrarse ahí. Por lo tanto, si las estructuras del ser son la *causalidad* y la *finalidad*, no podrá ser la finalidad el punto de referencia, por las razones antes expuestas, pero tampoco la causalidad; con lo que se cierra

²⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 734.

²⁵ ADP, 1994, II, 188.

²⁶ Lo mismo apuntan quienes en la tradición española niegan la necesidad (salvo para el desistimiento) de distinguir entre tentativa y frustración. Paradigmático: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, II, 580 ss. Relativiza mucho, muy acertadamente por lo demás, la distinción tentativa-frustración, insistiendo tácitamente en el *continuum* a que pertenecen ambas, QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 227 s.; CCP, 47.

²⁷ Vid. las atinadas consideraciones al respecto de FARRÉ TREPAT, Tentativa, 210 s.

el paso a criterios de delimitación muy extendidos en la doctrina que ven el fundamento de punición de la tentativa en la creación de un peligro para el bien jurídico causado ya por los actos de tentativa, lo que no ocurriría en la preparación²⁸.

a. *La exclusión de los criterios objetivo y subjetivo de delimitación entre la preparación y la tentativa*

10 Dejando aparte la cuestión sobre la peligrosidad, un concepto que sólo puede evidenciarse, como peligrosidad objetiva, con la producción del resultado, lo que no es válido ni para la última fase de la tentativa, la acabada, definida precisamente por la ausencia de resultado y, en consecuencia, de peligrosidad objetiva, y tanto más, por ende, para la fase inicial del comienzo de la tentativa, ocurre que la tentativa, lógicamente, no se pune por lo que no contiene [en este sentido, puede decirse, con HUERTA TOCILDO²⁹, que en el delito consumado hubo peligrosidad objetiva materializada en la causación de la lesión del bien jurídico, en la tentativa idónea acabada peligrosidad objetiva hasta el último momento de la actuación del autor³⁰, frustrada después, en la idónea inacabada peligrosidad objetiva en al menos alguna fase de la realización del comportamiento, y en la tentativa inidónea faltó la peligrosidad objetiva por circunstancias (objetivas) materializadas antes de que el autor comenzara a actuar; añadiríamos: y, en la preparación, no creación de peligro ni objetiva ni subjetivamente] sino por lo que contiene. ¿Y qué contiene? Lo que contiene toda tentativa es una representación y una puesta en marcha de un proceso causal adecuado para producir un resultado, que, como se vio, por formar un “continuum”, *no es válido para trazar la línea divisoria buscada entre preparación y tentativa*³¹.— La única forma, por tanto, de encontrar un criterio de delimitación entre la preparación y la tentativa debe ser una que atienda al aspecto axiológico de las decisiones del legislador, más allá de la causación y la finalidad, que atienda a puros juicios de valor por parte del legislador en los que el dogmático puede servirle de poco³².— Se tratará,

²⁸ Vid. las atinadas consideraciones apuntadas por SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 35 s., sobre el equilibrio entre los aspectos ontológicos y normativos que debe reinar en materia de tentativa. Es lástima que, sin embargo, no lo consiga él al proceder a la distinción entre preparación y tentativa: 143.

²⁹ Sobre el contenido de la antijuricidad, 1981, 55.

³⁰ Es decir: no demostración fehaciente de la falta de peligrosidad. Vid. *supra* XIII 7, nota 20.

³¹ Vid. FARRÉ TREPAT, Tentativa, 139.

³² De ahí las dificultades que siempre ha tenido la ciencia penal a la hora de delimitar preparación de tentativa. De ahí que como bien dice FARRÉ TREPAT, Tentativa, 138, el concepto legal de “comienzo de ejecución” sea tan difícil de precisar y haya llevado a algunos autores a prescindir de intentar definirlo. Vid. también SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 144; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG³, 714, 715, y siguiéndole JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 782. Vid. las atinadas consideraciones de CEREZO MIR, Tentativa, 17 s., haciendo ver que la distinción es una de interpretación de los tipos penales, desdramatizando esta ardua cuestión. Vid. también QUINTERO OLIVARES, PG³, 590; RODRÍGUEZ

por lo demás, de criterios muy semejantes a los que se utilizan para delimitar la tipicidad con criterios de adecuación social, sólo que invertidos: Mientras que la adecuación social sirve para excluir de la tipicidad determinados supuestos de la realidad de la vida no excluibles por el esquematismo de la tipicidad, la delimitación de la tentativa y la preparación, a lo que añadir supuestos de inclusión de la preparación dentro de lo punible, se basará en la necesidad político-criminal de preservar los bienes jurídicos frente a comportamientos prohibidos no tanto por la comprobación del curso causal y la dirección de la finalidad al resultado, aunque ambos pueden estar muy presentes en la representación del legislador para punirlos, como por lo difícil que sea allí acotar la materia de prohibición.

b. La naturaleza de los actos preparatorios punibles

Mientras que la tentativa acabada (idónea o inidónea) no necesita mayor fundamentación para su inclusión en el ámbito de lo punible, porque es la misma del delito consumado —el disvalor-acción, esencia del injusto en la concepción personal, es completo en ambos—, se plantea la duda de qué ocurre con las restantes formas de imputación sin consumación, actos preparatorios y tentativa inacabada.— JAKOBS ha sustentado la sugestiva tesis de que sólo deben considerarse punibles los actos que han *salido ya de la esfera interna* del autor, con exclusión de los demás³³. JAKOBS está pensando sobre todo en actos relacionados con opiniones, como la apología del delito, respecto a los cuales entiende que su punición es signo de debilidad de los Estados que no saben o no pueden combatir esas manifestaciones antisociales con cohesión social. Respecto a actos sí relacionados con la posible comisión de delitos, cuyo sustrato representan, como el depósito de armas, la fabricación de moneda falsa, etc., en cambio, es más dubitativo, ya que su realización supone un peligro real de que se cometan delitos, lo que no sucedería si no existiese ese sustrato. Por la misma razón se justifica, según él, la punición de la tentativa inacabada.— El problema fundamental que presenta la tesis de JAKOBS estriba en la dificultad de definir qué se entiende con el criterio de que el acto haya salido ya de la esfera interna del autor. Si se entiende, como parece el caso, que el acto sólo ha salido de esa esfera cuando el mismo autor, o un tercero, en conexión con el primer acto, ha comenzado a realizar un hecho delictivo, todos los actos preparatorios deben quedar impunes porque precisamente no reúnen ese requisito *ex definitione*. El precio que, sin embargo, debe

11

MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 107 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 220, 338, ss., 358 s., 543; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 54. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 289, advirtiendo de que incluso en estructuras delictivas más complejas, como el delito de omisión y la autoría mediata, las dificultades de delimitación son aún mayores, sirviendo de poco la definición legal de tentativa.

³³ PG, 852 ss., 854; Estudios, 293 ss. (¡leer!).

pagarse por ello es muy elevado y se deslegitima la punición de todos los actos preparatorios que contemplan los códigos penales occidentales³⁴. Con todo, los argumentos que utiliza JAKOBS son muy válidos desde el punto de vista de la garantía de las libertades.

12 Todos los actos preparatorios son actos externos que, tipificados, cumplen el principio de legalidad³⁵. La tesis alternativa a la de JAKOBS puede formularse así: Actos periféricos a lo delictivo, legibles exclusivamente como actos de preparación del delito³⁶, pueden ser objeto de punición restrictiva, siempre y cuando supongan un peligro de producción inminente del mismo, pues la libertad individual a preservar no se ve coartada cuando para lo único que se cercena es para evitar que se utilice para ese fin (comisión del delito) o cuando a su amparo lo único que se persigue es realizar un ataque grave a los principios democráticos fundamentales.— Con este criterio se puede justificar, p.ej., el castigo de la difu-

³⁴ Sobre la punición o no de los actos preparatorios, en fórmula de *numerus clausus* o *apertus*, como manifestación de la tendencia liberal o no de los derechos penales, en legislación y doctrina penal, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 6 ss. [más ampliamente: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 1 62 ss; ADP, 1968, 280 ss: ¡excelente!]. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 580 (= QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 125, 110); JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 263 ss., 268 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 73 ss., abogando por aplicar medidas de seguridad o, en su caso, incluyéndolos (los actos preparatorios) en la PE del CP, no en la PG (79); ANTÓN ONECA, Derecho penal, 437 s.; MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 987 s. Celebra la introducción del sistema de *numerus clausus* para los actos preparatorios en el CP 1995, pero critica la arbitrariedad en la elección de los delitos que los admiten: GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 265. Una muy interesante reflexión crítica sobre los delitos en que se castigan los actos preparatorios de la participación puede verse en SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 152 s. Críticamente también en este sentido POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 728, art. 18, 962. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 299, considera la introducción del *numerus clausus* en la punición de los actos preparatorios de la participación una de las novedades más relevantes del CP de 1995. Soledad BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito, 2004, 134 ss., que ha hecho un estudio excelente de los delitos que contemplan la punición de sus actos preparatorios de la participación, distinguiendo los casos en los que el criterio ha sido correcto de aquellos en los que ha sido arbitrario, desmedido o, incluso, infundado, se atreve a proponer un criterio abstracto muy interesante que circunscribe la punición de estos actos a los delitos que atentando contra la existencia y desarrollo de la persona en sus formas más graves, sean delitos en que de llegar a consumarse no quepa reparación del daño causado. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG³, 562 s.; CEREZO MIR, PG, III, 178 ss. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, EPM-Valle Muñiz, 685 ss., que ha hecho un estudio concienzudo sobre la tendencia a adelantar la esfera de protección en la política criminal actual, sometiéndola a profunda crítica, coloca en el mismo plano los delitos de peligro abstracto y de emprendimiento, delitos de preparación (tipificación autónoma de actos preparatorios) y creación de bienes supraindividuales, todos ellos, y la tentativa inidónea inspirada en una concepción subjetivista del injusto, lo que constituye un despropósito, dado que la tentativa “inidónea” no es una cuestión de técnica de protección de los bienes jurídicos sino que afecta a la quintaesencia de la tentativa y del injusto.

³⁵ *Vid.* no obstante las reticencias de STRATENWERTH, PG, 276.

³⁶ *Vid.* así, atinadamente, QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 56. La alusión del propio JAKOBS, PG, 929, a la comunicación de que el delito ha de tener lugar como nota diferencial de los actos preparatorios de la participación, puede ser entendido como una fundamentación semejante a la del texto.

sión de publicaciones xenófobas o sexistas, etc., el depósito de armas, la fabricación de moneda falsa, los actos preparatorios de la participación (conspiración, proposición y provocación), la apología del delito, etc., supuestos, todos ellos, que *no admiten "lectura" distinta a la delictiva*.— De esta manera, el Estado de Derecho, que también necesita protección frente a actos inmediatamente anteriores a lo delictivo³⁷, que si no serían aprovechados impunemente por quienes quieren atacarlo (protección penal además de cultural: también el mejor modo de combatir el delito es la cultura democrática, sin que ello evite la necesidad del derecho penal), justifica la anticipación excepcional, pues la ponderación de la libertad individual y la defensa social se salda, constitucionalmente hablando, claramente a favor de la segunda, ya que mientras que lo que se limita es sólo lo preordenado al delito y al ataque a valores fundamentales de la democracia, con libertad para todo lo demás, la preservación de la libertad también para preparar el delito y atacar (verbalmente) a los principios fundamentales de la convivencia iría acompañada de un grave peligro de comisión de delitos y atentados contra esos principios más allá de los verbales, con merma de la cohesión social; en tanto que los peligros de extralimitación, sin duda existentes, se atajarían con el criterio de la taxatividad penal: precisa definición del comportamiento predelictivo punible, además de las restantes garantías penales: libertad de expresión, concurrencia de posibles causas de justificación, error de prohibición, juego de atenuantes, etc.

D. Conclusión: el *iter criminis*

En un derecho penal dirigido a motivar al ciudadano a preservar los bienes jurídicos respetando las normas establecidas porque su infracción puede originar un peligro efectivo de lesión de aquéllos, en un derecho penal basado en la concepción personal del injusto, o, al menos, en el predominio del disvalor-acción en su configuración, no cabe situarse en el delito consumado, para considerar a las restantes formas de ejecución del delito como sus formas "imperfectas", pues si es el caso, como lo es, que a la tentativa acabada no puede añadirse nada que dependa de la voluntad del autor para que exista infracción, será esa fase de tentativa acabada la que marque las pautas del *iter*: Quien ha llegado a la fase de tentativa acabada ha hecho todo lo que está en sus manos para lesionar la norma; es más, existe una coincidencia entre la tentativa acabada y la vulneración de la norma penal desde la óptica del autor. El delito consumado, en suma, no es la última fase de la ejecución del delito, sino un añadido, la causación del resultado imputable a la ejecución plena del comportamiento no querido por la norma.— Sí existe, en cambio, un *iter*

13

³⁷ Sobre el acto preparatorio del autor único *vid.* ampliamente JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 302 ss., 337.

entre la tentativa acabada y las fases anteriores de preparación y tentativa inacabada. Lo que ocurre es que, excluido el resultado, lesión o peligro objetivo, como criterio de delimitación, el deslinde debe establecerse con criterio distinto al de mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de cada una (entre otras razones, porque dicha peligrosidad sólo se evidenciaría en la producción o no del resultado, que hemos descartado como criterio de delimitación).

- 14 Los criterios que sí permiten deslindar las distintas fases de la ejecución del delito: preparación, tentativa inacabada y tentativa acabada, sobre la base siempre de la realización de actos exteriores (finales en la concepción personal), lo son el de las *decisiones axiológicas del legislador* y el del *plan del autor*³⁸.— Descartado, como ya se vio, que el plan del autor, su desarrollo, precisamente por formar un *continuum* de actos que van desde el inicio de la realización de la resolución delictiva hasta el último acto que, conforme a sus representaciones y plan, producirá el resultado, pueda constituir el criterio delimitativo buscado, no queda sino situarlo en las decisiones valorativas del legislador, que se pueden “leer” en la redacción de los tipos, corregida mediante “reducción teleológica” que dé entrada a los principios del derecho penal, como el fundamental en este caso de la prevención de la lesión del bien jurídico (peligro para el bien jurídico), entendida no en el sentido de la concepción del peligro objetivo real, sino en el sentido de la peligrosidad general para los bienes jurídicos en que se fija el legislador para establecer los mandatos legales.— Ahora bien, el hecho de que el criterio delimitativo sea uno axiológico, y variable para cada delito o grupo de delitos, no quiere decir que ese criterio no pueda ni deba ser acompasado al del plan del autor (es más: ¡sin él ni siquiera puede comenzar a pensarse en aquella cuestión axiológica = delimitación entre preparación y tentativa, ideación y preparación!). Antes bien, de la misma manera (en aplicación de ese dogma) que el tipo sólo está completo cuando al tipo objetivo se ha añadido el tipo subjetivo o dolo, relación de congruencia que da lugar a la unidad inescindible que forman el tipo objetivo y el tipo subjetivo, el comienzo de la tentativa, la delimitación entre las distintas fases de la ejecución del delito, lo proporciona el plan del autor³⁹: Sólo cuando conforme al plan del autor se ha alcanzado el punto álgido (peligro inminente de realización del tipo) tenido en cuenta por el legislador para dar por iniciada la fase de tentativa, los hechos constituirán

³⁸ Vid. las atinadas consideraciones de VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 14-16, 98. Insiste muy certeramente sobre el plan del autor (no cumplido en la realidad) como elemento definidor de la tentativa, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 495. Vid. también MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 721 s.; BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 3, 14; PG³, 335 s.; MEZGER, PG, II, 200.

³⁹ Aunque MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 245, acude a un observador objetivo que evite el subjetivismo para delimitar la tentativa acabada de la inacabada, ese observador objetivo se guía por el plan del autor.

tentativa.— En suma, la delimitación entre la preparación y la tentativa la establece axiológicamente el legislador, y en su desarrollo el intérprete, pero su estimación en el caso concreto no puede determinarse sin la representación subjetiva del autor de los hechos que sirven al legislador para establecer el paso a la fase de tentativa. En caso contrario el autor seguirá actuando en la fase de preparación.— Volviendo al ejemplo ya aludido *supra* XIII 7: El autor que se ha propuesto matar a la víctima arrojándola al mar para que perezca por inmersión causa su muerte cuando la introduce en el coche, donde perece por infarto, no ha realizado el tipo de homicidio doloso porque no se ha representado (plan del hecho) los elementos de ese homicidio (muerte por infarto) y sí los de otro (muerte por inmersión) que aún no se han comenzado a realizar (preparación).— *También, pues, el criterio de determinación de la tentativa depende de las representaciones subjetivas del autor; una concepción que no remite a la teoría subjetiva de la tentativa sino a la concepción personal, que se centra en la representación del autor de cursos causales adecuados: en este caso, al que marca el punto crítico del comienzo de ejecución del delito más allá de la mera preparación.*

De cuanto antecede cabe llegar a la conclusión del papel decisivo, ¡que no único!, del plan del autor en la responsabilidad por tentativa. De ahí que se constate la actualidad de lo que en su día dijo WELZEL (*vid. supra* VI 43 ss), cuando afirmó que la tentativa evidencia el primado del disvalor-acción en la configuración del injusto. Hoy no diríamos tanto, pero sí retendríamos lo principal del aserto: no cabe imputar lo que pretende el tipo objetivo sin consideración alguna sobre el correspondiente tipo subjetivo; de ahí que hablemos de la inescindibilidad de los tipos objetivo y subjetivo, sólo separables a efectos analíticos. Y puesto que la tentativa no es concebible sin el plan del autor, que contiene un reducto psicológico, el denostado naturalismo, he aquí un límite al pretendido normativismo en la tentativa. Se explica también, así, la duda permanente sobre la tentativa inidónea (*vid. infra* XIII 27 ss.): su problemática es un derivado, insalvable, de la doble consideración que siempre hay que hacer en el injusto, de su elemento objetivo y su elemento subjetivo; lo que determina que sea inevitable plantear porqué habría de quedar impune el caso (alguno de los muchos que cabe pensar y donde la doctrina que lo defiende quiere detenerse para excluir la responsabilidad por tentativa) donde el sujeto hizo exactamente lo mismo que quien causó el resultado por el simple hecho de que éste no sobrevino sin intervención adicional alguna de aquél.

Como resumen del *iter criminis* vale el siguiente esquema:

a. Preparación

La preparación del delito, al menos en los casos en que excepcionalmente tiene relevancia penal, no consiste en la preparación subjetivo-interna de actos,

15

16

17

sino en actos exteriores plenos⁴⁰, disvalorados como tales en atención a su proximidad a lo que es propiamente la ejecución del delito o tentativa⁴¹. No se castiga, por tanto, una resolución delictiva, ni un acto interno (p. ej., un pensamiento), sino un acto externo muy próximo a la ejecución del delito y que precisamente se pune porque es difícil diferenciarlo de la ejecución (con lo que, de no hacerlo, existiría el peligro de la ejecución que el derecho penal está legitimado a impedir), bien sea porque causalmente (p. ej. fabricación de moneda falsa) el acto hace muy fácil el paso a la fase siguiente (por su utilización a cargo del propio fabricante o un tercero), bien sea porque el acto crea una sugestión al delito (actos preparatorios de la participación: conspiración, proposición y provocación)⁴², bien sea, en fin, porque las libertades democráticas fundamentales se ven claramente perturbadas por actos sólo “legibles” como invitación a vulnerarlas incluso delictivamente (p. ej., apología del delito, difusión de doctrinas y materiales de contenido racista, xenófobo o sexista, etc.)⁴³.

b. *Tentativa*

18 Por lo que se refiere a la *punicción de la tentativa*, lo primero que ha de decirse es que una noción de injusto orientada a la prevención del delito, no puede conformarse con castigar únicamente el delito consumado, no sólo porque la producción del resultado depende en buena medida del azar, sino también, fundamentalmente, porque para producir el resultado hay que realizar unos actos (disvalor-acción) a

⁴⁰ *Vid.* atinadamente SÁINZ CANTERO, PG, III, 150. Así ya QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 56, referido a los actos preparatorios de la participación: consistentes en palabras, cierto, es decir, hechos exteriores. De otro parecer MIR PUIG, PG⁷, 336 (y muy desafortunadamente siguiéndole: JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 15, 71; con mejor criterio POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 15, 732, art. 17 y 18, 958). Sumamente ambiguo JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 225, que coloca un nivel intermedio entre la fase interna del delito y la fase externa, en la que se incluirían las resoluciones manifestadas (para él p. ej. la conspiración), donde no hay actos de ejecución material: confundiendo, pues los planos exterior-interior y subjetivo-objetivo. Defiende en la actualidad la pertenencia de los actos preparatorios a una fase intermedia entre lo interno y la ejecución, MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 700. *Vid.* también SÁINZ CANTERO, PG, III, 149, 151; DEL ROSAL BLASCO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 4, 18; MIR PUIG, EPB, 857. *Vid.* también muy atinadamente, CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 599; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 5, 7, 8; MEZGER, PG, II, 207; WELZEL, PG, 222; STRATENWERTH, PG, 277.

⁴¹ Esto llevó a CEREZO MIR, *Tentativa*, 12, a sostener que el principio de ejecución supone una restricción de la responsabilidad por tentativa. Críticamente, con razón, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 727.

⁴² *Vid.* al respecto FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 215.

⁴³ *Vid.* la atinada reflexión de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 721 (*vid.* también VIVES ANTÓN en: VIVES ANTÓN [coord.], CCP, I, com. art. 17-18, 104), sobre esta espinosa cuestión. *Vid.* también la atinada reflexión de SILVA SÁNCHEZ, *Cuestiones fundamentales*, 149 s., sobre el fundamento de punición de estos actos y sus límites. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 581.

ello conducentes⁴⁴, es decir, sin los cuales aquél no se produciría, al menos en el único sentido que puede interesar atajar al derecho penal, actos que, cuando se comienzan a ejecutar, han originado lo que JAKOBS denomina, gráficamente, vulneración del cuidado (interno) por parte de la persona para que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañinos. Por eso la tentativa no necesita fundamentación (al menos la acabada), porque su quintaesencia es la del injusto penal por antonomasia.

Descartada la peligrosidad objetiva como criterio de delimitación de la tentativa, entre otras cosas porque puede haber peligrosidad sin tentativa y tentativa sin peligrosidad, sólo queda como criterio el de la inminencia de los actos típicos conforme al plan del autor, un criterio que no coincide con el de la peligrosidad, como lo evidencia el caso de la tentativa inacabada, en la que, p. ej, pese a que la primera dosis de veneno por sí misma no producirá ningún efecto relevante, sin embargo, no cabe duda de que representa un claro supuesto de comienzo de ejecución constitutivo de tentativa, dado que lo es típicamente (conducta tipificada) y representa el comienzo de ejecución del plan del autor (que, p. ej., decidió matar con varias dosis de veneno para conseguir su propósito homicida sin que la víctima lo advirtiera, o para que, posteriormente, la policía no encontrara fácilmente pruebas del envenenamiento, etc.).— Por tanto, si toda resolución de ejecutar algo puede suponer y supone frecuentemente la realización de una serie de actos (finales) para alcanzar el propósito último, y el propósito último, pese a los esfuerzos en esa dirección del autor, puede fracasar por desconocimiento de los innumerables y nunca plenamente dominables factores concurrentes a su causación, se hace necesario distinguir, dentro de la tentativa, entre tentativa inacabada y tentativa acabada, y la tentativa de la consumación.

a'. Tentativa inacabada

Ubicada la *tentativa inacabada* en el comienzo de ejecución del delito, queda por justificar por qué, en la medida en que el autor todavía necesita realizar actos posteriores para alcanzar su objetivo conforme al plan que se trazó, no habiendo por tanto salido el plan de la esfera de control del autor, es necesaria su punición. Formulado con palabras de STRUENSEE⁴⁵, necesita todavía justificación qué norma específica lesiona el autor de la tentativa inacabada, siendo así que ya existe otra norma que le dice al autor: “No llegues hasta el final, hasta el punto de

⁴⁴ En palabras insuperables de WELZEL, PG, 222: “Como lo injusto punible reside no sólo en la producción de una lesión de un bien jurídico, sino justamente en la forma de perpetración (el disvalor de acción), que se circunscribe plásticamente en el tipo, el hacer acreedor de pena empieza con la actividad con que el autor se pone en relación inmediata con la acción típica”.

⁴⁵ CPCr, 38, 1989, 420.

que los actos se te escapen de las manos y puedan desencadenar por sí mismos la lesión del bien jurídico”. Dicho de otra forma: Si ya existe esa norma, ¿qué necesidad hay de establecer otra, si es que existe, que le diga a ese mismo autor: “No sólo no llegues hasta el final sino que, además, tampoco inicies la ejecución”?

21 La pregunta, que cobra relieve adicional una vez descartado que el fundamento de punición de la preparación y de la tentativa radique en el peligro objetivo de producción del resultado, tiene justificación fuera de las normas que le dicen al ciudadano cómo comportarse para no lesionar bienes jurídicos, concretamente como norma de autorización que le dice, p. ej., a quien se quiere amparar en la legítima defensa, que no tiene que esperar hasta el último momento en que el agresor aprieta el gatillo, momento en que ya puede ser tarde para la defensa, pudiendo defenderse, p. ej., desde el momento en que el agresor ha entrado en su casa portando un arma de fuego y con presunto propósito homicida (robo, p. ej.). Pero, ¿la tiene también respecto al autor que ha iniciado la tentativa, pero no la ha acabado? Puesto que la respuesta es negativa, debe colegirse de ello que *la punición de la tentativa inacabada se justifica de una manera más próxima a la de los actos preparatorios, con los que linda por un extremo, que a la de la tentativa acabada*, cuya justificación, a su vez, es la prototípica del injusto penal (*vid. infra* XIII 132).

22 Ahora bien, puesto que como hemos visto reiteradamente, entre la preparación y la consumación, inclusión hecha de sus fases intermedias, no hay cesuras y sí un *continuum* difícil de discernir, puede incluso afirmarse que *no hay peligro de lesión de más necesaria prevención por lo persistente de su continuación hasta la lesión, desde la óptica del ordenamiento jurídico y del destinatario de la norma, que el originado por un proceso humano consciente dirigido desde el principio a ese fin*.

b'. Tentativa acabada

23 La *tentativa acabada* es el prototipo del injusto. Todo lo que se diga del injusto es aplicable a la tentativa acabada. La tentativa acabada, por ende, es la plena realización del tipo de injusto, la realización de todo aquello que, conforme al plan del autor, debe producir el resultado. La tentativa acabada agota el injusto, el disvaloración, porque todo lo que falta para que se produzca el resultado (la causación) ha salido ya de las manos del autor y depende del azar, de factores que el autor desconoce, porque conforme a los que conoce el resultado debe sobrevenir sin ulterior actuación de su parte (de ahí la denominación de “tentativa acabada”).

24 Es cierto que el tipo objetivo (del delito consumado) de los delitos de resultado contiene, además, la causación del resultado, de manera que si el resultado no se produce, cualquiera que sea la razón, que en la tentativa acabada desde luego no será la

voluntad del autor (salvo desistimiento voluntario), el delito no se habrá consumado (tentativa inidónea) y sólo cabrá imputar el delito a título de tentativa (por eso en toda tentativa hay un error sobre la causalidad), pudiéndose decir que, ausente el resultado en la tentativa acabada, falta la congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo respecto al resultado causado en concreto, pero eso no quiere decir que el injusto no se dé plenamente, ya que sí ha concurrido todo lo necesario para que se pueda decir que el tipo subjetivo del injusto (el disvalor-acción) se da plenamente, pues para ello basta con que el autor se haya representado (tipo subjetivo) el último acto capaz de producir el resultado [si bien no conviene hablar de tipo objetivo de tentativa, es evidente que el disvalor-acción no contempla sólo una resolución delictiva plena, sino la realización de actos exteriores objetivos capaces, conforme a la representación del autor sobre las leyes de la causalidad que realmente ha desarrollado, de producir por sí mismo el resultado], aunque éste no se haya producido.

c. Consumación

Finalmente, por lo que se refiere a la *consumación*, de la misma manera que todo lo que se diga sobre el injusto es postulable de la tentativa acabada, todo lo que se diga del resultado, el disvalor-resultado y la causalidad, es postulable del delito consumado. La causación real del resultado, unido a la tentativa acabada, constituyen el delito consumado. Concebido como condición objetiva de punibilidad (tesis finalista) o concebido como disvalor-resultado, con el mismo rango que el disvalor-acción (tesis dominante), y resuelto con criterios de causalidad e imputación objetiva, el resultado es un *añadido a la plena realización del comportamiento delictivo, constituido por la tentativa acabada*⁴⁶.— Esos dos componentes, acabados de aludir, disvalor-acción y disvalor-resultado, no pueden ser unificados por ningún criterio y representan una dicotomía insalvable en derecho penal⁴⁷. El legislador, que contempla, y seguirá contemplando, delitos de resultado, no puede modificar la componente de azar que media en todo resultado. Que la responsabilidad aumente o no por el hecho de que tras el disparo la víctima muera tres meses después en el hospital, o no, tras múltiples vicisitudes que el autor de los disparos ni imaginó, no hay legislador que pueda solventarlo. Que ante esto, el legislador opte por tener en cuenta, a efectos de penalidad, el grado de progresión alcanzado y el momento en que se produjo la falta de peligrosidad, como hace el español, o sólo contemple, en general, la atenuación de la pena de la tentativa como facultativa,

25

⁴⁶ Dice lo mismo, formulado a la inversa: en la tentativa lo que falta es la consumación a la que aquella se dirige, SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 129, 130. *Vid.* también NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 23, 54. Se resuelve así el problema que atormenta a MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 245 ss., sobre el “salto” de la tentativa acabada a la consumación en una concepción monista del injusto. *Vid.* muy atinadamente POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 733.

⁴⁷ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, ADP, 1991, 792.

como hace el alemán, es una muestra más de que las cuestiones ontológica y axiológica deben mantenerse separadas (*vid. supra* IV 56).

2. LA TENTATIVA

A. Concepto y fundamento

26 El art. 16. 1 establece que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”⁴⁸.— Con esta definición, el legislador de 1995 ha simplificado considerablemente la regulación de la tentativa en comparación a lo que ocurría con anterioridad a esa fecha⁴⁹, llevando a cabo una redacción muy exacta de lo que sí es su competencia que, sin embargo, deja abierta la puerta para que los tribunales de justicia y la doctrina científica la llenen de contenido y resuelvan los problemas emergentes de la práctica, sin que el legislador se inmiscuya (como no lo hace con otras categorías también genuinas de la teoría del delito, p. ej. el error) (*vid. supra* VIII 301), conforme a la teoría del delito que se revele como la que propicia soluciones más justas y armónicas con sus propias premisas, dentro, siempre, de los amplios límites que sí establece la ley⁵⁰.

⁴⁸ Y el art. 62, que lo complementa, dice: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”. Sobre la tentativa en el derecho histórico y comparado, *vid.* la erudita exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 455 ss. Sobre la historia de la tentativa en el derecho comparado *vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG³, 550 s.; sobre derecho comparado actual: 566 ss. Sobre la historia de la tentativa *vid.* también MEZGER, PG, II, 189 ss.

⁴⁹ En la redacción anterior del CP (de 1973) se distinguía entre tentativa y frustración y se contemplaba expresamente la tentativa inidónea: “Hay frustración cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad de aquél”. “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”: art. 3 II y III. “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley al delito consumado”. “La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito”: art. 52, II y III. “A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito consumado”: art. 51. Sobre el alcance de la reforma de la regulación legal de la tentativa en 1995, en general: JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 712 ss., art. 16, 788 ss., con especial atención a la tentativa inidónea [794 ss.], en el sentido de entenderla incluida en la n. r., con exclusión sólo de la tentativa irreal o absolutamente inidónea.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 122, habla muy certeramente con referencia a los términos empleados por el legislador para acuñar la tentativa de *topoi* que deben ser aplicados a la práctica en un proceso nada fácil de desarrollar. *Vid.* también, siguiéndole, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1160. *Vid.* ya PUIG PEÑA, PG, II, 258.

MUÑOZ LORENTE, en el excelente capítulo III de su monografía sobre la tentativa inidónea [74 ss.], ha planteado minuciosamente el problema de la regulación legal de la tentativa, concretamente el de la punición de la tentativa imposible, dando cuenta de los argumentos que la doctrina (mayoritaria) podía ver (y, sin embargo, no ha visto) como favorables a la voluntad del legislador español de 1995, de abolir la figura del CP, como asimismo (y esto es mucho más grave) las profundas discrepancias jurisprudenciales acerca de la misma cuestión (con numerosos fallos de la jurisprudencia superior e inferior contradictorios) [84 ss.]⁵¹, la profundas discrepancias doctrinales reinantes, agudizadas por “nocivas” influencias alemanas [105 ss.], la ambigüedad con que el tema fue tratado en los debates parlamentarios del nuevo CP [135 ss.] y la solución que intuitivamente se adoptó (siguiendo las sensatas sugerencias de FARRÉ TREPAT), de compromiso, y, por tanto, no alentadora (como la jurisprudencia recaída corrobora) de futuros acuerdos; situación a la que MUÑOZ LORENTE se atreve a ofrecer una alternativa satisfactoria *de lege ferenda* que reconoce expresamente la tentativa inidónea, que además configuraría el legislador expresamente mediante *nomen iuris* propio y referencia al hombre medio, descartando pues el subjetivismo y la peligrosidad *ex post* [145].— Desdramatizando la cuestión⁵², sin restarle importancia, debe decirse: 1) Ciertamente, hay una profunda, pero nítida, discusión doctrinal, de la que se ha contagiado la jurisprudencia, entre exigir peligrosidad *ex post* para estimar tentativa y conformarse con la peligrosidad *ex ante* (*vid. infra* XIII 42 ss.). Esta cuestión se irá dilucidando con el tiempo, aumentando la

⁵¹ *Vid.* también la excelente exposición sobre este desconcierto jurisprudencial (del que es responsable, por ese orden: de menor a mayor, la propia jurisprudencia, el legislador y, sobre todo, la *doctrina científica*) en la extensión de la punibilidad de la tentativa imposible, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, PJ, 59, 2000, 147 ss., quien, oportunamente, se atreve no obstante a recordar que hay una tendencia proclive a reconocer la tipicidad y punibilidad de la tentativa imposible [148]. *Vid.* también SÁNCHEZ DOMÍNGO/PÉREZ PARENTE, LL, 1998-1, 1804 s. SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 123, recuerda que ya el art. 52. 2 a. r. había sido respaldado por el TC. *Vid.* también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1164 Afirma demasiado categóricamente que el legislador de 1995 se ha pronunciado terminantemente, con argumentos que lo corroboran (que la afirmación es precipitada), contra la punición de la tentativa imposible, VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 61-64, 389. Como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 279. Con mejor criterio, en sentido contrario, MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 712 ss. *Vid.* también sobre el horizonte creado por la redacción de 1995 en la materia las ponderadas consideraciones de MIR PUIG, RJC, 2001-3, 692 ss. Realiza también una sugestiva y convincente apreciación de las posiciones en la ciencia penal alemana, asimismo dividida, STRATENWERTH, PG, 280 ss.

⁵² Merece la pena releer el importante trabajo de SUÁREZ MONTES, ADP, XIX, 1966, 215 ss., donde pasa revista a la jurisprudencia del TS recaída con posterioridad a la reforma de 1944, que introdujo el art. 52 II, consagración legal de la punición (atenuada) de la tentativa imposible, que provocó una profunda discusión y discrepancia doctrinal y jurisprudencial, acerca del concepto de tentativa punible, muy semejante, sólo que de signo inverso (entonces parecía concebirse subjetivamente la tentativa, como ahora parece hacerlo objetivamente): Lo que prueba que, sin dramatizar, hay cuestiones, como ésta, que deben quedar en manos de jurisprudencia y doctrina. PUIG PEÑA, PG, II, 270, hablaba ya para referirse al delito imposible en 1969 (¡y desde antes y después el problema sigue vivo!), de “problema de ardoroso empuje y viva controversia”. *Vid.* también las atinadas reflexiones de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 449 ss., sobre el añejo problema de la tentativa imposible en nuestro derecho.

comprensión respecto a la inexigencia de peligrosidad *ex post* para castigar por tentativa, al menos en casos en que no hacerlo crearía una profunda laguna de punición. 2) A pesar de la discusión, no ofrece problemas irresolubles determinar la pena de la tentativa en atención, entre otras cosas, a la mayor o menor peligrosidad *ex post* de la tentativa (*vid. infra* XIII 194 ss.); con lo que las discrepancias entre partidarios de la consideración *ex ante* y *ex post*, en cierta medida, se palián. 3) Cuestión, además de controvertida, como la de la consideración *ex ante* – *ex post*, nada nítida, a diferencia de la anterior, es la que media entre los partidarios de basar el fundamento de la tentativa en la peligrosidad *ex ante* acerca de cómo configurarlo, razón por la cual ni es conveniente tipificar expresamente, ni mucho menos definirla en alguno de los sentidos que se barajan doctrinalmente, por muy mayoritario que sea, la tentativa inidónea, en contra de lo que pretende MUÑOZ LORENTE [95]. Por eso es positiva la actitud abstencionista del CP 1995.

28 Por su parte, SOLA RECHE, que ya en su libro sobre la tentativa inidónea había sostenido (“Tentativa inidónea”, 119) que la nueva regulación de la tentativa en el CP 1995 no prejuzga la cuestión sobre cuál es la tentativa inidónea exenta de punición, en contra de lo que pudiera parecer: impunidad de toda tentativa inidónea, y que además, allí mismo, ha hecho consideraciones certeras sobre lo condicionado, conceptualmente y de tratamiento punitivo, de la tentativa inidónea por el concepto de injusto de que se parta (“Tentativa inidónea”, 3 ss.), ha planteado recientemente las posibles razones de la confusión en torno a la tentativa inidónea no superables con la intervención del legislador (EPM-Valle Muñiz, 773 ss.). De la tentativa inidónea todo es controvertido. Desde la definición, que quizá abarque más supuestos de los que doctrinal y legalmente se reconocen (inidoneidad del medio, del objeto y del sujeto: por qué no la de la utilización de medios idóneos, se pregunta SOLA RECHE), hasta los ejemplos para ilustrarla, pasando por la concreción del reducto en el que podría haber acuerdo doctrinal o “imposibilidad de llegar a la consumación”, pasando por los criterios de concreción de esa imposibilidad, es decir, el juicio de previsibilidad objetiva necesario si no se quiere caer en el más craso subjetivismo (tentativa irreal) y la necesidad de distinguir entre peligro y peligrosidad. La cuestión es tan discutida que la redacción de la tentativa en 1995 no sólo da lugar a discrepancias doctrinales (¿ha dejado impune la tentativa inidónea el CP de 1995?) entre quienes sostienen diferentes concepciones de partida sobre el injusto, sino también entre quienes parten de las mismas premisas, ilustrándolo con pareceres diversos de CEREZO MIR, GRACIA MARTÍN y él mismo, en el seno de la escuela de Zaragoza (*vid. infra* XIII 88).

29 En las antípodas de lo que es la problemática de la tentativa se sitúa POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 825 ss., para quien el legislador de 1995 ha perdido la oportunidad de zanjar definitivamente el problema de la tentativa, para lo cual, sobre la base de exigir la manifestación de una voluntad psíquica [831] a través de actos al menos parcialmente ejecutivos [837] e inequívocamente exteriores [835], lo que no se compadece con ulteriores concreciones legales [838], debía de haber excluido la tentativa inidónea [841 ss.] de toda posibilidad de

punición, bastando la peligrosidad *ex tunc* y *ex nunc* independiente de la consumación presente tanto en el delito consumado como el intentado [849, 852] –todo ello muy influido por la concepción de SUÁREZ MONTES [844]: “La idoneidad de los actos punibles tiene, pues, una base *objetiva*: es idoneidad fáctica, inmanente a los propios actos ejecutivos. Las propiedades de la idoneidad tienen una dimensión estadística y una perspectiva social, que configuran una noción *objetiva* de *adecuación* a la consecución del resultado típico” [845]–, peligrosidad a la que sumar el disvaloración o tipo subjetivo de tentativa [857], que igual al del delito consumado, aquí, por ausencia de consumación, alcanza un significado superior.– Se comprende que esta visión tan simplificada de la tentativa, que, ella misma, evoca difíciles problemas delimitativos, más que servir para criticar la inseguridad de la regulación legal, advierte del peligro de perpetuar decisiones legislativas basadas en conceptos poco seguros; que es, como venimos viendo, lo que justifica la abstención del legislador en la materia.

Una excelente y desdramatizadora posición conciliatoria es la de STRATENWERTH, PG, en el derecho alemán, para quien todos los autores, pese a sus discrepancias, están de acuerdo en que la única tentativa punible es la seria [289 s.] y que la alusión legal a la exclusión de la burdamente insensata, que en sí mismo no resuelve nada, significa mucho sistemáticamente [291], ya que (1) revela que no cabe distinguir entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, en el sentido que quería FEUERBACH (objetivamente), pero, a su vez, ello no significa (2) que el concepto de tentativa haya de ser uno subjetivo, a pesar de que tampoco es fácil siempre determinar dónde empieza lo subjetivo [293 s.], lo que le lleva (3) a extender el límite absoluto de la “burda insensatez”, sin duda no punible, y a buscar el criterio en el ámbito de las relaciones causales conocidas comúnmente [295]; incluso el aspecto más concreto de la atenuación de la pena en la tentativa lo contempla STRATENWERTH en términos conciliadores, haciendo ver, convincentemente, que si bien es cierto que la atenuación sólo facultativa del derecho alemán justifica que la ausencia de resultado sea compensada por la especial desconsideración del autor, también la ausencia de resultado ha de ser un criterio de atenuación, pues de otra forma no cabría hablar de “contrapeso”, siendo argumentos de este tipo los que justifican que el legislador alemán no haya querido establecer el carácter obligatorio de la atenuación en la tentativa [291].

La definición legal de la tentativa pivota sobre tres pilares fundamentales que deben respetarse por todas las teorías que los precisen en armonía, lógicamente, con la noción de injusto que sustenten, con la que tan imbricadas están aquéllas. Estos tres pilares son: 1º) El autor ha de haber realizado *hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente*, lo que, obviamente, excluye que la tentativa, su responsabilidad, se sustente sólo sobre la voluntad (la resolución)⁵³ delictiva si ésta todavía no se ha concretado en *hechos exteriores*, como que los hechos externos realizados sólo aparezcan remo-

⁵³ Así, atinadamente, CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 610.

tamente conectados con la *genuina realización del hecho típico*⁵⁴. Con este criterio, pues, se impide la ampliación del ámbito de la tentativa (punible) a costa de la preparación (por lo general impune)⁵⁵. 2º) Los hechos exteriores, comienzo de realización del hecho típico, han de ser *objetivamente adecuados para la producción del resultado*⁵⁶. Con este elemento de la definición legal se alude claramente a la *causalidad*. La tentativa sólo existe cuando se ha puesto en marcha un nexo causal adecuado para la producción del resultado; lo que no tiene nada de extraño porque el tipo de los delitos de resultado (la sede por antonomasia de la tentativa) incluye también como elemento esencial la causalidad conforme a ley (*vid. supra* VIII 135). Con este criterio, se excluyen del ámbito de la tentativa los supuestos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa, caracterizada, precisamente, porque en ella el autor se ha representado un nexo causal que sólo en su mente, pero no en el saber nomológico acuñado, es susceptible de causar el resultado⁵⁷. 3º) El nexo causal adecuado puesto en marcha por el autor

⁵⁴ En este sentido, también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 719 s.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 590; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 123; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 500; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 610; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 479 s. (quienes acertadamente otorgan papel decisivo para el comienzo de la ejecución al *plan del autor*).

⁵⁵ En este sentido, también CEREZO MIR, PG, III, 187. *Vid. ya:* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 121; PUIG PEÑA, PG, II, 258; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 437; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 187, que muy certeramente indicaba ya que “directamente” no significa necesariamente “de propia mano”.

⁵⁶ CEREZO MIR, PG, III, 191 s., que siguiendo a Alicia GIL GIL, considera con razón que cabe la tentativa en los delitos de mera actividad (de otro parecer: QUINTERO OLIVARES, PG³, 594 (= QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 16, 117); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EPR-Ruiz Antón, 839 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 229; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 444: delitos formales), entiende que la alusión a medios adecuados objetivamente a la producción del resultado debe entenderse referida a la consumación (equivalente). Así también ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 140 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 876, siguiendo a PETROCELLI; realizó una exégesis excelente sobre la equivalencia entre tentativa y ejecución (no causación), resultado y consumación, con consecuencias para justificar la tentativa en los delitos de actividad, CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 188; MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 723 s. (con muy precisa argumentación); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 38 ss. (con consideraciones también sobre su impunidad en los delitos de emprendimiento); JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 563. RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 242, admite la tentativa sólo en los delitos de actividad de varios actos (siguiendo a la doctrina italiana); GIMBERNAT ORDEIG, PG, 113; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 489; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 255 (aunque advirtiendo del peligro de extender la punibilidad en estos delitos a la mera preparación), 266; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 801.

⁵⁷ *Vid.* MIR PUIG, PG⁵, 355 (ampliamente, sobre el término “objetivamente” en la regulación legal: RJCcat, 2001-3, 696 ss.); SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 132. Un amplio sector doctrinal al que incluso se ha adherido CEREZO MIR, entiende que esta alusión a hechos que objetivamente debieran producir el resultado es un espaldarazo a una determinada concepción doctrinal de la tentativa, concretamente la objetiva (*vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO [dir.], CCP, com. art. 16, 75, 77 s., que considera excluida la tentativa imposible: inidoneidad del objeto y empleo de medios absolutamente inidóneos, incluyendo pues los medios relativamente inidóneos), lo que todos sus defensores,

no ha de haber desembocado en la producción del resultado (por causa ajena a la voluntad del autor: desistimiento), pues, de otra manera, no estaríamos ante una tentativa sino ante un delito consumado. Por tanto, si el autor ha puesto en marcha un proceso causal adecuado y, no obstante, el resultado no se ha producido, se está diciendo con ello que en toda tentativa hay un *error sobre la tipicidad*, sobre la causalidad, es decir, que falta la concreta causalidad a través de la cual las representaciones del autor sobre la propiedad de sus actos para modificar la realidad en la línea querida por él y prohibida por el ordenamiento jurídico pueden producir sus efectos⁵⁸.

Como consecuencia de la presencia de un error en los casos de tentativa podemos ver que si tomamos el grado más avanzado de la progresión del delito previo a la consumación, nos encontramos con lo que la doctrina denomina tentativa acabada, caracterizada porque en ella el autor cree haber realizado todos los actos necesarios para que sobrevenga el resultado perseguido y, sin embargo, éste no se produce (sin que haya sido él quien lo haya impedido). Aquí resulta evidente que, como decimos, lo que el autor ha sufrido ha sido un error. *Ejemplo*: El autor ha entregado a la víctima el vaso que contiene el veneno letal y, en el momento de llevárselo ésta a la boca, se le resbala de la mano y se rompe en el suelo⁵⁹.

Desde el punto de vista del bien jurídico “vida humana”, ¿qué ha ocurrido en este caso? Sin duda no se ha producido la lesión (evidenciada en el resultado muerte). La presunta víctima de este homicidio intentado está antes, durante y después de los acontecimientos igual de viva, con tanta o tan poca salud en un

a pesar de las diferencias entre ellos, reivindicar: peligrosidad *ex post*, peligrosidad objetiva *ex ante*, etc. *Vid.* también POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 823. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 461 ss., quien hace decir a la regulación legal: 1) que no basta con la representación subjetiva de un curso causal adecuado: contra GRACIA MARTÍN, sino que es precisa la potencialidad causal de la acción en la realidad, no en la mente del autor; 2) que no exige peligro *ex post*, basando el peligro *ex ante* de MIR PUIG; 3) que no pertenece al ámbito de la tentativa la tentativa escasamente peligrosa, contra SILVA SÁNCHEZ. Si fuese como ALCÁCER GUIRAO piensa, el CP habría supuesto un mini-tratado de la tentativa. Evidentemente no ha podido ser esa la voluntad del legislador de 1995. Con mejor criterio, como en el texto, sobre el término legal “objetivamente”: BACIGALUPO, PG⁵, 339 s.

⁵⁸ Sobre el contenido de error de la tentativa *vid.* las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 110. *Vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 18 s; BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 3, 13; PG⁵, 340.

⁵⁹ De la misma forma que en la tentativa inacabada el autor sufre un error referido no a la producción definitiva del resultado, pero sí a alguno de los escalones intermedios necesarios para ello; *ejemplo*: el autor ha comenzado a suministrar dosis de veneno en escasa cuantía, para que no se note que está envenenando, pero antes de causar la muerte, un examen de rutina permite detectar que la víctima está siendo envenenada.

momento como en los otros. No ha habido, pues, lesión del bien jurídico y, sin embargo, hay delito: un delito de homicidio en grado de tentativa. De ahí que se dijera con anterioridad (*vid. supra* VIII 14) que el delito no se puede definir como lesión de un bien jurídico, ya que *ex definitione* en ninguna tentativa hay lesión del bien jurídico y sí delito⁶⁰.— Ahora bien, admitido que no ha habido lesión (esto es: una alteración del estado de cosas en el mundo exterior, por oposición a las intenciones o propósitos con los que se actúa sin llegar a modificarlo), ¿no ha habido un peligro de lesión (entendido en el mismo sentido que la lesión: o sea, como alteración del mundo exterior que haya aumentado las posibilidades, considerablemente quizá, de que sobrevenga la efectiva lesión)?— Durante mucho tiempo, ciertamente de manos de una concepción puramente objetiva del injusto, éste ha sido un planteamiento muy extendido en la doctrina penal sobre el concepto y fundamento, a la vez, de la punición de la tentativa, que, entre sus muchas virtualidades, se ha venido empleando para fundamentar el injusto de la tentativa de una forma objetiva (teoría objetiva de la tentativa) (*vid. infra* XIII 43 ss.), en el sentido antes mencionado, de “alteración del mundo exterior”.

- 34 Así pues, ¿ha habido peligro de lesión en el ejemplo considerado?— La respuesta a este interrogante, a su vez, obliga a distinguir: Si se procede a una consideración *ex post*, es decir, una que se sitúa tras el discurrir de los acontecimientos, la respuesta ha de ser negativa: La vida de la víctima a envenenar nunca ha estado en peligro, porque la cadena causal que habría debido producir la muerte se ha roto antes de que la integridad de la víctima haya experimentado menoscabo alguno. Si se admite este razonamiento parece claro concluir que allí donde no ha habido lesión no hubo peligro alguno de lesión. Esta conclusión se puede formular igualmente en los siguientes términos (*vid. supra* VIII 66): Para poder afirmar el peligro hay que constatar su única manifestación fidedigna que es la lesión de que va seguido.— No obstante, este planteamiento tiene actualmente todavía muchos seguidores, que entienden que siendo cierto que *ex post* ninguna tentativa ha sido peligrosa, eso no excluye que, *también* “*ex post*”, pueda comprobarse que la tentativa en algún momento de su realización sí fue peligrosa, frente a la que nunca lo fue, debiéndose trazar ahí la línea entre la tentativa punible y no punible: el dis-

⁶⁰ De aquí se deriva una doctrina unánimemente compartida según la cual toda tentativa es inidónea en una consideración *ex post*: FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 177; SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 166; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 6; SILVA SÁNCHEZ, *Cuestiones fundamentales*, 134; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito*, 27, que lo formula a la inversa, diciendo que no existe una categoría específica de tentativa inidónea, sino simplemente tentativa y tentativa irreal. *Vid.* también MIR PUIG, *RJCat*, 2001-3, 706 s. *Vid.* ya CEREZO MIR, *Tentativa*, 32; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *CCP*, I, com. art. 3. 2 y 3, 93; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*¹⁶, 789; STRATENWERTH, *PG*, 292; JAKOBS, *PG*, 872 s.

paro dirigido al ya cadáver nunca fue peligroso, el disparo dirigido al vivo que en última instancia esquivó ser alcanzado, sí; punibilidad del segundo caso e impunidad del primero.— En realidad, si se observa bien, esta teoría no es una de la peligrosidad *ex post* sino, más bien, de la exclusión de la peligrosidad “*ex post*” cuando se ha conocido un factor que hizo absolutamente imposible la consumación en algún momento, pero en ausencia del cual no podría asegurarse nunca que otro factor, desconocido, también la habría impedido (*vid. infra* XIII 49). Luego por lo tanto sigue siendo necesario encontrar un fundamento a la tentativa cuya falta de peligrosidad aún no ha sido comprobada, que la teoría de la peligrosidad *ex post* no proporciona.

Por contra, parece, a primera vista, más verosímil otra consideración de la peligrosidad que, a diferencia de la anterior, tiene muchos seguidores en la actualidad, con MIR PUIG⁶¹ como su principal exponente, la llamada peligrosidad *ex ante*.— Efectivamente, un sector de la doctrina (*vid. infra* XIII 59 ss.), que está dispuesto a admitir que, *ex post*, toda tentativa se ha revelado ineficaz para representar una lesión del bien jurídico, en cuanto que el resultado lesivo no se ha producido (por la razón que sea), considera que la genuina tentativa es aquella en la que, en el momento de actuar el autor, esto es, *ex ante*, se creó un peligro de lesión que, después, no se materializó, residiendo en tal peligrosidad *ex ante* el disvalor-resultado (más exactamente: disvalor-peligro) al que se añade el disvalor-acción, constituido por el dolo de consumir el delito que, juntos, proporcionan el injusto de la tentativa, definida como la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico; con lo que se evitaría el temido *subjetivismo* en que, a su parecer, cae el finalismo cuando afirma que en la tentativa sólo se da un disvalor-acción no seguido de disvalor-resultado alguno.

El ejemplo más utilizado para demostrar la peligrosidad *ex ante* es el constituido por la tentativa de homicidio de quien se cree que reposa en la cama cuando, en realidad, la cama fue abandonada por su ocupante unos instantes antes, disparándose sobre el bulto que forma la almohada en la creencia de que se trata de la víctima⁶². En este caso, sostiene la doctrina comentada, lo que *ex post* se mostró como tentativa inidónea, *ex ante* fue una idónea, ya que el acto pudo ser apto para lesionar el bien jurídico, para lo cual hubiera bastado que, como el autor creyó, la cama hubiese estado ocupada. Esto, sin embargo, no es del todo exacto. Como ya se dijo, el peligro es un estado real previo al de lesión, es decir,

⁶¹ PG⁵, 139 ss, PG⁷, 350.

⁶² *Vid.* SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 3, advirtiendo, con razón, sobre la inseguridad de la doctrina reinante en la materia, con escepticismo sobre la posibilidad de que el problema conceptual lo resuelva el legislador y tímida alusión a que quizá (podemos decir mejor: seguridad) la solución a todo está en el concepto de injusto de que se parta (4 ss.).

que existe o no existe, careciendo de fundamento fijar un momento u otro (el de realizar la acción, el de la producción hipotética del resultado u otro) para determinar que se ha constatado o no el peligro (*vid. supra* VIII 66). En el ejemplo considerado no cabe hablar de peligro, ni *ex post* ni *ex ante*; lo que sí ha habido, por eso es un caso de tentativa, ha sido una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha, que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad.— Poco importa que el homicidio no se haya consumado porque la víctima ni siquiera ha dormido esa noche en la cama (deshecha desde el día anterior), o porque sólo unos instantes antes de la entrada del homicida la hubiese abandonado, o porque, en fin, estuviese allí y el disparo no le alcanzó, si todo ello lo ignora el autor por creer que la víctima estaba allí hacia donde disparó.— *Lo decisivo son los conocimientos del autor*. Por tanto, cuando la doctrina de la peligrosidad *ex ante* habla de *peligrosidad objetiva*, sólo está aludiendo a las representaciones subjetivas del autor que, en estos casos de tentativa “inidónea”, está aplicando un saber nomológico adecuado a una realidad inadecuada por desconocimiento de alguno de los innumerables y nunca plenamente dominables factores que influyen sobre un proceso causal real, que imposibilita la eficacia de la acción.— Esta doctrina, a la postre, no se distingue en nada, y es su formulación, en términos objetivos (juicio de adecuación), de los conocimientos que el autor ha de aplicar a la realidad para que se pueda hablar de dolo de resultado o finalidad, y que constituye el injusto o disvalor-acción en la concepción personal. En ese saber nomológico puesto en práctica reside la objetividad finalista que permite resolver, mejor que otras concepciones, cuándo hay injusto intentado y cuándo actos jurídicamente irrelevantes porque faltó el dolo, que abarca un nexo causal real y un objeto de ataque adecuados a finalidad.

37 Si se aceptan las anteriores premisas, cabe llegar a la conclusión de que, a la luz de la doctrina del injusto personal, carece de sentido distinguir (conceptualmente) entre tentativa *idónea* e *inidónea* (*vid. infra* XIII 91 ss.). La tentativa se fundamenta en la aplicación de leyes causales idóneas que, debido a la imposibilidad de prever todos los acontecimientos, a veces no causan el resultado.— Claro que para ello hay que creer en la posibilidad de establecer una distinción entre conocimiento nomológico y conocimiento ontológico, lo que recientemente está siendo contundentemente cuestionado en la doctrina.— De esta manera, además, se desvirtúa otra dicotomía característica de la teoría de la tentativa como la que distingue entre *inidoneidad absoluta* y *tentativa irreal*, impunes, por un lado, e *inidoneidad relativa*, punible, por otro (*vid. infra* XIII 93)⁶³: Sin conocimiento de

⁶³ Contrario a buscar un distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea en el art. 16, también MIR PUIG, RJCat, 2001-3, 708. En esta línea ya BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 3, 15, PG⁵, 341.

las leyes causales idóneas (dolo) no hay tentativa. Los casos de inidoneidad relativa tampoco son, en puridad, casos de tentativa, y requieren un título de imputación específico (situado en la órbita de la ampliación de la esfera de punición en el ámbito de la preparación y la tentativa para proteger adecuadamente la seguridad de los bienes jurídicos).

De todo lo anterior habrá que ocuparse en lo que sigue; pero antes hay que mencionar otro intento de fundamentación de la tentativa que desplaza su problemática desde el mundo naturalístico en que siempre ha discurrido la cuestión al plano normativo de los fines regulativos en el contexto de lo que se ha dado en llamar *normativización del derecho penal*, con Günther JAKOBS como su principal exponente.

38

B. La normativización de la tentativa

En su línea, de *normativizar* el sistema penal más allá del naturalismo imperante en doctrina y legislación, lo que se evidencia muy bien en esta materia de tentativa⁶⁴, JAKOBS⁶⁵ supera la discusión reinante en torno al fundamento de punición de la tentativa con el contrapunto del delito consumado, apelando a lo que ha sido su piedra de toque del sistema penal total desde el principio: tanto se rebela contra el ordenamiento jurídico el autor del delito consumado como el del intentado. En este aspecto, no hay diferencia (JAKOBS se ahorra, así, buscar una fundamentación a la tentativa).— A su vez, el límite de la responsabilidad por tentativa lo esclarece por contraposición a la tesis subjetivista de Armin KAUFMANN, para quien también la tentativa supersticiosa es punible (*vid. infra* XIII 78) con un criterio objetivo de cuño socio-comunicativo⁶⁶: de ahí que la tentativa burdamente supersticiosa carezca de relevancia penal, pues los demás no verán condicionadas por ella sus planes vitales.— Pero, a su vez, qué sea comunicativamente relevante lo proporciona el contexto: disparar en dirección a la víctima es relevante, colocar un imán en la pared para provocar dolor de cabeza en quien escucha al otro lado del tabique, no; salvo que el contexto introduzca el caso en la tentativa: se encontró en la casa de quien quiso envenenar con un método irrisorio un libro de plantas venenosas, o lo vuelva a sacar: el autor del disparo en dirección a la víctima acostumbra a gastar bromas tan pesadas como disparar a rozar. Etc.

39

Ante este parecer tan sugestivo de JAKOBS hay que hacer notar lo siguiente: Que tan vulneración de la fidelidad al derecho lo es la tentativa como el delito consumado no es más que manifestación de la simetría reinante entre lo que ocurre desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y lo que ocurre desde la pers-

40

⁶⁴ *Vid.* al respecto REY SANFIZ, *Tentativa jurídico penal*, 17.

⁶⁵ *Estudios*, 229 ss.

⁶⁶ En el mismo sentido, siguiéndole, BACIGALUPO, *PG*⁵, 340.

pectiva del destinatario de la norma. Aquí se encuentra la coherencia de un sistema lógico-funcional como el defendido en esta obra.— Lo mismo ocurre con el criterio objetivo de delimitación entre la tentativa inidónea e irrisoria. El criterio de JAKOBS (defendido también por otros en España)⁶⁷ es mejor que el de KAUFMANN, pero peor que el de STRUENSEE. Es más, su aplicación al contexto comunitario es una vuelta a Armin KAUFMANN: Existen contextos colectivos supersticiosos. Además, el contexto fluctúa. Ni el libro de setas venenosas debe meter al sujeto en la tentativa, ni su desaprensión (bromas pesadas) sacarlo. Es preferible el criterio científico de STRUENSEE, para quien sólo la causalidad adecuada a ley fundamenta la tentativa (*vid. infra* XIII 93). Claro que, para ello, hay que creer en la distinción entre conocimiento de hechos y conocimiento de leyes causales (*vid. infra* XIII 98 ss.).— La cuestión del contexto para la distinción tentativa inidónea/tentativa irrisoria, que es la misma que la del dolo, de JAKOBS, es una aportación capital en la teoría, y puede ser decisiva en contextos estandarizados muy propios del delito imprudente; pero de difícil inclusión en el delito doloso, donde es más difícil contextualizar. Ocurre algo semejante a lo que se presenta con la imputación objetiva⁶⁸.— En cualquier caso, es una gran aportación que dará frutos en el futuro.

- 41 El planteamiento de JAKOBS es una buena manifestación del acercamiento perspectiva del autor – perspectiva del ordenamiento jurídico, de ninguna de las cuales se puede prescindir, pues se implican en un sistema lógico-funcional, en contra de lo que pretenden, innecesariamente por lo demás, los actuales normativistas, temerosos de contaminarse del naturalismo al que la ciencia penal del siglo XX debe sin embargo sus mayores logros.

C. La cuestión del concepto y el fundamento de la tentativa en la doctrina científica⁶⁹

- 42 A continuación, y para reflejar el estado actual de la discusión doctrinal en torno al *fundamento de punición de la tentativa*, se pasará revista a una serie de aportacio-

⁶⁷ *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, PG⁵, 338 ss; REY SANFIZ, *Tentativa jurídico-penal*, 100 ss.

⁶⁸ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *Aspectos sustantivos procesales del dolo*, CDJ, VII, 2005, 30 s.; *Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva*, CPCr, 89, 2006, 5 ss.

⁶⁹ Una excelente exposición de las teorías sobre el fundamento de punición de la tentativa puede verse en FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 3 ss., elaborada en perspectiva histórica, poniendo de relieve la importancia de FEUERBACH en el nacimiento de la fundamentación objetiva y contrastando sus variantes con la concepciones subjetivas, y su superación con las teorías mixtas, con especial referencia a la teoría de la impresión. Por su parte, la discusión doctrinal sobre la tentativa imposible, que en buena medida coincide con la de la fundamentación de la tentativa, la presenta magistralmente esta autora: 280 ss., 345 ss: doctrina española, antes y después de 1944, jurisprudencia del TS: 371 ss. Una espléndida y exhaustiva exposición crítica del fundamento de punición de la tentativa (inidónea) puede verse en ALCÁCER GUIRAO,

nes recientes⁷⁰, basadas en otras tantas formas diversas de fundamentar el injusto, sobre las que al final habrá que decir algo (abundando en lo ya anticipado *supra* VIII 31 ss.).— Para no complicar ni oscurecer materia ya de por sí tan compleja, se reducirá la consideración a los delitos dolosos de resultado.

a. Teorías de la peligrosidad objetiva ex post

1. Para GONZÁLEZ CUSSAC⁷¹, que sigue a su maestro VIVES ANTÓN, defensor, junto con COBO DEL ROSAL⁷², de una concepción puramente objetiva del injusto (objetiva = necesidad de constatar un resultado-peligro *ex post* para que haya siquiera tentativa), la tentativa requiere “una conexión entre comportamiento y lesión o peligro” [20], que obliga, a la postre, a comprobar “si completada la ejecución producirá la lesión o puesta en peligro”.— Es cierto que GONZÁLEZ CUSSAC distingue entre un juicio de idoneidad abstracta, que incluiría los supuestos de tentativa inidónea relativa (dosis insuficiente de veneno, p. ej.) y tentativa idónea, a las que exigirle un cierto nivel de peligrosidad (*ex ante*), siempre que supongan un comienzo de ejecución (22)⁷³, y un juicio de idoneidad concreta o genuina peligrosidad, conforme al principio, por él desarrollado, de lesividad.— Ahora bien, los ejemplos que utiliza para ilustrar dicha distinción muestran que, en su concepción, no cabe más noción de tentativa que la que incluye un peligro comprobado *ex post*. Sólo es de tentativa idónea el supuesto de la dosis suficiente de veneno que se le suministra a la víctima viva (peligro concreto para la vida), mientras que son de tentativa inidónea tanto el

43

Tentativa inidónea, 17 ss., aunque desgraciadamente también él [40 ss.] confunde “subjetivismo” con “perspectiva del autor”, de crucial distinción en esta materia. Una excelente exposición crítica desde el normativismo de JAKOBS, puede verse también en REY SANFIZ, Tentativa jurídico penal, 21 ss. *Vid.* también la excelente exposición de SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 17 ss.; como la de MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 304 ss. (y en: ZUGALDÍA ESPINAR [dir.], PG, 707 s.), MUÑOZ LORENTE, Tentativa inidónea, 167 ss.; SERRANO PIEDECASAS, ADP, 1998, 50 ss., 124 ss.; DEMETRIO CRESPO, Tentativa, 37 ss. (y ya con anterioridad, NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 58 ss., con profundas consideraciones de derecho comparado); RUIZ ANTÓN, RFDUC, 55, 1979, 169 ss. *Vid.* también: MIR PUIG, PG⁷, 336 s.; CEREZO MIR, PG, III, 196 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 591 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 112 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 410 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 789 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 440 ss., 446 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 278 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO HUERTA TOCILDO, PG, 448 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 247 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 374 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 156 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 784 ss.; BACIGALUPO, PG⁵, 336 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 25 ss., 50 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 551 ss.; MEZGER, PG, II, 208 ss. (excelente); WELZEL, PG, 226 ss.; STRATENWERTH, PG, 279 s.; JAKOBS, PG, 859 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1160 s.

⁷⁰ En ningún caso exhaustiva; pero que da cuenta del interés de la ciencia penal española en la materia.

⁷¹ PJ, 2ª época, 28, 1992, 7 ss., y en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 62, 371 ss.

⁷² Sobre la concepción del injusto y la tentativa de estos autores *vid. supra* VIII 28.

⁷³ Sobre el concepto de “aptitud abstracta para la consumación” como presupuesto mínimo de la responsabilidad por tentativa *vid.* también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 15-16, 100.

supuesto de envenenar con bicarbonato (que además es impune) como el de envenenar con una dosis insuficiente de sustancia (punible), mientras que constituye tentativa idónea (punible) el disparo a la persona viva que ésta esquivo (peligro concreto) y tentativa inidónea (pero punible) el disparo a persona viva que no le alcanza por haber cambiado ésta su posición (peligro relativo) e inidónea (y no punible) el disparo a una persona muerta (un cadáver no puede ser soporte de un peligro para la vida).

44 2. Para TORÍO LÓPEZ⁷⁴, que parte también de una concepción objetiva de la tentativa [169 s.], acciones cuya falta de peligrosidad se ha constatado *ex post* no constituyen tentativa, esto es, la infracción de la prohibición establecida *ex ante* [178]; “la percepción de que toda arma está cargada o de que toda víctima vive es un expediente que la teoría subjetiva” introduce subrepticamente en un sistema, como el penal, objetivo [178 s.]. Lo que no quita para que algunos casos de falta de peligrosidad, en ese sentido, merezcan punición [170, 182].— Citando un ejemplo de FEUERBACH⁷⁵, sostiene TORÍO LÓPEZ [179] que si en un pelotón de fusilamiento unas armas están cargadas con munición real y otras con balas de fogueo, sin que ninguno de sus integrantes conozca la naturaleza de la suya, conforme al concepto material de delito, sólo habrá tentativa en la conducta de quienes dispararon con munición real, pues sólo ellos crearon un peligro comprobado *ex post*, mientras que los restantes no realizaron la acción propia de la tentativa.

45 3. En este grupo de teorías debe ser ubicado ya NÚÑEZ BARBERO (Delito imposible, 18, 29 ss., 52 ss. y sobre todo 113 y 121 ss.), pues en lo que más insiste este autor es en la ausencia de peligrosidad objetiva como límite entre la tentativa y el delito imposible (entendida la peligrosidad como peligrosidad *ex post*, con exclusión de todos los casos en que ya antes de comenzar la ejecución la consumación es imposible, con argumentos atinados, aunque desafortunados en el caso, sobre la acción tipificada).— No obstante, FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 365 ss., asimila su teoría (la de NÚÑEZ BARBERO) a la de BINDING, y deduce la conclusión, acertada, de que, de seguirse, habría que dejar impune toda tentativa⁷⁶. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa ini-*

⁷⁴ Reforma penal, 169 ss.

⁷⁵ De quien por cierto arranca la distinción tentativa-falta de tipo (*Mangel an Tatbestand*) en algún momento utilizada para justificar la exclusión de punibilidad de la tentativa inidónea (*vid.* al respecto FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 287 s.; *vid.* ya ampliamente JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 741 ss., quien, aunque crítico con ella: 770 ss., la utiliza para resolver algunos problemas de la tentativa: 778 ss., como el de la inidoneidad del objeto: disparar al cadáver, que para él constituye un caso de ausencia de tipo, con lo que en el pensamiento de JIMÉNEZ DE ASÚA, muy certero a la hora de negar la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa o delito imposible y tentativa, a la postre la punibilidad por tentativa imposible se limita al caso de la inidoneidad del medio; en términos semejantes: PUIG PEÑA, *PG*, II, 271, 275). Según la teoría de la falta de tipo, mientras que en la tentativa únicamente falta, al final, el resultado, en los casos de ausencia de tipo falta algún elemento por lo general desde el principio, lo que va a impedir que el tipo se dé completo, incluida la tentativa imposible. Sobre el origen en FEUERBACH de la teoría del peligro *ex post*, *vid.* también ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 129 ss.; REY SANFIZ, *Tentativa jurídica penal*, 21 ss.; SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 10.

dónea, 161 ss., por su parte, ha demostrado convincentemente la inviabilidad de la distinción entre tentativa idónea e inidónea desde una perspectiva *ex post*, como la pretendida por NÚÑEZ BARBERO y otros autores, en el pasado y en el presente⁷⁷.

4. Sumamente ambigua es la concepción de RODRÍGUEZ MOURULLO (en: CORDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 93 ss., II, com. art. 52, 223 ss.), que ve el injusto de la tentativa y la frustración en el peligro para el bien jurídico, estimando sólo discutible (por la reforma de 1944: tentativa imposible) si ha de tratarse de un peligro concreto o puede ser abstracto (teoría objetiva/teoría objetivo-subjetiva), abstrayendo del curso causal una parte, el resultado, que, estando ausente, no quiere decir que haya estado ausente también el peligro, pues de otro modo el peligro carecería de realidad.— Por su parte, la tentativa inidónea, punible expresamente en el CP en el momento en que RODRÍGUEZ MOURULLO escribe, la fundamenta en la alarma social creada cuando, además, se dan dos requisitos: 1) Que se haya comenzado directamente la ejecución representada por el autor, y 2) que el intento no sea totalmente irreal. **46**

5. En esta misma órbita de la peligrosidad *ex post* atemperada con la abstracta peligrosidad como fundamento de la tentativa, que se distinguiría de la tentativa inidónea, forma distinta de imputación por voluntad expresa de la ley, sin mayor especificación de su contenido, aunque en cualquier caso excluyente de la tentativa irreal o supersticiosa e incluyendo los supuestos de inidoneidad relativa, se encuentra la concepción de RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 791 s. **47**

6. Finalmente, para SÁINZ CANTERO, PG, III, 163 ss., sólo son de tentativa punible los casos en los que 1) se ha iniciado la ejecución (típica), lo que no ocurre ni en la tentativa irreal ni en el delito putativo, y, 2), se ha puesto en peligro el bien jurídico (a) o al menos se ha conmocionado la confianza de la sociedad (b), lo que en la tentativa absolutamente inidónea no ocurre siempre, pero cuando ocurre, no se opone a su punición el CP. Ejemplo de SÁINZ CANTERO para esta modalidad de tentativa: querer envenenar con azúcar, disparar a un maniquí a quien se confundió con el dueño del establecimiento. **48**

7. Estas teorías, que parten del delito consumado, donde, *ex definitione*, se ha comprobado la causación de un resultado, que es manifestación de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo delictivo de resultado, sostienen que, yendo precedida toda lesión de una fase previa de peligro, como corrobora la efectiva lesión posterior (causación del resultado = resultado-lesión), cabe aislar su fase previa, que estará **49**

⁷⁶ El propio NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 35, consecuente con su tesis sobre la tentativa como peligrosidad *ex post*, deduce la impunidad de cualquier acto preparatorio.

⁷⁷ Sobre las teorías del peligro *ex post* como fundamento de la tentativa, *vid.* también la amplia exposición crítica de ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 132 ss.; *vid.* también su excelente exposición crítica de la teoría formal de la falta de tipo; *vid.* también la amplia y crítica exposición de estas teorías en REY SANFIZ, Tentativa jurídico penal, 24 ss. (sobre la teoría de la falta de tipo: 40 ss.).

constituida por el resultado peligro (objetivo) a cuya causación denominan tentativa.– El principal argumento contra este intento (fallido) de fundamentar la tentativa estriba precisamente en lo que da por probado: Aplicando el criterio que manejan, que es válido, sólo que no sirve para la tentativa, lo que considera prueba de la peligrosidad constitutiva de la tentativa en realidad no es tal, sino prueba de que no está ausente aún la peligrosidad, como demuestran todos sus ejemplos (por mencionar sólo el más paradigmático: el disparo a la persona muerta sólo demuestra su falta de peligrosidad, por conocimiento de una circunstancia que impide el resultado; en ausencia de la cual nada se opone que otra circunstancia, desconocida, también lo hubiera impedido). La única prueba de que ha habido peligro, en el sentido preconizado por la teoría objetiva, debe insistirse: plenamente compartible (*vid. supra* VIII 66), es que haya sobrevenido la lesión, esto es, el delito consumado.– Por tanto, si las teorías criticadas se basan, no en la demostración del peligro (tal como ellas lo conciben), sino en la no demostración de la ausencia de peligro, llegarían a la absurda conclusión (desde sus propias premisas) de que el fundamento de la tentativa no estriba en el peligro de lesión sino en la no exclusión de dicho peligro, que, a mayor abundamiento, se deriva (¿de dónde si no?) del nexo causal puesto en marcha por el autor. Luego, por lo que se castiga la tentativa es por la “denostada” peligrosidad abstracta de la conducta consistente en comenzar a desarrollar la conducta típica (prohibida en atención a su peligrosidad, basada en la experiencia general).

50

8. En la órbita de la consideración objetiva *ex post* de la tentativa se encuentra la presentada por SERRANO-PIEDCASAS, ADP, 1998, 35 ss., en desarrollo de lo apuntado en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁷⁸, para quien un derecho penal contenido [104] debe exigir peligro objetivo para los bienes jurídicos. Según SERRANO-PIEDCASAS, el peligro penalmente relevante se acota en dos planos: En uno primero, aparece la conducta como potencialmente idónea en abstracto para lesionar el bien jurídico conforme a las valoraciones del legislador (concepto normativo de peligro) [113 ss.]; conforme al segundo, la conducta anterior ha de haber creado un estado (resultado) que permita constatar que el bien jurídico ha sido realmente puesto en peligro. Este último peligro es el característico de la tentativa [41, 43 ss., 46 ss., 83, 86 ss.]. Tras la redacción dada a la tentativa en 1995 (especialmente con la alusión al “peligro inherente al intento”) [48, 81], debe llegarse a la conclusión de que la tentativa inidónea, en contra de las teorías subjetivistas y de la peligrosidad objetiva *ex ante* [95 ss.], ha de quedar impune en nuestro derecho [137 ss.].– Comentando la SAZaragoza, de 24 de mayo 1996 (*vid. infra* XIII 84 ss.), llega SERRANO-PIEDCASAS a sostener [122 ss.] que, puesto que el alcance del arma con la que se intentó asesinar era muy inferior a la distancia a la que se encontraba la víctima, hizo bien el tribunal en considerar impune el comportamiento, bastando con la punición por tenencia ilícita de armas.– SERRANO-PIEDCASAS dedica todo un apartado [140 ss.] a demostrar que su tesis no supone desprotección de los bienes jurídicos, dado

⁷⁸ PG², 276 ss.

que la peligrosidad real para el bien jurídico permite incluir ya los casos más relevantes, que no deben quedar impunes.

9. La mejor crítica al pensamiento de SERRANO-PIEDECASAS sobre el fundamento de la tentativa la ha hecho DEMETRIO CRESPO (Tentativa). Por varias razones. En primer lugar porque pese a partir de la misma concepción del injusto que SERRANO-PIEDECASAS y ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, y la muy parecida de QUINTERO OLIVARES [22] (*vid. infra* XIII 52), reconociendo en ella una doble componente de disvalor-acción y disvalor-resultado, pone en duda que no pueda haber ningún supuesto de tentativa sin disvalor-resultado (peligro concreto) [49, 51 s.], y lo hace, certeramente, a través de alguno de los casos de tentativa propuestos por SERRANO-PIEDECASAS (la víctima que sabe va a ser objeto de un disparo a matar se esconde en el armario, el arma se encasquilla, la obesidad de la víctima impide que el cuchillo afecte a un órgano vital, la dosis de veneno resulta insuficiente dada la vitalidad de la víctima, etc.) en los que sin embargo difícilmente puede verse peligro alguno *ex post*. Y, en segundo lugar, es particularmente afortunada la concepción crítica de DEMETRIO CRESPO porque no dramatiza sino que concilia, reduciendo al mínimo la preponderancia entre los aspectos *ex ante* y *ex post* en la materia, sin desvirtuarlos [55 ss.]. Además, en tercer lugar, según él, el reconocimiento de algunas tentativas sin disvalor-resultado no amplía desmesuradamente la punición (el fantasma de los objetivistas) y siempre cabe recortar el ámbito de la tentativa a algunos grupos de delitos particularmente graves [57].

51

10. QUINTERO OLIVARES, PG³, 602 ss., distingue entre tentativa inidónea (lo que en terminología de STRUENSEE constituiría causalidad putativa) y delito imposible o inidoneidad del objeto por inexistencia previa, para a continuación descartar tanto la tentativa absolutamente inidónea como la absolutamente imposible, esta última por ausencia del disvalor-resultado constitutivo del injusto; celebrando lo que para él es un acierto del CP 1995, que, al derogar el art. 52 a. r., deja impunes ambas figuras: delito imposible y tentativa inidónea, si bien el hecho de que toda tentativas evidencia que en cierta medida el objeto o el medio elegidos han sido inidóneos, celebra poder partir de su impunidad inicial, compatible con admitir que algunas tentativas inidóneas quepan en la fórmula del art. 16 n. r.⁷⁹. En suma, al parecer de QUINTERO OLIVARES, es necesario para la punibilidad por tentativa que la acción no sea “absolutamente ajena a la órbita del tipo”, con lo que se confirma la vía adecuada de solución del problema de la tentativa en estos casos: la acción que según el tipo no es que no sea ajena sino que es la adecuada incluso en términos restrictivos por la vocación del derecho penal a no intervenir es la que por *experiencia general* acarrea el resultado.

52

11. Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 281 ss., siendo el fundamento del injusto, también el de la tentativa, tanto el disvalor-acción como el disvalor-resultado, habrá que exigir siempre un peligro real para el bien jurídico. A tal efecto, construyen tres casos de inidoneidad por posible falta de peligrosi-

53

⁷⁹ En la misma línea BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 390.

dad. 1) Cuando la peligrosidad fue nula, p. ej., la víctima ya antes del disparo era cadáver, o imposibilidad absoluta de lesión, el comportamiento es impune. 2) Cuando el medio fue ampliamente idóneo pero fracasó: la pistola, en perfecto estado, sin embargo se encasquilló, el caso es de tentativa. 3) Cuando el medio fue ampliamente inidóneo pero no del todo, subsiste la responsabilidad por tentativa, pero atenuada.

54 12. Como puede verse, estas últimas posiciones, las de QUINTERO OLIVARES y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, se caracterizan por exigir inicialmente desvalor-resultado en toda tentativa, y acabar admitiendo después casos de tentativa sin presencia de aquel desvalor.

b. Teorías a caballo entre la perspectiva ex post y la perspectiva ex ante

55 1. Según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 450 s., 464 ss., siendo el fundamento de la tentativa uno subjetivo-objetivo, que atiende tanto al disvalor resultado (= peligro para el bien jurídico) como al disvalor-acción (incluido el plan del autor) o peligrosidad *ex ante* (en el sentido de y con remisión expresa a MIR PUIG), aunque no había contradicción entre las reglas del art. 3 y 52 II a. r., mientras que en el art. 3 se contemplaría, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, la genuina tentativa (la tentativa que lesionará efectivamente el bien jurídico convirtiéndose en consumación), en el 52 II se hacía lo propio con la tentativa que aunque no puede producir el resultado, sin embargo contiene aquellos elementos característicos de la tentativa constituidos por el elemento subjetivo o peligrosidad *ex ante* y el elemento objetivo o peligrosidad por el desenvolvimiento de medios relativamente idóneos para la lesión (con exclusión pues de la inidoneidad absoluta).

56 2. Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 475 ss., 483 ss., el fundamento de la tentativa estriba en la voluntad de lesionar el bien jurídico, o elemento subjetivo, y en el peligro efectivo de lesión; sólo la suma de ambos proporciona el fundamento de la tentativa por extensión de la norma del delito consumado. No obstante exigir peligro para el bien jurídico en la tentativa, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN incluyen también en el concepto de tentativa aquella que no siendo idónea para lesionar el bien jurídico (p. ej. disparar al ya cadáver desconociéndolo el autor que cree viva a la víctima), sin embargo constituye un peligro para el observador objetivo en lugar del autor, como para el mismo autor.

57 3. Para GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 249 ss., 259 ss., 270 ss., la tentativa se compone de un disvalor-acción, constituido por la peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico conforme al plan del autor y sometido a la evaluación de un observador objetivo; pero puesto que la tentativa, además, puede tener o no tener poder para realizar el resultado, lo que sólo es constatable *ex post*, puede desglosarse en tentativa, además, idónea o inidónea, según sea capaz o no de realizarlo en una consideración *ex post*.

58 4. Estas teorías se caracterizan, pues, por considerar genuina tentativa a la que incluye, además del disvalor-acción *ex ante*, la posibilidad de convertirse en consumación, pero a la que se añade la que incluye sólo lo primero.

c. *Teorías de la peligrosidad objetiva ex ante desde una perspectiva interpersonal*

a⁷. Teorías que, además, otorgan relevancia fundamentadora del injusto a la peligrosidad *ex post*

1. BALDÓ LAVILLA⁸⁰, abundando en el concepto de injusto y de tentativa propuesto por su maestro MIR PUIG⁸¹, que defiende una concepción del injusto y de la tentativa basada en lo que denomina “consideración *ex ante*” (= peligrosidad de la acción para el observador objetivo, además del autor, aunque después, *ex post*, se demuestre la no peligrosidad), entiende que el disparo al bulto de la cama es una tentativa inidónea, pero punible [118]. Es inidónea, porque, comprobada *ex post*, conforme a las leyes científicas conocidas (leyes científicas = parte integrante del tipo con independencia de lo que piense el observador objetivo), nunca pudo acabar con la vida de un cadáver. Pero es punible porque el observador objetivo *ex ante*, en el lugar del autor, con sus conocimientos y desconocimientos, no habría excluido tal peligrosidad, debido a que el objetivo sobre el que se dispara podría ser una persona viva, encontrándose el autor en un error sobre el tipo al revés inevitable = creencia fundada en la peligrosidad [119].

59

2. Esta argumentación es correcta en la conclusión, pero no en su fundamento. Es lo primero porque, ciertamente, quien es consciente, llámese autor, llámese observador objetivo en su situación, de que una determinada acción es el medio apto para causar un resultado desaprobado por el derecho, en ausencia de mejores conocimientos (¡lo que ya sería situación distinta!), debe abstenerse inmediatamente de acometerlo. Es lo segundo, porque la imputación (a título de tentativa de lo que nunca pudo causar el resultado por presencia de una circunstancia preexistente incluso al comienzo de la actuación) no se basa en la no exclusión del peligro de lesión inevitable, sino en la puesta en marcha de un nexo causal apto, conforme a las leyes causales generales, para producir el resultado, como se deduce directamente, sin necesidad de la ayuda del observador objetivo, que nada aporta a la tentativa, salvo excluir a la tentativa irreal si no la excluyese ya la propia redacción del precepto definidor de la tentativa en el CP español⁸².

60

⁸⁰ Estado de necesidad y legítima defensa, 1984, 114 ss.

⁸¹ Sobre la concepción del injusto y la tentativa de este autor *vid. supra* VIII, 29.

⁸² ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 11 s., que comparte ampliamente la concepción de la tentativa de MIR PUIG, lo defiende del ataque de CEREZO MIR y GRACIA MARTÍN (*vid. también* SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 168), semejante al esgrimido aquí: distinguir tentativa idónea-tentativa inidónea acudiendo a argumentos *ex ante* y argumentos *ex post*, sosteniendo que con ello sólo se quiere justificar el carácter excepcional de la punición de la tentativa inidónea, al tiempo que critica a los mencionados autores diciendo, con MIR PUIG, que con su consideración, la que pretende distinguir con criterio sólo *ex ante*, no se puede, a su vez, distinguir entre tentativa inidónea e irreal. Desde el ángulo de la escuela de Zaragoza, esta polémica está expuesta en GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 272 ss.– Ambas réplicas son erróneas: 1) *Ex post* no hay diferencias entre las tentativas, todas son inidóneas (luego el experimento de MIR PUIG falla); 2) es posible distinguir con criterio exclusivamente *ex ante* entre tentativa inidónea e irrisoria, siempre claro está que se crea posible distinguir entre error nomológico y ontológico, si bien CEREZO MIR y su escuela han contribuido a la confusión hablando de tentativas *ex ante* peligrosas y no peligrosas (inidóneas). Toda tentativa = comportamiento típico es *ex ante* peligrosa (*vid. infra* XIII 76).

- 61** 3. Por eso, es más sencilla y coherente la tesis que, desde la misma perspectiva, defiende FARRÉ TREPAT⁸³, que considera que el disparo al bulto de la cama, pese a la comprobación *ex post* de su no peligrosidad, constituye *ex ante* una tentativa idónea por la presencia del peligro (*ex ante*) (para la autora sólo la tentativa irreal constituiría una tentativa inidónea), y ello puesto que también el observador objetivo se habría representado la peligrosidad (lo que no ocurre con la tentativa irreal); cifrando, pues, el injusto de la tentativa en las representaciones subjetivas del autor, que son las del observador objetivo [275].
- 62** 4. Más recientemente, siguiendo también la “consideración *ex ante*” de MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ⁸⁴ ha hecho un esfuerzo (fallido) de superación del hiato, insalvable, entre la perspectiva *ex ante*, de la que parte, con su correspondiente concepto de peligrosidad, y la perspectiva *ex post*, con su correspondiente concepto, distinto al anterior, de peligrosidad (= resultado) [125]. Para ello, prescindiendo de la distinción entre errores nomológicos y ontológicos [127], por entender que los errores ontológicos pueden tener su origen en defectos de la capacidad estimativa del sujeto, quiere sustituir la dicotomía real-putativo por la dicotomía “más putativo” = irreal y “menos putativo” = real, mediante el criterio del consenso social, menor o mayor, acerca de lo real = peligroso⁸⁵.— Conforme a tales premisas, concibe cuatro formas de tentativa [128 ss.]: 1. Tentativa *ex ante* peligrosa para todos, y *ex post* también, salvo para el muy experto (= muy consciente de hechos y leyes en el caso concreto). 2. Tentativa *ex ante* peligrosa para el autor y para el hombre medio en su lugar, pero no para el muy experto (en general). 3. Tentativa *ex ante* no peligrosa incluso para el hombre medio, y sí sólo para hombres con “configuración cognitivo-emocional inferior a la media”. 4. Tentativa irreal: Sólo quien comparta una visión aberrante del mundo, como el autor, la estimará peligrosa. De ellas, SILVA SÁNCHEZ sólo considera constitutivas de auténticas tentativas a las del primer grupo, en tanto que las del segundo y el tercero lo serían por extensión (seguridad de los bienes jurídicos) [131].
- 63** 5. Para poder llevar a cabo el experimento de SILVA SÁNCHEZ: por qué en la genuina tentativa todos estarían de acuerdo en que no se sabe por qué no se ha producido el resultado [128], que es un criterio válido, entre otros, para determinar la pena de la tentativa en el art. 62 (*vid. infra* XIII 194 ss.), es imprescindible que se afirme previamente (*ex ante*) que algo, por lo general, es adecuado para causar el resultado, y sólo después susceptible de prueba de la no peligrosidad en el caso. Luego, por lo tanto, el criterio no sirve para proporcionar un concepto de tentativa⁸⁶.— Por lo demás,

⁸³ EDPCH-Rodríguez Devesa, I, 259 ss., especialmente 269 ss., 273 ss. Sobre el fundamento de punición de la tentativa en el pensamiento de esta autora *vid.* ya antes, Tentativa, 37, donde califica a su concepción de mixta, 385 ss.

⁸⁴ Cuestiones fundamentales, 121 ss. *Vid.* también, siguiendo a ambos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1166.

⁸⁵ Considera también la cuestión desde un punto de vista *gradual*, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1164.

⁸⁶ El propio SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 133, sostiene que el criterio de la intersubjetividad admite grados (luego es ambiguo); con mejor criterio: 136, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, poniendo énfasis en las leyes científico-naturales a la hora de distinguir tentativa imposible y tentativa irreal.

tampoco es afortunada la idea de prescindir de la distinción error de hecho-error nomológico, y menos los ejemplos aducidos para ilustrarlo. El paranoico que confunde a un árbol con su enemigo, o quien, presa de los nervios cree que va a ser atacado, no dejan de responder si disparan contra un árbol creyendo que es un hombre por no haber realizado el tipo de tentativa de homicidio, sino por el estado en que se hallan (culpabilidad). Quien se encuentra en tal situación sufre un error de hecho, no nomológico, como no lo sufre quien, en la noche, cree que tiene enfrente a su enemigo, tratándose de un árbol. Todos ellos lesionan la norma del homicidio, cometiendo tentativa. La persona miope que apunta en la dirección inadecuada comete tentativa (como la persona ciega que dispara en la dirección de donde proceden las voces que resultan ser una grabación magnética, circunstancia ignorada por él), y, al igual que la persona que observa un palo parcialmente introducido en el agua, lo percibe doblado pero puede corregir su percepción por saber que sólo se trata de un efecto óptico, puede aquél corregir la puntería contando con su defecto óptico.

6. MOLINA FERNÁNDEZ (Antijuricidad penal y sistema del delito), que encuentra en la imposibilidad de distinguir nítidamente entre antijuricidad y culpabilidad⁸⁷ la necesidad de punir la tentativa desde una consideración, además, *ex ante* [641 s., 679 s.], entiende, no obstante, que puesto que el peligro, subjetivo además de *ex ante*, dado que no se puede prescindir de la perspectiva del autor, puede ser de mayor o menor grado, no puede ser establecido en el tipo para todos los casos en que el autor asigne un peligro a la acción que emprende, pudiéndose establecer el grado de peligro inherente al intento necesario para hablar de tentativa punible; lo que MOLINA FERNÁNDEZ consigue utilizando el criterio de MIR PUIG sobre la intersubjetividad, criterio que, además, le permite a MOLINA FERNÁNDEZ excluir la punición de la tentativa irreal y el delito putativo.— Sólo la tentativa de algo que para un observador objetivo medio en lugar del autor constituirá un peligro de que sobrevenga el resultado será de tentativa idónea. Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ construye el siguiente ejemplo [830]: De la misma manera que quien ha creído disparar sobre una pieza de caza y ha alcanzado a otro cazador en una situación en la que el observador objetivo habría evitado el error, actúa imprudentemente (en error evitable sobre la lesión), quien ha creído disparar sobre una persona y ha alcanzado a una pieza de caza en una situación en la que un observador objetivo habría apreciado la imposibilidad del proyecto *ex ante*, lleva a cabo una tentativa impune por irreal.— Esto es así, según MOLINA FERNÁNDEZ, porque si alguien ha creído matar a una persona a la que ha confundido con un animal allí donde cualquiera habría percibido que se trataba de un animal y no de una persona, ha sido porque su atolondramiento fue tan grande que él mismo puede darse cuenta de que el peligro que está creando es muy pequeño, muy remoto (no se ha fijado en que realmente se trata de un hombre y no de un animal).— Por otra parte, aunque, en puridad, al parecer de MOLINA FERNÁNDEZ, no se puede distinguir entre error sobre el tipo y error de prohibición [836], a lo que no es ajeno (y consecuente en

64

⁸⁷ Sobre esta dificultad en el pensamiento de MIR PUIG, en que se inspira MOLINA FERNÁNDEZ, *vid. supra* VIII 26.

este autor, a diferencia de otros autores que sostienen lo mismo) que no admite la distinción última entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico (*vid. infra* XIII 100), sostiene MOLINA FERNÁNDEZ que incluso en los casos de las normas secundarias, donde no hay conocimiento de lo prohibido sin conocer la prohibición, es más difícil que el autor yerre sobre el disvalor social del hecho, por el aprendizaje social, que el que yerre sobre su desaprobación jurídica, lo que puede justificar dejar impune el segundo caso antes que el primero [837].

65 8. A MOLINA FERNÁNDEZ hay que contraponerle (de forma semejante a como se hizo con SILVA SÁNCHEZ) que por muy importante que sea la figura del observador objetivo en lugar del autor para calibrar si sus intentos son peligrosos, antes de eso, hay que establecer un modelo, a la medida de quien actúa en cualquier situación, para poder decir que ha querido (y creído, actuando así) crear el peligro al que llamar tentativa. Siendo ésta una de las consecuencias lógicas de la premisa, acertadamente destacada por MOLINA FERNÁNDEZ en numerosos pasajes de su magna obra, según la cual no se puede prescindir inicialmente de la perspectiva del autor. Situados en esta tesitura, el experimento de MOLINA FERNÁNDEZ, que puede ser válido en la imprudencia (un amplio sector doctrinal lo maneja: infracción del deber de cuidado objetivo), no sirve para la tentativa: por la sencilla razón de que hay errores del autor que también cometería el observador objetivo. Si MOLINA FERNÁNDEZ aceptara realmente la diferencia entre errores ontológicos y nomológicos, tendría que llegar a la conclusión de que los errores ontológicos cometidos por el autor también los cometería el observador objetivo; prueba de ello es la cantidad de imprudencias de hecho en las que cualquiera en cualquier momento dado puede incidir. Otra cosa ocurre con los errores nomológicos; sin que ello minimice la dificultad de la distinción (sólo que no debe prescindirse de ella): *vid. infra* XIII 102 ss.— Por todo lo anterior, la tentativa irreal casi nunca ofrece problemas: por las mismas razones que el hombre normalmente socializado yerra menos sobre el disvalor social del hecho que sobre la desvalorización jurídica, incluso en caso de normas secundarias, como bien dice MOLINA FERNÁNDEZ. Por su parte, los casos de inidoneidad absoluta (siempre que se puedan distinguir de la tentativa irreal) y relativa son los más interesantes y difíciles, precisamente por estar a caballo entre el error ontológico y el error nomológico. Finalmente, tiene que haber supuestos, los genuinos de tentativa imposible, que sólo contienen errores ontológicos, que no pueden quedar impunes bajo ningún concepto; citando, si se quiere, la fórmula de MOLINA FERNÁNDEZ: ¡porque cualquiera, también el observador objetivo, habría incidido en el mismo error!

66 9. ALCÁCER GUIRAO (Tentativa inidónea), que parte: 1) de la contraposición de un modelo de derecho penal basado en la lesión del bien jurídico a la teoría de JAKOBS, de la lesión de la confianza en la vigencia de la norma jurídica [326 ss., 350 ss., *vid. también supra* VIII, 251]; 2) de la premisa acuñada por MIR PUIG, del observador objetivo *ex ante* que adopta una posición interpersonal y debe estimar la peligrosidad de la acción para que sobrevenga la lesión del bien jurídico [215 ss., 220 s., 322 s.]; y 3) de que el injusto lo fundamentan un disvalor-acción y un disvalor-resul-

tado [383 ss.], entiende que el juicio de peligrosidad del observador objetivo *ex ante* es presupuesto mínimo para que haya injusto de tentativa (al que puede sumársele la peligrosidad *ex post*, en cuyo caso el injusto es más grave, pero no se contradice con el mínimo de la tentativa basado en la peligrosidad *ex ante*) [357, 364, 451 ss.], negándose a considerar de tentativa cualquier otro caso que vaya más allá de los casos claros de peligrosidad objetiva *ex ante* del ciudadano medio, con exclusión expresa de otros casos, para él todos subjetivistas, que se basen en conocimientos inferiores, ni siquiera como extensión de la responsabilidad por tentativa al estilo de SILVA SÁNCHEZ [365], volviendo a traer a colación (por su semejanza) el caso Thyren [473], del que ya había dicho que no es delito consumado si se produce el resultado [*vid. supra* VIII 251], ni de tentativa, si no lo hace, porque el observador objetivo habría considerado improbable la causación.

10. Si reducimos a un par de cuestiones básicas los muchos razonamientos brillantes que ALCÁCER GUIRAO utiliza para defender su tesis sobre el fundamento de la tentativa, nos encontramos con lo siguiente: 1. El autor dice muy claramente que para él, el injusto en un derecho penal protector de bienes jurídicos tiene dos componentes esenciales, el disvalor-acción y el disvalor resultado. Ahora bien, puesto que la protección de los bienes jurídicos no puede limitarse a aquellos casos en que está presente el disvalor-resultado, está bien, y justifica las regulaciones de derecho positivo, que excepcionalmente, caso de la tentativa, se contemple injusto sin disvalor-resultado, sin que se pueda ver en ello contradicción alguna. Pero lo que se puede afirmar desde sus premisas, exactamente lo mismo, es imperdonable que lo puedan decir otras teorías que, partiendo, como él, de que los derechos positivos conocen supuestos de sólo disvalor-acción, lo que siempre ha de estar presente para que haya injusto ha de ser el disvalor-acción⁸⁸. 2. Admitiendo ALCÁCER GUIRAO casos de punibilidad sin peligrosidad *ex post*, considera, no obstante, que es un error tener en cuenta la peligrosidad *ex ante* en el momento en que actúa el autor, no cualquier otro [*vid. también* 169 ss.], y tener en cuenta, por supuesto, la representación subjetiva del autor, por muy semejante que sea a la que otro habría tenido en su lugar [*vid. también* 215 ss.]. Y, puesto que según él, el de peligro es un concepto elástico y adaptable al fin del derecho penal [*vid. también* 198 ss.], entiende que, de cualquier forma, se puede negar el peligro si no sirve al fin preventivo, por no ser muy elevado (caso Thyren) (de ahí que critique a su mentor, MIR PUIG⁸⁹, que intentando superar la cesura insuperable entre disvalor-acción y disvalor-resultado, peligro *ex ante* y peligro *ex post*, ha concebido recientemente a la tentativa inidónea como un delito de peligro abstracto) [231 ss.].

67

⁸⁸ Que la teoría objetiva inmuniza al legislador de toda veleidad tendente a ampliar la punición, en tanto que las rivales, en cambio, le alientan en ese sentido, es otro de los argumentos favoritos de este autor y el de muchos que pretenden el monopolio de la objetividad en la dogmática penal. Se han olvidado muy pronto de que si de algo ha pecado el legislador históricamente ha sido por extender la punibilidad objetivamente.

⁸⁹ RJCAt, 2001-3, 691 ss., 713 ss., PG⁷, 354 s.

68 Refundiendo las anteriores premisas que resumen el pensamiento de ALCÁCER GUIRAO, cabe decir: 1. Por mucha flexibilidad que se le asigne al concepto de peligro en derecho penal, que la tiene, en cuanto al momento de su constatación, grado a partir del cual considerarlo relevante para los fines del derecho penal y quién deba enjuiciarlo, cuando hablamos de peligro *ex ante* todos, incluido MIR PUIG, menos al parecer ALCÁCER GUIRAO, nos referimos al momento anterior a la ejecución completa de la acción del autor, no después, aunque con independencia del resultado, y cuando hablamos de peligro *ex post* nos referimos a que la producción del resultado evidencia que hubo peligro. 2. Por muy objetivo que sea el juicio de peligro, y con independencia de quien lo emita: el observador objetivo, la comunidad científica, etc., los conocimientos o desconocimientos del autor en el momento de actuar desempeñarán un papel decisivo (perspectiva del autor). 3. Luego, por tanto, *ex ante* sólo cabe disvalor-acción, otra manifestación del primado del disvalor-acción frente al disvalor-resultado, consistente en la creación de un peligro conforme a las circunstancias existentes y conocidas entonces, a juicio del observador objetivo y del autor conforme al saber científico acuñado. La prevención de ese peligro para el bien jurídico puede fundamentar la punibilidad, que, ciertamente, se puede considerar insignificante para las necesidades de protección. Pero que no cabe la simplificación que pretende ALCÁCER GUIRAO lo prueba el caso Thyren. Nadie puede seguirle, a pesar de que es verdad, como él dice, que el peligro fue muy pequeño. Y, sin embargo, cuando se persiguió dolosamente no quedará impune: delito consumado o tentativa⁹⁰. Luego no es válido su concepto, aunque sí defendible. Lo cuestionable es que pretende haber demostrado que el único concepto válido de peligro es el defendido por él.

69 11. A pesar de denominar a su concepción del injusto como concepción subjetiva, inspirada en una determinada interpretación de la escuela de Bonn, concretamente Armin KAUFMANN, a quien recurre constantemente, SANCINETTI (Fundamentación subjetiva del ilícito) no defiende una teoría subjetiva de la tentativa. Sólo la representación subjetiva errónea (imprudencia invertida) en la que puede caer también un “hombre razonable”, que impide quepa hablar de “burda insensatez” [177 ss.], puede constituir tentativa inidónea relativa (punible) y no tentativa irrisoria (impune) porque ya en algún aspecto es irracional [209].— En realidad, el supuesto subjetivismo de SANCINETTI sólo se basa en que: 1) excluye al disvalor-resultado, manifestación de la responsabilidad por el resultado atávica, en la fundamentación del injusto; 2) asigna una importancia decisiva a la pérdida de control por parte del sujeto del curso causal que pone en marcha o tentativa acabada (*vid. infra* XIII 135), lo que también es una forma de objetivismo (¡también el azar puede determinar que el intento se frustre antes!). SANCINETTI es un “falso” subjetivista.

70 12. Dado por supuesto que la redacción del art. 16 se ha inclinado por una concepción objetiva de la tentativa, yendo demasiado lejos, sostienen SÁNCHEZ DOMINGO/PÉREZ PARENTE (LL, 1998, 1802, 1805) que sólo la tentativa que ha derivado en peligro *ex post* es punible; pero debido, por otra parte, a que, como estos

⁹⁰ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII, 2005, 28.

autores comparten, para concebir la tentativa es necesario colocarse en una perspectiva *ex ante*, que remite al observador objetivo en la expectativa del autor, debe incluirse en el ámbito de la tentativa abarcado por el CP de 1995 a la tentativa objetivamente inidónea, con exclusión sólo de la absolutamente inidónea.

b'. Teorías que se conforman con esa peligrosidad para fundamentar el injusto

1. En el mismo sentido que FARRÉ TREPAT, como la propia autora reconoce, MORENO-TORRES HERRERA, (Tentativa de delito), partiendo de la teoría de las normas [35 ss.] y de los posibles componentes del injusto (disvalor-acción y disvalor-resultado) [51 ss.], entiende que el fundamento de la tentativa, que es el mismo del injusto sin más, se basa sólo en el disvalor-acción, con exclusión del disvalor-resultado, que únicamente lo gradúa; disvalor-acción que, a su vez, tiene una componente subjetiva (que a la postre se reduce al dolo) [97] y una parte objetiva, que, en el sentido de MIR PUIG, evite el subjetivismo, consistiendo, al igual una vez más que en MIR PUIG, en la peligrosidad objetiva *ex ante* para un observador medio en lugar del autor y con sus conocimientos [94 s., 95 ss., 98 ss.] o “peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción”, a distinguir de la peligrosidad (o no peligrosidad) para el bien jurídico de la tentativa (tentativa idónea o tentativa inidónea), sólo comprobable *ex post*, pero irrelevante para el injusto (también el de la tentativa) [124 ss.], razón por la cual no hay diferencias entre tentativa idónea e inidónea en el plano del injusto, que es el mismo en ambas: peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción, común a ambas [143]. Ese juicio de peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción lo emite el observador objetivo que evite los posibles despropósitos que lleven a alguien a imaginar que puede lesionar el bien jurídico [146], pero que, a la vez, no es omnisciente [161], que no sufre errores ontológicos burdos (MORENO-TORRES HERRERA no acepta la distinción de STRUENSEE entre errores ontológicos y errores nomológicos) [161 ss.] y que emite un juicio de cierta peligrosidad, pues la insignificante no es suficiente [163 ss.]⁹¹. MORENO-TORRES HERRERA califica a su teoría, en mi terminología, como subjetivo-objetiva [235 ss., 335 ss.]— A MORENO-TORRES HERRERA puede objetársele lo mismo que a MOLINA FERNÁNDEZ: 1) Que el observador objetivo sólo puede corregir el concepto de tentativa, que ha de ser previo; 2) Que para distinguir dentro de ese concepto de tentativa, a elaborar dogmáticamente, entre los casos de punibilidad e impunidad, hay que acudir a la distinción error ontológico-error nomológico, clave en algunos casos (*vid. infra* XIII 98 ss.).

71

2. MUÑOZ LORENTE, Tentativa inidónea, 227, siguiendo a su maestro GÓMEZ BENÍTEZ, que ya había defendido una tesis original sobre la relación disvalor-acción disvalor-resultado, según la cual, en contra de lo que dicen las teorías dualistas, el disvalor-resultado no es un añadido al disvalor-acción⁹² sino “*la realización del peli-*

72

⁹¹ *Vid.* también MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 708.

⁹² Ejercicio legítimo del cargo, 147 ss., Omisión e imputación objetiva, 91. *Vid.* al respecto *supra* VIII 17, 322

gro implícito en el desvalor de la acción (nota bene)”, entiende [211 ss.] que “el injusto primigenio y básico” lo constituye la tentativa inidónea [215], “suficiente para que haya injusto, “por su capacidad (ex ante) de resultado” pese a carecer de “poder para poner en peligro real y concreto bienes jurídicos” –de ahí que esta teoría sea tildada de subjetivista = primado del disvalor-acción que, él sólo, ya puede fundamentar el injusto, lo que otras teorías (las dualistas) niegan– lo que no es obstáculo (ésta es su peculiaridad) para que MUÑOZ LORENTE, siguiendo a GÓMEZ BENÍTEZ, considere que cuando además de la capacidad de resultado *ex ante*, se añade el peligro real (tentativa idónea) y la lesión (delito consumado) conectados con el inicial disvalor-acción, en tanto que la tentativa irreal se excluye por la ausencia del mero disvalor-acción, el injusto aumenta, lo que explica la diferencia de pena entre las tres categorías [228]. GÓMEZ BENÍTEZ y MUÑOZ LORENTE no conciben, pues, un disvalor-resultado separado del disvalor-acción.– MUÑOZ LORENTE, de otra parte, que considera, impropriamente por lo demás, subjetivista a la tesis de GRACIA MARTÍN, dado que por poner el acento de la fundamentación de la tentativa en el sujeto, tan de tentativa es la tentativa imposible como la irrisoria, siendo así que la perspectiva del sujeto no obliga a equiparar tentativa imposible y tentativa irrisoria, le reprocha, ahora sí con razón, que pretenda distinguir *ex ante* entre tentativa peligrosa (= idónea) y tentativa no peligrosa (= inidónea), dado que *ex ante* todas las tentativas son idóneas, lo cual es correcto [30 ss.]. De la misma manera, continúa este autor, siendo válida la perspectiva intersubjetiva *ex ante* de MIR PUIG, que él comparte (*vid. supra* VIII 29 e *infra*), lo que hace de su teoría una teoría objetiva, frente a la subjetiva, en la que él engloba a todos los finalistas, por la razón antes dicha, le reprocha al mismo MIR PUIG, muy acertadamente también, que pretenda resolver el problema de la tentativa inidónea desde una perspectiva *ex post*, y que convierta, como recientemente ha hecho, a la tentativa inidónea en delito de peligro abstracto, con lo cual acaba dándole la razón a los “subjetivistas” [61 ss., 65] (no se explica, por lo demás, por qué entiende MUÑOZ LORENTE que mientras que el conocimiento del hombre medio remite a una consideración *ex ante*: correcto, el subjetivo especial del autor lo haga a uno *ex post*: 69: incorrecto).– Lo único que ocurre es que la vía de salida al dilema de la consideración *ex ante/ex post* para la fundamentación de la tentativa inidónea, que no es otro que el de cómo entender la peligrosidad, aspecto, éste, en el que los defensores de la peligrosidad *ex post* lo que no quieren reconocer es que en la tentativa no hay peligrosidad de esa índole, y que lleva a MIR PUIG a un callejón sin salida: por no querer reconocer que en la tentativa sólo hay peligrosidad *ex ante*, no jugando papel alguno el disvalor-resultado, lo que le ha llevado a intentar salvar el hiato insalvable entre consideración *ex ante* y consideración *ex post* en experimentos siempre fallidos, lo intenta resolver MUÑOZ LORENTE [34 ss., 155, 211 ss.], siguiendo a su maestro GÓMEZ BENÍTEZ, y partiendo de una peculiar concepción del disvalor-resultado como complemento del disvalor-acción, haciendo que el disvalor-resultado, si se produce (*ex post*) es porque ya estaba implícito y es plasmación del disvalor-acción (*post hoc ergo propter hoc*), es decir, mediante una falacia. Reténgase, sin embargo, lo importante: *ex ante*, toda tentativa es idónea, salvo la irreal, que nadie la considera como tal.

d. *Teorías de la peligrosidad objetiva ex ante desde la perspectiva del autor*

1. Para GRACIA MARTÍN⁹³, que comparte el concepto de tentativa de CEREZO MIR⁹⁴, quien admite, junto al injusto pleno (disvalor-acción más disvalor-resultado = delito consumado), la posibilidad de un injusto basado “sólo” en el disvalor-acción, caso de la tentativa, incluida la *ex ante* no peligrosa o inidónea, por no serlo para el observador objetivo en lugar del autor, tan de tentativa es la tentativa idónea, que lo es por su peligrosidad *ex ante*, como la tentativa inidónea, caracterizada, a diferencia de la anterior, por su no peligrosidad, también apreciada *ex ante* [353], estribando el fundamento de punición de esta última en que se basa en “una errónea representación de los datos ontológicos” pero con sentido social típico [351]. GRACIA MARTÍN descarta determinar la inidoneidad con criterios obtenidos *ex post* [352]: para él, p. ej., el disparo al hombre que después se ha sabido era sólo un bulto, es un supuesto de tentativa idónea, para lo que basta situarse en la perspectiva *ex ante*.

73

2. En la misma línea se pronuncia SOLA RECHE (“Tentativa de delito”, 171 ss.), para quien el prototipo de la tentativa (idónea) lo proporciona la tentativa *ex ante* peligrosa, que lo es porque el autor, y el observador objetivo en su lugar, sin conocimiento de lo que ocurrirá después, la consideran capaz de causar el resultado [177 s.]; mientras que la tentativa inidónea lo es la tentativa *ex ante* no peligrosa, porque el observador objetivo, a diferencia del autor, no la considera capaz de producir el resultado. P. ej.: Querer matar apuntando a mucha distancia de la víctima, a un maniquí, etc. [185]. Para SOLA RECHE, tanto la tentativa idónea como la inidónea pertenecen al concepto de tentativa del art. 16 [196].

74

3. La argumentación de GRACIA MARTÍN y SOLA RECHE, como la de CEREZO MIR, de quien ambos parten, se debe compartir. *Ex ante* y desde las representaciones subjetivas del autor, tanto la tentativa idónea como inidónea encajan en el concepto de tentativa. Lo que, en cambio, no convence es la distinción que tratan de establecer entre tentativa *ex ante* peligrosa y *ex ante* no peligrosa, entre las representaciones subjetivas del autor y las del observador objetivo, que no sufra el error de hecho del autor y, por tanto, está situado ante un hecho distinto al que se enjuicia. Para que el experimento funcione, el observador objetivo *ex ante* debe situarse en la posición del autor, es decir, con sus mismos conocimientos y desconocimientos⁹⁵. A esa luz, disparar al bulto de la cama es un supuesto de tentativa idónea tan claro como disparar a lo que parece una persona tratándose de un maniquí o disparar en la dirección que se cree correcta tratándose de una persona miope. Todos ellos son errores de hecho que no excluyen la tentativa. Sólo mediante una consideración *ex post* resulta posible dis-

75

⁹³ APen, 18, 1994, 345 ss.

⁹⁴ Sobre la concepción del injusto y la tentativa de este autor, *vid. supra* VIII 30.

⁹⁵ Debido a que nadie puede dominar todos los nexos de un acontecimiento, las normas sólo se concretan en deber frente a los hechos que el autor conoce (no frente a los que, concurriendo, desconoce), que son los únicos respecto a los que al autor cabe contraponerle (normativamente) un “observador objetivo”, para comprobar si habría actuado de otro modo. *Vid. supra* VII 4.

tinguir entre tentativa idónea e inidónea, peligrosa o no peligrosa en tal sentido, con independencia de que, entonces sí, se compruebe que la falta de peligrosidad preexistía incluso al momento de acometer la tentativa. Los de “tentativa ex ante peligrosa” son, pues, términos redundantes (podemos añadir: y los de “tentativa ex ante no peligrosa” contradictorios). El comportamiento típico es ya peligroso. Sólo el comportamiento peligroso, que lo es por la representación por parte del autor de circunstancias capaces de causar el resultado conforme a las leyes causales conocidas, realiza el tipo delictivo. No existe un peligro *ex ante* a añadir a y a comprobar junto a la realización del peligro (general) típico.

- 76 4. Detrás de la construcción de la escuela de Zaragoza está su concepción sobre la *peligrosidad de la acción*, según la cual puesto que *ex ante* sólo se encuentra la perspectiva del autor, basta la representación subjetiva sobre la peligrosidad para que, al menos durante un instante, se constituya un injusto de índole subjetivista, que sus defensores se apresuran a corregir inmediatamente con el criterio del hombre medio en su lugar (y con la ayuda de la distinción entre errores ontológicos y nomológicos)⁹⁶, y explica tanto el hecho de que se le haya reprochado que no distinguen entre tentativa imposible y tentativa irreal⁹⁷, como que se defienda diciendo que a la postre coinciden en las conclusiones a que llega MIR PUIG y su escuela⁹⁸.— En realidad, se puede construir inicialmente el injusto circunscribiéndolo a la representación subjetiva de un curso causal objetivo científicamente adecuado, con lo que se supera la falsa dicotomía objetivo-subjetivo que alienta la discusión sobre la tentativa en España, con lo que se evidencia que: 1) no es necesario ni posible concebir un injusto de manera puramente objetiva, y 2) no hay que corregir la representación subjetiva del autor con la representación de ningún otro en su lugar.

e. Teorías de la peligrosidad subjetiva

- 77 1. Una *teoría subjetiva* de la tentativa lo es aquella que da por válida cualquier representación del autor mediante la cual cree posible causar el resultado. Arrancando de la definición legal de tentativa del StGB alemán, que parece conformarse con eso (debido a la exclusión sólo facultativa de la punibilidad de la denominada tentativa “burdamente insensata”), muchos autores alemanes, defensores por lo demás de una concepción objetiva del injusto, intentan recortar su ámbito precisamente con criterios objetivos que apelan a las representaciones del observador objetivo, que (¡siendo también subjetivas!) devendrían decisivas⁹⁹.

⁹⁶ Esta construcción está muy claramente expuesta en SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 206 ss., 212 ss., la empezó a asumir muy ambiguamente ya en 1964 CEREZO MIR, Tentativa 34 s., e incluso GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 276 ss., que ha comenzado a introducir criterios de objetividad a través de la causalidad típica, siguiendo a STRUENSEE, resulta también a la postre ambiguo: 280.

⁹⁷ Vid. ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 11 s.

⁹⁸ GRACIA MARTÍN, CDJ, XVII, 1996, 273 s.

⁹⁹ Ni es cierto, pues, que el destino de la teoría subjetiva de la tentativa haya estado unido al de la doctrina del injusto personal (vid. la crítica de WELZEL, PG, 226, a la doctrina subjetiva de la tentativa), ni

2. Armin KAUFMANN¹⁰⁰, incluso, fundamenta la concepción subjetiva de la tentativa en que la resolución de cometer un delito y la exteriorización de esa voluntad (inidónea) revelan que la próxima vez ese sujeto escogerá un medio idóneo, por lo que debe prevenirse su conducta [169 s.]¹⁰¹.

78

3. Aparte de que caben otras formas de regular la tentativa distinta a la del StGB alemán –STRUENSEE¹⁰², incluso, ha tratado de recortar la interpretación del StGB de forma bastante convincente y viable (*vid. infra* XIII 91)–, como demuestra el CP español, que bajo ningún concepto permite albergar una noción subjetiva de la tentativa, tampoco se puede decir que haya querido matar quien no se ha representado un medio idóneo para matar. Los medios idóneos para matar forman parte del tipo de homicidio del art. 138 y los establece la ciencia mediante leyes causales. No hay ninguna necesidad de prevenir lo que no se ajusta a las leyes causales; cuestión distinta (*vid. infra* XIII 138) es la de qué ocurre con conocimientos nomológicos colindantes con los de las leyes causales.

79

*f. La teoría del ataque a la vigencia de la norma común al delito consumado y la tentativa de JAKOBS y su escuela*¹⁰³

A efectos de lo que se trata, *expresar* con el injusto la infidelidad al ordenamiento jurídico, para JAKOBS¹⁰⁴ tan pleno injusto es el delito consumado como la tentativa. La tentativa es la errónea planificación de una lesión debido a la libertad de que dispone el sujeto de cara a la elección de la vía para la lesión del bien jurídico. Ahora bien, cuándo la errónea planificación no es relevante penalmente (delito putativo) y cuándo sí (tentativa) se decide con criterio objetivo, lo que hace que p. ej. la tentativa

80

es cierto que la concepción de la tentativa derivada de esta teoría del injusto haya representado un paréntesis en la fundamentación objetiva de la tentativa dominante antes y después de ese paréntesis; una concepción de la tentativa como la que sostiene ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 40 s., 44, nunca ha sido hegemónica en la ciencia penal. Lo mismo puede decirse de REY SANFIZ, *Tentativa jurídico penal*, 18, 19, cuyas afirmaciones, según las cuales el finalismo no requiere resultado exterior, y las teorías actuales del delito, salvo el funcionalismo de JAKOBS, no se basan en la validez de la norma, constituyen verdaderos despropósitos. Con mejor criterio, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito*, 27, sostiene que la teoría de la tentativa debe derivarse de y ser coherente con la teoría del injusto que se sustente.

¹⁰⁰ NPP, 4, 1975, 159 ss.

¹⁰¹ En contra de lo que da a entender ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 53, la concepción de la tentativa de Armin KAUFMANN y su alcance, no es un derivado necesario del finalismo, sino una opción político-criminal que él eligió, y, siguiéndole, ZIELINSKI, pero no WELZEL. ALCÁCER GUIRAO se vuelve a equivocar cuando, 68 s., presenta a Armin KAUFMANN como defensor de una concepción subjetivista extrema del injusto, siendo así que siempre exigió que la representación subjetiva incluyera un curso causal adecuado. Expone también indiscriminadamente como teorías subjetivistas de la tentativa las de los autores incardinados en el finalismo REY SANFIZ, *Tentativa jurídico penal*, 46 ss.

¹⁰² ADP, 1990, 956 ss.

¹⁰³ Una excelente y muy esclarecedora exposición del pensamiento de JAKOBS sobre la tentativa, en el contexto antes aludido de la polémica naturalismo-normativismo puede verse en REY SANFIZ, *Tentativa jurídico penal*, 86 ss.

¹⁰⁴ PG, 863 ss.; Estudios, 229 ss. (*vid. supra* XIII 39).

(burdamente) supersticiosa carezca de relevancia comunicativa en un contexto determinado: en el sentido de que los demás vean condicionadas por ella sus planificaciones. Más allá de la exclusión de la tentativa supersticiosa, es el relato de lo planificado lo que permite diferenciar entre una planificación relevante: voy a disparar en dirección a la víctima, y otra irrelevante: colocaré un imán en la pared con el que le causaré dolor de cabeza al vecino que escucha al otro lado; con lo que se amplía el ámbito de exclusión de la tentativa, salvo que, a su vez, el contexto permita introducir el caso en ella: en casa del envenenador irrisorio se ha encontrado un libro de plantas venenosas (o, incluso, excluirla: el autor del disparo acostumbra a dar bromas pesadas).

g. Teorías de la impresión

- 81** Para JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 569 ss., tanto la problemática del inicio de la tentativa (frente a la mera preparación) como el de la punición de la tentativa inidónea, se resuelven, aprovechando la peculiar regulación alemana, excluyente sólo de forma terminante de la burdamente insensata, con la teoría de la impresión, según la cual la puesta en marcha de forma inmediata de una acción conforme a plan global de actuar es punible ya salvo que “en ningún caso” pudiera alcanzar la consumación por su completa irracionalidad.

h. Teorías dualistas

- 82** Sobre todo entre aquellos que exigen en la tentativa peligro *ex post* (*vid. supra* XIII 43 ss.), como consecuencia de su concepción objetivista del injusto, y para salvar la existencia en los códigos penales de regulaciones positivas que no excluyen, sino todo lo contrario, la llamada tentativa imposible, e, incluso, porque se dan cuenta de la desprotección en que se puede dejar al bien jurídico en caso contrario, algunos autores sostienen que hay dos grandes clases de tentativa: la idónea *ex post* y la inidónea, que se fundamentaría como una especie de delito de peligro abstracto o contra la paz social. El ejemplo paradigmático de la ciencia penal española al respecto es el de TORÍO LÓPEZ, partiendo (*vid. supra* XIII 44) de un modelo puramente objetivista de injusto (Reforma penal, 169 ss.).— En cambio, hay otro modelo de concepción dualista de la tentativa, cuyo ejemplo emblemático en la dogmática penal española es BUSTOS RAMÍREZ (Control social y sistema penal, 309 ss.)¹⁰⁵, que partiendo de la concepción del injusto que se conforma con la puesta en peligro *real* para el bien jurídico (mientras que la tentativa inidónea se fundamentaría sólo subjetivamente), estima que, constatado el peligro real pero estando ausente el resultado, la responsabilidad será por tentativa (*idónea*) y puesto que sería perjudicial para el bien jurídico dejar impune la tentativa inidónea (con exclusión sólo de la tentativa absolutamente inidónea o irreal), ve su fundamento de punición, separado del de la anterior tentativa

¹⁰⁵ *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 384.

o genuina tentativa, en un delito contra la seguridad de los bienes jurídicos.— Sostuvo ya, en términos bastante parecidos a los de BUSTOS RAMÍREZ, una tesis de esta naturaleza dualista JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 398 ss., 405, 704 ss.

i. Conclusión sobre el fundamento del injusto

Detrás de toda discusión sobre el fundamento de punición de la tentativa está la cuestión del fundamento del injusto¹⁰⁶. Es más, las autodenominadas teorías objetivas de la tentativa, a las que se opondrían las teorías subjetivas, entre las que no dudan en colocar los objetivistas a la concepción finalista, representan un intento de salvar su propia pretensión de ver en todo injusto un disvalor-resultado exclusivo o todo lo más complementado por el disvalor-acción (con la excepción de CEREZO MIR y su escuela, que sí parten del disvalor-acción), confundiendo lastimosamente el disvalor-acción, a que tanta importancia le concede el finalismo, con la teoría subjetiva de la tentativa; y ello pese a haber procedido del finalismo el ataque más contundente a dicha concepción de la tentativa (sin duda que la interpretación de Armin KAUFMANN ha podido propiciar en parte, sólo en parte, dicho equívoco).— En la tentativa no hay disvalor-resultado alguno, y, sin embargo, hay injusto. El finalismo explica mejor y más coherentemente que otras teorías el injusto y la tentativa, sin pérdida, por otro lado, de lo que se pretende por esas otras teorías con el disvalor-resultado, en el delito consumado, e incluso en el intentado (*vid. infra* XIII 127 ss.).— La noción de tentativa de la doctrina del injusto personal garantiza: a) la relevancia que pueda tener el disvalor-resultado (a efectos de determinación de la pena) (*vid. infra* XIII 194 ss.), b) un concepto unitario de injusto común al delito consumado e intentado (basado en el disvalor-acción) y c) una objetividad basada en las leyes causales (de validez general), lo que no hacen las restantes teorías; concretamente: la exclusión de la tentativa irreal (¡por vía del “observador objetivo”, el “consenso social”: existen supersticiones colectivas!).— Si de poner etiquetas se trata, la teoría de la tentativa de la doctrina del injusto personal sería una teoría de la peligrosidad inherente a la acción típica¹⁰⁷.

j. La SAZaragoza de 24 de mayo 1996 como piedra de toque del debate doctrinal sobre la tentativa (imposible)

SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁸, primero, y GRACIA MARTÍN¹⁰⁹, sobre todo, después, han tenido el acierto de llamar la atención sobre la SAZaragoza de 24 de mayo 1996, que

¹⁰⁶ *Vid.* también ALCÁ CER GUIRAO, Tentativa inidónea, 5.

¹⁰⁷ No es necesario el circunloquio de CEREZO MIR. PG, I⁵, 11, y, siguiéndole, SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 138 s., que requieren peligrosidad de la acción además del dolo para fundamentar la objetividad de la tentativa, cuando ya la acción típica sólo la realiza una de esas características según el saber científico-natural, y que para lo único que sirve es para dar argumentos a tesis como la de MARTÍNEZ ESCAMILLA y ALCÁ CER GUIRAO, proclives a excluir la punibilidad del caso Thyren (*vid. supra* VIII 251).

¹⁰⁸ Cuestiones fundamentales, 147 s.

¹⁰⁹ RDPC, 2^a época, 3, 1999, 335 ss.

hubo de ocuparse de un caso de tentativa en el que alguien quiso matar con un arma de fuego sumamente rudimentaria, tanto que a partir de los seis metros de distancia (la víctima estaba mucho más lejos) los proyectiles incluso sólo incidirían en el blanco de costado (o sea sin capacidad de atravesar la piel de un ser humano). La sentencia estimó inidoneidad absoluta para causar la muerte, por lo que no condenó por tentativa, conformándose con calificar los hechos de tenencia ilícita de armas (algo, como se comprenderá, kafkiano y con el sólo objeto de tranquilizar a la sociedad).— Más instructiva que la sentencia, que lo es por incidir en la idea, a la que es proclive una parte de la jurisprudencia española, de que la tentativa inidónea *ex post* ha dejado de ser punible en nuestro derecho (*vid. supra* XIII 27), son los comentarios doctrinales que ha suscitado, concretamente los de GRACIA MARTÍN, SILVA SÁNCHEZ y SERRANO-PIEDCASAS¹¹⁰, incardinados todos ellos en diversas perspectivas de fundamentación de la tentativa, evidenciando las limitaciones de cada una de ellas frente a la que aquí se quiere defender.

85 Así, GRACIA MARTÍN, que, en el espíritu de la escuela de Zaragoza, no exige que además de la realización de una acción peligrosa ésta cree un peligro de lesión del bien jurídico (frente a la doctrina que lo exige con criterio, además *ex post* y frente a la propia SAZ, que se inspira en ella) [341, 342 s., 346 s., 349], sigue matizando su posición dentro de esa escuela (*vid. ya supra* XIII 76), distanciándose ahora de CEREZO MIR [354], que extrae (CEREZO MIR) de la nueva regulación de la tentativa en 1995 la conclusión de que ha dejado impune la tentativa imposible (lamentando, ciertamente, la decisión legislativa), sosteniendo, GRACIA MARTÍN, que los actos que el autor se representó han de ser subsumibles en el tipo [344, 345 s., 354 s.] (GRACIA MARTÍN prescinde ya de toda referencia a la peligrosidad de la acción, lo que no había hecho hasta ahora: 348 s., 351), existan o no en la realidad: p. ej. disparo a un cadáver, estribando ahí la objetividad o sentido social típico a que apela el tipo [356], ése es el significado de la objetividad de que habla el art. 16. 1, lo que hace compatible la tentativa inidónea con la regulación legal, frente a la interpretación ya aludida de CEREZO MIR, que entiende que el CP exige ahora que la acción, siempre, además de típica, sea peligrosa, lo que no ocurre con el caso Thyren (cualquier observador objetivo en lugar del autor se habría dado cuenta de que la distancia hacía muy improbable que el disparo alcanzara a la víctima: 352 s.), frente a lo que GRACIA MARTÍN quiere defender siguiendo a STRUENSEE [354 ss.], que tanto el caso Thyren como el de la SAZ son de tentativa, pues en ambos casos actuó el autor con los conocimientos de los que depende que la acción tenga el sentido típico requerido: En el caso Thyren, porque el autor se representó un curso causal adecuado aunque improbable, y en el caso de las SAZ, porque el autor se representó una pistola preparada para disparar balas del calibre 22, desconociendo el mecanismo que lo hacía inviable a más de dos metros [352, 358 s.].

86 SILVA SÁNCHEZ [137], por su parte, critica que la SAZ se basara en el criterio del peligro objetivo *ex post* (apelando al supuesto tenor literal de la nueva regulación de la

¹¹⁰ ADP, 1988, 35 ss.

tentativa en 1995); pero reconoce que acudir a otro criterio *ex ante*, que apelara al experto en balística, al lego, etc., volvería a determinar una muy diversa gama de conclusiones sobre la punibilidad de la tentativa en este caso; crítica que también es aplicable, podríamos decir, a sus criterios de distinción entre las tentativas (*vid. supra* XIII 62).

SERRANO-PIEDECASAS [51, 123, 144], finalmente, simpatiza con la SAZ, que armoniza con su propia concepción de la tentativa (*vid. supra* XIII 50), de creación de un peligro real de lesión del bien jurídico, lo que no ocurre en el caso. Aún así, es consciente de lo arriesgado de esta concepción de la tentativa, lo que en el caso le lleva a aferrarse, como la SAZ, al burdo expediente de la tenencia de armas.

87

Como muestra de la “confusión de lenguas” reinante en la materia, incluso dentro de la misma escuela, como ocurre con la de Zaragoza, recientemente SOLA RECHE (LH-Valle Muñiz, 773 ss.) está de acuerdo con CEREZO MIR en que el legislador de 1995 ha dejado impune la tentativa inidónea (aunque discrepa, a su vez, de él en cuanto que 1) considera correcto lo que ha hecho el legislador, 2) estima que no alcanza la impunidad al caso Thyren, y 3) alcanza la impunidad de la conducta no peligrosa, p. ej.: disparar a tal distancia que es imposible alcanzar a la víctima, lo que ya podía derivarse de la regulación de la tentativa anterior a 1995), en contra de GRACIA MARTIN, que defiende lo contrario [781 s.]. Pero, a su vez, en contra de CEREZO MIR, no considera (como acabamos de ver) de tentativa inidónea impune al caso Thyren, coincidiendo en la conclusión con GRACIA MARTÍN, que quiere lo mismo: la punición, pero no en el fundamento, porque al parecer de SOLA RECHE, GRACIA MARTÍN estima que en el caso Thyren no ha habido peligrosidad y pese a ello, contradiciéndose, da racionalidad al plan del autor [782 s.]. A su vez, respecto al caso de la SAZ, estima SOLA RECHE que, salvo que se hubiera constatado que, por la manipulación del arma, uso anterior, etc., el autor supiese que a esa distancia el arma no es mortalmente peligrosa, y con él el observador objetivo hipotético, aspectos en los que no incide la sentencia, la creencia de ambos en el poder letal del arma da lugar a tentativa, aspecto en el que está de acuerdo con GRACIA MARTÍN, pero vuelve a discrepar de él, recordándole la incoherencia de no exigir peligrosidad de la acción [784 ss.].

88

No deja de ser sintomático del desconcierto doctrinal y jurisprudencial en torno a la tentativa inidónea el hecho de que la SAZ no se cuestionara el aspecto más esclarecedor del caso planteado: concretamente aquel que hace referencia a los conocimientos del autor sobre las características del arma de fuego que tenía en sus manos y con la que realizó los disparos¹¹¹. No basta con situarse en la perspectiva *ex post* del experto en balística. Tampoco basta con remitir a los conocimientos más generales del ciudadano medio que cree tener ante sí un arma de fuego. Ni resuelve nada el propósito que el autor tuvo en el momento de realizar los disparos sobre la víctima.— Lo importante es que el autor, y cualquier otro en su lugar, y con sus conocimientos,

89

¹¹¹ Hace consideraciones muy certeras sobre la concreción de la realidad que el autor se ha representado como criterio de determinación de la inidoneidad, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1165 (¡leer!).

sería consciente de que estaba utilizando un objeto sumamente rudimentario (en comparación con un arma de fuego apta para matar a una persona a cierta distancia). Esta es la consideración que merece esta SAZ, que al menos obligaría a reflexionar a quien no tiene prejuicios sobre el fundamento de punición de la tentativa e, inicialmente, quiere distinguir a unas de otras.— No se trata ahora de pronunciarse sobre el fallo de la SAZ; pero sí de poner énfasis en el hecho de que cuando se afirma desde la concepción del injusto defendida en esta obra, que la tentativa la constituye la puesta en marcha de un curso causal adecuado conforme a las leyes científicas, se está insistiendo en que la objetividad de la tentativa, en el plano legislativo y en el plano del destinatario de la norma, la proporciona el hecho de que el autor haya sabido representarse (subjektivamente) una situación (real) susceptible de ser transformada en el sentido no querido por el ordenamiento jurídico, conforme a leyes causales adecuadas a esa transformación también reales (= acuñadas por la comunidad científica) y representación subjetiva de la ley causal (ciertamente adaptadas a las capacidades del lego, no del experto).— En la SAZ motivo de la reflexión sobre la tentativa, lo que al menos hace dudar de que estemos ante una tentativa inidónea punible, sin partir sin embargo de una consideración *ex post*, es precisamente el hecho de que el autor sabía (en el sentido de que disponía de datos en esa dirección) que lo que tenía en sus manos era un arma muy rudimentaria para matar a esa distancia.

H. La naturaleza de la norma reguladora de la tentativa en la PG del CP

90 La norma de los artículos 15 y 62 sobre la tentativa es una norma extensiva de la punibilidad del delito consumado, el único contemplado en los tipos correspondientes de la PE¹¹², que sólo contienen tipos delictivos (legales) completos. Esto explica la teoría formal de la tentativa llamada de la “falta de tipo” (*Mangel an Tatbestand*). En todo supuesto de tentativa falta algún elemento del tipo, que haría impune el comportamiento si no fuese por la norma extensiva de la tentativa. El supuesto más claro es el de la ausencia del resultado típico, pero también pueden faltar otros elementos que, a veces, no siempre, dan lugar a responsabilidad por tentativa. A su vez, que la tentativa no está incluida en el tipo penal (del delito consumado), por lo que la norma de la PG extiende la punibilidad, no quiere decir que si no lo estuviese el comportamiento no sería antijurídico; lo sería igualmente (ZIELINSKI)¹¹³. A esto se refiere FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 57 s.,

¹¹² *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto de SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 15. En el mismo sentido: GRACIA MARTÍN, CDJ, XVII, 1996, 262; NÚÑEZ BARBERO, *Delito imposible*, 24 s. *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 1, 65, 68; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 440; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 388; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG³, 475; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 451; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 245 s.; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 733; JAKOBS, PG, 856.

¹¹³ *Disvalor de acción*, 159. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 277.

cuando afirma, siguiendo a su maestro MIR PUIG, que la tentativa está contenida en el tipo de injusto del delito consumado, pero no en el tipo penal¹¹⁴.

I. Tentativa idónea y tentativa inidónea

La doctrina científica alemana, partiendo de la regulación legal del StGB, cuyo § 22 define la tentativa como la conducta de quien inmediatamente comienza a realizar el tipo según su representación del hecho, se ha visto obligada a distinguir dos modalidades de tentativa inidónea¹¹⁵, de las que una, la absolutamente inidónea, resulta difícil de excluir de la punición, ¡a pesar de que se desearía!, debido a que, al parecer, aquel texto legal parte de una concepción subjetiva de la tentativa. Con buen criterio, no obstante, aquella doctrina ha hecho esfuerzos denodados y fructíferos para equiparar esa modalidad de inidoneidad absoluta a la tentativa irreal¹¹⁶. La noción subjetiva de tentativa, sin embargo, nada tiene que ver con la noción de injusto personal finalista, de donde precisamente ha provenido el ataque más contundente a la doctrina subjetiva de la tentativa¹¹⁷. — ¿Por qué es punible el disparo al bulto de la cama en que se cree que descansa un hombre? ¿Dónde reside la peligrosidad de esta acción que justifique su punición? ¿Qué distingue este caso de otros en los que tampoco se puede producir el resultado típico y, sin embargo, no se punen? Evidentemente no el peligro para el bien jurídico, inexistente en todos ellos. La diferencia estriba en que, en el ejemplo, el autor se ha representado y ha ejecutado (dolo) un proceso causal adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo (saber nomológico), a diferencia de lo que ocurre en la tentativa irreal y, en general, en los casos (vid. *infra* XIII 110 ss.) de “causalidad putativa”.

Al concepto de tentativa es inherente que el autor aplique un saber nomológico adecuado sobre la causalidad a una realidad sobre cuyas circunstancias yerra. El autor de la tentativa posee el saber nomológico requerido por el tipo (de no ser así no llevaría a cabo una tentativa de delito, punible, sino un delito putativo, impune)

¹¹⁴ En el mismo sentido: Carlos MIR PUIG, PJ, 2ª época, 30, 1993, 77. Vid. también las atinadas consideraciones al respecto de MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 199 ss.

¹¹⁵ Sobre la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea vid. ampliamente MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 293 ss.

¹¹⁶ La cuestión sobre las doctrinas subjetivistas de la tentativa en la ciencia penal alemana, en íntima relación con su regulación antes y después de 1975, está admirablemente desarrollada en FARRÉ TREPAT, Tentativa, 173 ss. Sobre la cuestión acerca del fundamento de la tentativa en el derecho español antes de 1944, cuando se introdujo la alusión expresa a la tentativa imposible, vid. CEREZO MIR, PG, III, 199 s.

¹¹⁷ El de STRUENSEE, ADP, 1990-III, 934 s., cuya tesis principal es la de que el tipo subjetivo de tentativa requiere la representación de una causalidad idónea, no putativa, lo que introduce la objetividad de las leyes científicas sobre la causalidad en la tentativa, como se resalta en diversos pasajes de esta obra (vid. *supra* VIII 33, *infra* XIII 93).

(*vid. infra* XIII 115 ss.)¹¹⁸, pero carece del necesario saber fáctico para consumir el delito. Por eso hay en toda tentativa un error de hecho: la cama que el autor cree ocupada por la víctima, por eso dispara, está vacía. De ahí que quepa hablar en estos casos de tentativa imposible, pero adecuada a la causalidad, dándose el elemento esencial del injusto, el disvalor-acción, o lo que es lo mismo: el dolo de hecho dirigido a la realización de todas las circunstancias requeridas por los elementos del tipo. Si el autor se ha representado circunstancias que subsume adecuadamente en el tipo objetivo como susceptibles de producir el resultado típico, se dará el injusto, sancionándose como tentativa ese comportamiento a pesar de que no ha llegado a lesionar ni poner en peligro el bien jurídico; aunque no se haya producido, pues, el resultado. El injusto de la tentativa, a diferencia de lo que ocurre en el delito consumado, radica únicamente en el disvalor-acción.

- 93 Partiendo, precisamente, de la causalidad como elemento del tipo, que obliga a comprobar si el dolo del autor abarcó circunstancias idóneas para, conforme a una ley causal válida, producir el resultado, distingue Eberhard STRUENSEE, como ya se vio (*vid. supra* VIII 33) y ahora sólo conviene recordar, los casos que él denomina de *causalidad putativa* frente a los casos de *causalidad idónea*, para poner de relieve que los primeros (en contra de la teoría subjetiva de la tentativa) nunca dan lugar a tentativa, porque si bien el autor creyó que podía causar el resultado, era a través de una ley causal inexistente; y ello tanto si la inidoneidad causal es *absoluta* (matar mediante conjuros) o sólo *relativa* (matar mediante una dosis insuficiente de veneno)¹¹⁹. Por contra, aquellos otros casos en los que lo que el autor sufre es un error sobre las circunstancias fácticas (el autor se ha representado perfectamente el efecto letal del veneno que quiere emplear pero, al confundir el recipiente donde se encuentra con otro situado a su lado que contiene una sustancia inocua, no ha logrado envenenar a la víctima), es decir, aplicando correctamente una ley causal válida (matar con veneno letal), causalidad idónea, sí darán lugar a responsabilidad penal por tentativa.— De admitirse las premisas de que parte STRUENSEE, resultará que muchos casos que la doctrina mayoritaria sólo logra excluir del ámbito de la tentativa (tentativa irreal) mediante difíciles circunloquios (derivados en buena medida de la regulación legal alemana), se excluyen fácilmente si se consideran casos de causalidad putativa (matar mediante conjuros), mientras que otros, los de inidoneidad relativa (dosis insuficiente de veneno), necesitan un fundamento específico de punición.— ¿Qué ocurre en el derecho español?

¹¹⁸ Insiste, correctamente, en la necesidad de que la acción de tentativa sea la adecuada al tipo, QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 595 s.

¹¹⁹ Muy ambiguo por el contrario WELZEL: “Mientras más idónea es la tentativa, más intensa es, también por principio la energía delictiva. De ahí que cuando la acción tentada pierda toda base de realidad, como p. ej., en la tentativa imaginaria, en tal caso a la voluntad le falta todo merecimiento de pena”.

El derecho penal español nunca ha sido un derecho penal subjetivista (antes al contrario, si de algo ha pecado ha sido de un excesivo apego al resultado)¹²⁰. Nunca ha cabido plantear en su seno la punición del intento de matar mediante conjuros o a seres inexistentes como el unicornio (vulneración de la ley de caza). No era esa la inidoneidad en la que pensaba el art. 52 II a. r. (“imposibilidad de ejecución o de producción del delito”). Pero el derecho español tampoco ha sido un derecho penal puramente objetivista, en el sentido de la peligrosidad *ex post*, como lo muestra el hecho de que siempre haya castigado la tentativa¹²¹.

94

La punición de la tentativa avala la doctrina del injusto personal. Tampoco la tentativa “relativamente inidónea” (dosis insuficiente de veneno) está necesariamente incluida en el concepto de tentativa (ni en la a.r., art. 52 II, donde la “imposibilidad de ejecución o producción del delito” nombraba expresamente supuestos de tentativa inidónea *anteriores al comienzo de ejecución del hecho delictivo*, pero de causalidad idónea; ni mucho menos en la n. r., donde si alguna función cumplen los términos “actos que objetivamente deberían [art. 16. 1] producir el resultado” es la de exigir causalidad idónea, no putativa; *vid. supra* XIII 31), y habrá que buscarle un fundamento de punición específico que no pase por forzar el concepto de tentativa (probablemente el mismo que justifica la ampliación de lo punible a algunos casos de preparación del delito y a la tentativa inacabada) (*vid. supra* XIII 21 s.).— En cambio, la tentativa imposible era objeto de punición expresa en la a. r. (art. 52 II) y es objeto de punición implícita en la n. r. (art. 62 “peligro inherente al intento”), porque que la imposibilidad de consumación del delito surja antes de comenzar a actuar el autor o después es fruto del azar, o imposibilidad de prever todos los detalles del curso causal, y porque sería desaconsejable conforme al fundamento de punición de la tentativa dejar impune a quien ha tenido la suerte de que la víctima abandonase la cama instantes antes de producirse el disparo¹²². Todo ello, claro está, sobre la base de la concurrencia

95

¹²⁰ *Vid.* las atinadas y prudentes consideraciones de SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 11, 36 s., 222 ss., respecto a la orientación preferente del CP, en la redacción anterior a 1995 y actual. *Vid.* también: SERRANO-PIEDRACASAS, ADP, 1998, 41, 52, 80; DEMETRIO CRESPO, Tentativa, 4; MIR PUIG, PG⁵, 338; QUINTERO OLIVARES, PG³, 592 s. (= QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 16, 115 s.).

¹²¹ *Vid.* la atinada reflexión de CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 172, siguiendo a MAURACH. Sobre la punibilidad de la tentativa imposible en derecho comparado, *vid.* NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 141 ss.

¹²² BACIGALUPO ZAPATER, LL, 1981-2, 970 (*vid.* también PG⁵, 336), utiliza el argumento de la equiparación penal entre la tentativa idónea y la inidónea para explicar su identidad de fundamento. Por el contrario, RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 18 (*vid.* ya ADP, XXIV, 1971, 369, 374, 375 ss., 377; y en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 1, 81 ss., com. art. 3. 2 y 3, 124 s.; II, com. art. 51 y 52, 217 ss., 221), entiende que se trata de supuestos estructuralmente distintos, sometidos sin embargo al mismo tratamiento punitivo (por la norma extensiva del art. 52 II a.r.; en el mismo sentido

de los elementos que sí son constitutivos de la tentativa (los que conforman el disvalor-acción)¹²³.

96 Un amplio sector doctrinal entiende que si no se concibe la tentativa de forma puramente objetiva, sin atender a las representaciones subjetivas del autor, se cae en

RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 786), deduciendo con argumento *a contrario* que el CP se inspira en una concepción objetiva, todo lo más mixta, objetivo-subjetiva, pero no subjetiva. Esta concepción, que tuvo muchos seguidores tras la introducción del art. 52 II a. r. en el CP de 1944 (paradigmático: NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 159 ss., 171, que por su concepción de la tentativa del art. 3 a. r., peligro *ex post*, consideraba que el art. 52 II era un cuerpo extraño en el CP no fundamentable en modo alguno, y de necesaria derogación), fue admirablemente criticada por CEREZO MIR, Tentativa, 30 ss. (crítica a la que se adhirió JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 721), quien, no obstante: 32 s., 35, de la atenuación obligatoria de la tentativa y la frustración (pese a la equiparación entre la tentativa idónea y la inidónea) respecto al delito consumado deducía que el CP se inspiraba en una concepción objetiva del injusto (en términos semejantes MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 719 s.).

¹²³ Es muy atinado el parecer de CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 605, sobre el delito imposible: el error sobre el objeto y el medio idóneo fundamenta tentativa (inidónea) sobre la base del primado del elemento subjetivo no irreal. Cuando sufre el autor un error sobre el proceso causal (ejemplo desatinado de CUELLO CALÓN: distancia de la víctima), p. ej. envenenar con azúcar, carece de fundamento el castigo por tentativa.— Es asimismo muy atinado el parecer de QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 231 s., quien tras recordar que el origen del art. 52, II a. r. fue la voluntad del legislador de corregir una tendencia jurisprudencial contraria a estimar tentativa en casos de dosis insuficientes de veneno, y concluir que la cuestión debatida (¿entonces y ahora!) debe quedar en manos de la jurisprudencia, considera que es de tentativa inidónea el caso de la inidoneidad de los medios adecuados causalmente, e irreal el empleo de medios inidóneos (sortilegios, p. ej.), y sólo con muchas dudas excluye de la tentativa los casos de ausencia de objeto, del tipo disparar sobre un cadáver.— Sobre la situación en España antes de 1944, *vid.* RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 207 s.— Es también muy interesante el parecer de FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 67 ss., quien distingue muy bien entre inidoneidad absoluta del medio e inexistencia también absoluta del objeto (los casos que hoy consideraríamos de causalidad putativa), a los que además llama de imposibilidad absoluta equiparable al delito putativo o irreal = comportamiento no contemplado en el tipo, y por supuesto impune, de un lado, e inidoneidad relativa del medio e inexistencia también relativa del objeto (la cama estaba vacía) o imposibilidad relativa punible como tentativa o frustración, de otro, criticando sólo que el CP a. r. lo equiparase en punición a las auténticas tentativa y frustración [71; *vid.* también CCP, II, com. art. 51 y 52, 240].— Muy atinadamente, también, en la misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 239 s.— Menos afortunada, en cambio, aunque digna de interés, es la construcción de CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 184 ss., para quien el art. 52 a. r. no incluía más supuestos que el art. 3, y ambos incluían tanto la imposibilidad absoluta como la relativa de comisión (consumación, que no ejecución) en el ámbito de lo punible (en contra de quienes querían excluir *ab initio* de la tentativa a la primera: imposibilidad absoluta, sólo excluible mediante compleja argumentación, no exenta de reparos, basada en una diferencia objetiva entre delito consumado, intentado y frustrado, que permitiría excluir de punición los casos de falta absoluta de peligro, que CÓRDOBA RODA ejemplificaba con la tentativa irreal, objetividad que el legislador español habría recordado en 1932, con la posibilidad de equiparar penalmente a tentativa y frustración).— Como acertadísimo es, finalmente, el parecer de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 450 s., quien, después de considerar excluidos de las definiciones de tentativa y frustración de los artículos 3 y 52 los casos de imposibilidad absoluta (todos los ejemplos de ANTÓN ONECA son de los que llamaríamos hoy causalidad putativa), entendía la norma del art. 52 como correctora de una jurisprudencia que quería excluir de la tentativa también a los casos de imposibilidad relativa, atenuando la pena (caso de frustración) en supuestos que hoy llamaríamos de causalidad adecuada conforme al plan del autor y medios cuantitativamente insuficientes.— *Vid.* también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 52, 181.

una concepción subjetiva de la tentativa que, además, no excluye en principio de su ámbito a la tentativa irreal. Entre estos autores, muchos de ellos hispanoamericanos, que tienen en cuenta las regulaciones legales de sus países, son paradigmáticos: BACIGALUPO ZAPATER, LL, 1981-2, 971, 972 (*vid.* también en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS [coords.], CPC, com. art. 3, 13 s.); BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal; RIGHI, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 218. En España, incluía en el ámbito (legal) de la tentativa imposible también a la irreal: FARRÉ TRÉPAT, EPCH-Rodríguez Devesa, I, 266 s.¹²⁴— Con mejor criterio, negando que las teorías subjetivas de la tentativa hayan de incluir en su seno necesariamente a la tentativa irreal: CEREZO MIR, PG, III, 198.

MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 249 ss., 263 ss., llega a la conclusión, coherente con sus premisas, según la cual, puesto que *ex ante* sólo hay o tentativa o delito irreal, pero no tentativa inidónea (contra CEREZO MIR y GRACIA MARTÍN) (con argumentos semejantes a los que expusimos antes; *vid. supra* XIII 71), puesto que *ex post* todas las tentativas se han evidenciado como inidóneas, con independencia de la mayor o menor peligrosidad que hayan creado para el bien jurídico útil a efectos de penalidad pero no de constitución del injusto de la tentativa, no se puede distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas¹²⁵, no existen tentativas inidóneas en derecho penal, es decir, este concepto es inoperante; sólo es necesario y útil distinguir entre tentativa (siempre punible) y delito irreal, impune.— Por la misma razón, premisa de partida, no tiene sentido, según MORENO-TORRES HERRERA [293 ss., 325 ss., 343 ss., 367 ss.], distinguir entre tentativa absoluta o sólo relativamente inidónea, de las que la primera se equipararía al delito irreal (caso de poderse distinguir, lo que es difícil en algunos casos)¹²⁶, en tanto que la relativamente inidónea se podría mantener en el ámbito de punición de la tentativa¹²⁷. En su lugar, siendo también la tentativa relativamente inidónea delito irreal (querer alcanzar con una piedra a un avión), sólo cabría recuperar la distinción error nomológico-error ontológico para, sin renunciar a la crítica que se hace a los defensores de la distinción (no se explica que el simple error nomológico excluya la tentativa, mientras que incluso el burdo

97

¹²⁴ *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 51 y 52, 228, siguiendo a CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 185 s. No, en cambio, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 708 ss., que siempre tuvo muy claro, a lo largo del Tratado, que la tentativa irreal y el delito putativo no eran casos de delito imposible (punible), sino de ausencia de tipo.

¹²⁵ Por el contrario, RODRÍGUEZ MOURULLO, ADP, XXIV, 1971, 372 s., sostiene que hay que distinguir entre tentativa idónea (un lavado de estómago a tiempo evitó la muerte por envenenamiento) y tentativa inidónea por inidoneidad del medio o del objeto.

¹²⁶ Distingue entre tentativa irreal y tentativa absolutamente imposible, RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 17 (*vid.* ya ADP, XXIV, 1971, 378 s., 383, 3834, 386 s., 387 s.; y en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 51 y 52, 233), aunque a la postre convierte en tentativa irreal casos que el TS quiere tratar como imposibilidad absoluta, y ello a los efectos de descartar su punición a pesar del art. 52 II (con crítica a la teoría de la falta de tipo).

¹²⁷ Distinguen entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa, para considerar a la primera excluida del desarrollo del tipo en que consiste la tentativa, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 718. En contra ya: CEREZO MIR, Tentativa, 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 690 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 613 s.

error ontológico la mantenga), seguir excluyendo siempre de la tentativa los errores nomológicos, por la insensatez del sujeto frente al hombre medio que siempre demuestran, y excluir también los burdos errores ontológicos, manteniendo la punibilidad de los errores ontológicos no burdos.— Por la misma razón (premisas) que, en fin, llega a considerar inculpe, en principio, en la tentativa los cursos causales extraordinarios [32, 354 ss.].— Como bien evidencia esto último, el gran error de MORENO-TORRES HERRERA es intentar fundamentar la tentativa en la distinción tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea, que sólo presenta una diferencia de grado. Esto vale para toda la doctrina mayoritaria, que no quiere distinguir entre errores ontológicos y nomológicos.

F. La distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico

98 Con motivo de la propuesta de STRUENSEE, de utilizar para la distinción entre tentativa imposible y tentativa irreal la vieja distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, un amplio sector doctrinal ha recuperado y abundado en las críticas que se hicieron en su día a ese intento de distinción, a su parecer fallido¹²⁸. En este sentido, los argumentos que se esgrimen para corroborarlo, acompañados de ejemplos gráficos, pueden reducirse, simplificando mucho una cuestión compleja, a estos dos¹²⁹: La distinción es inviable, dado que detrás de cada cuestión fáctica hay una cuestión nomológica, no pudiéndose explicar la una separada de la otra, o bien siendo viable, o si lo fuera, es sin embargo inútil para el fin propugnado, distinguir entre tentativa inidónea e irrisoria, no comprendiéndose que todo error ontológico, por craso que sea, dé lugar a tentativa inidónea punible, mientras que el error nomológico no craso dé lugar a tentativa irrisoria impune. En su lugar, esta doctrina sostiene criterios de distinción entre tentativa imposible e irrisoria que, con matices y fórmulas heurísticas distintas, remiten todas al criterio dominante de la intersubjetividad, según el cual con independencia de que el error sufrido sea ontológico o nomológico, si se cree en la posibilidad de distinguir, lo importante es si constituye un error en el que habría caído cualquier otro en su lugar, en cuyo caso habría tentativa imposible, o no, en cuyo caso la tentativa sería irrisoria¹³⁰.

99 1. El primero en ocuparse en España de esta cuestión ha sido SANCINETTI (Fundamentación subjetiva del ilícito, 177 ss.), quien no se explica por qué haya de ser punible el intento de envenenamiento con una sustancia inocua en la dosis suficiente

¹²⁸ Sobre estos antecedentes *vid.*, ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 83 ss., quien además hace un estudio crítico de la doctrina [90 ss., 102 ss.], empeñada asimismo en utilizar la diferencia entre error nomológico y error ontológico para distinguir, a su vez, entre tentativa imposible e irreal. En contra también de la distinción conocimiento ontológico-conocimiento nomológico, siguiendo a JAKOBS: BACIGALUPO, PG⁵, 341.

¹²⁹ *Vid.* SANCINETTI, Fundamentación subjetiva, 186 ss.; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 93 ss.

¹³⁰ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 98.

para matar si hubiese sido, como el autor creyó, arsénico, y no haya de serlo el autor que suministró arsénico, sabiéndolo, en la dosis casi necesaria para haber matado [187]. En contraposición a esta forma de intentar distinguir la tentativa imposible de la tentativa irreal, incluida la tentativa irreal que STRUENSEE quiere reintroducir en la punición por tentativa, procede SANCINETTI a distinguir entre tentativa inidónea, o la de aquél que bajo ningún aspecto lleva a cabo un proyecto burdamente insensato, explicándose su fracaso como producto de lo que él llama una “imprudencia invertida”, en la que cualquier persona razonable puede incurrir, y tentativa irrisoria, burdamente insensata en la terminología del StGB, cuando sea irracional en algún aspecto, aunque por lo demás contenga un comportamiento razonable [193 s., 201 ss.].

2. También se ha ocupado ampliamente de la cuestión MOLINA FERNÁNDEZ (Antijuricidad penal y sistema del delito, 810 ss., 816 ss.), que parte de la premisa según la cual: 1) cabe distinguir, como pretende STRUENSEE, entre errores nomológicos y errores ontológicos, y además, con el mismo significado y función, o muy próximos, que aquél le asigna a la distinción; 2) pero, sin embargo, todas las tentativas, idóneas, inidóneas e irrisorias, cumplen los requisitos que invitan a prevenir su realización (sobre el concepto de antijuricidad de este autor, que suscita la necesidad de prevenir la tentativa *vid. supra* XIII 64), pues en todas ellas hay alguien, al menos el autor (y todos quienes participan de la misma superstición), que la cree adecuada, que es lo que precisamente le lleva a considerar inútil la distinción de STRUENSEE [819 ss.]; MOLINA FERNÁNDEZ, como decimos, partiendo de estas premisas, entiende que, de la misma manera que el homicidio imprudente se basa en que, *como el propio autor imprudente sabe*, si hubiese sido más cuidadoso se habría dado cuenta de que lo que tiene enfrente es una persona y no un animal, la punición de quien ha creído matar a un hombre cuando ha matado a un animal (allí donde cualquier otro en su lugar se habría percatado de que no se trataba de un hombre sino de un animal) sólo puede basarse en un burdo error que incluso desde su percepción sólo entraña un pequeño peligro (en el sentido de que él mismo puede percatarse de que por prestar tan escasa atención está creando sólo un peligro muy remoto de que lo alcanzado será [con seguridad] un hombre), que unido a la falta de resultado (que hace impune en la imprudencia el caso inverso antes aludido) justifica la impunidad de la tentativa irrisoria. El conocimiento supersticioso siempre es muy difuso [829 ss.].

3. Por su parte, finalmente, según ALCÁCER GUIRAO (Tentativa inidónea, 92 ss.), ni se pueden distinguir ambos errores, ni, como consecuencia, se pueden delimitar en la práctica (si el sujeto cree poder matar con aspirina hervida en agua destilada, sufre un error nomológico, pero si cree que al hervirla la aspirina se convierte en arsénico, entonces el error es ontológico); de ahí la flexibilidad que propugnan sus defensores (intentar derribar una puerta con un ariete demasiado ligero, puede interpretarse como error ontológico, si se considera por separado la solidez de la puerta o la ligereza del ariete, o como nomológico, si se piensa en la cantidad de fuerza necesaria para derribar una puerta de ese grosor) y que se favorezca al autor calculador (quien

100

101

quiso envenenar con siete gotas del veneno, cuando eran precisas diez para matar, sufre un error nomológico, quien no calculó las gotas necesarias sufre un error ontológico). Más importante que la artificialidad de la distinción es que excluya de la punición por tentativa casos que no deben excluirse y que no excluya casos que no lo merecen. Ejemplos de lo primero son el del experto que puede saber que una cantidad de explosivo estratégicamente colocada puede causar más daño del que creería el hombre medio y el llamado doble error: el autor emplea munición inadecuada para traspasar un cristal blindado, pero suficiente para atravesar otro no blindado. Ejemplo de lo segundo son los casos que precisamente los partidarios de la distinción quieren volver a introducir en la punición por tentativa por tratarse de casos de no burda insensatez; siendo de destacar el argumento que aduce ALCÁCER GUIRAO para ello: en realidad, a su parecer, con el criterio subjetivo que está detrás de la distinción, son éstos errores ontológicos (la mujer que se cree embarazada por un beso toma un abortivo) si se parte de prestar atención a lo que el sujeto se representa desde una posición muy estática de la representación (la que se tenga, y no cómo se ha llegado a ella).

102 Ante pronunciamientos críticos tan profundos sobre la imposibilidad de distinguir entre conocimiento ontológico y nomológico, ha de decirse lo siguiente: Es cierto, como sostienen los críticos de la distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, que detrás de todo conocimiento ontológico hay un caudal de conocimiento nomológico, de manera que en el plano abstracto no cabe distinguir entre uno y otro. No hay algo así como “conocimiento de la realidad” y “conocimiento de las leyes que regulan la realidad”. Ambos conocimientos forman una unidad. Ahora bien, si encontrásemos un plano en el que la realidad apareciera como susceptible de transformación para el hombre, precisamente aplicando los conocimientos que de la misma realidad ya tiene, quizá podría plantearse provisionalmente la distinción buscada, supuesto que fuese útil para algún fin. Ambas cosas pueden hallarse en derecho penal.

103 Conocimiento ontológico, conforme a este enfoque, sería el requerido por los tipos delictivos para su desarrollo por alguien. Al tipo de homicidio, p. ej., sin duda pertenece la exigencia de que el autor quiera hacer algo concerniente a una persona humana viva. Qué es una persona humana viva, dirán los críticos de la distinción, incluye conocimiento nomológico. Lo cual es cierto. Sin ese conocimiento nomológico no puede afirmarse el conocimiento requerido que aquí hemos llamado ontológico: quien cree que su enemigo se ha convertido en la foca que tiene enfrente no dispone del conocimiento sobre “persona humana viva” requerido por el tipo de homicidio. Ahora bien, esto no es incompatible con la admisión de que o se tiene ese conocimiento, con lo cual se tiene el conocimiento requerido por el tipo de injusto y se puede cometer el delito, dependiendo de factores posteriores que se quede en fase de tentativa o evolucione hasta la consumación, o no se tiene, con lo que sólo se puede cometer un delito putativo o una tentativa irrisoria. Quien dice lo anterior sobre el objeto idóneo o putativo del delito, podrá decir lo propio de la causalidad, idónea o putativa. En conclusión: Llamamos conocimiento ontológico al que siendo idóneo

además estuvo presente en el momento de actuar el autor transformando la realidad. A un conocimiento así constituido ha aludido siempre STRUENSEE cuando, siguiendo a Armin KAUFMANN, ha sostenido que las leyes causales forman parte de los tipos delictivos de resultado (*vid. supra*, VIII, 138).

Por otra parte, los críticos de la distinción conocimiento ontológico-conocimiento nomológico, le reprochan a STRUENSEE lo pronto que expulsa del derecho penal al conocimiento nomológico, para después volverlo a recoger ampliando *extra legem* la tentativa. Lo importante no es que la dosis necesaria para matar sea trece y no doce y medio, ni el alcance del arma setenta metros y no setenta y cinco, sino que también otro en su lugar habría considerado muy peligroso disparar o envenenar en esas circunstancias. También determinados errores nomológicos deben permanecer en el derecho penal. Ahora bien, siendo cierto que el autor que ha sufrido un pequeño error nomológico debe permanecer abarcado por el derecho penal, ello no quiere decir que su error tenga que ser medido por los mismos parámetros del error al que hemos denominado ontológico. Por la sencilla razón de que posee el suficiente conocimiento ontológico en el sentido del que aquí hemos partido: Quien sabe que el arma con que dispara tiene un alcance de setenta metros y dispara a un objetivo situado a setenta y cinco, dispone del conocimiento ontológico suficiente para actuar con dolo. Por la misma razón, lo hará quien ignora que el alcance es de sólo setenta metros porque cree que es mayor.

104

Se explica así la fórmula de SANCINETTI para resolver el problema de la distinción entre tentativa inidónea y tentativa irreal o burdamente insensata: En la tentativa inidónea el autor sufre un error en el que podría haber incidido cualquiera. Los únicos errores en que puede incurrir cualquiera, y frecuentemente incidirá (no siempre con consecuencias penales, pero sí en los más diversos ámbitos), son aquellos que se derivan de lo limitado del conocimiento humano sobre los múltiples factores que influyen en cualquier acontecimiento (de lo que el desvío entre la tentativa y la consumación respecto a la forma concreta de producción del resultado da buena cuenta). En la tentativa irrisoria o delito putativo, lo intentado es en algún aspecto, no en los otros, irrisorio.

105

Como, asimismo, se explica de este modo que no pueda ser un criterio válido de distinción entre tentativa inidónea y tentativa irreal, el propuesto por MOLINA FERNÁNDEZ, para quien es irrisorio el error en que no habría caído el hombre medio, pues el hombre medio, por lo que a errores ontológicos se refiere no es inmune nunca, como lo prueba el hecho de que nadie es inmune a la imprudencia de hecho. Para lo que sí sirve el criterio, aunque es mejor el científico, es para los errores nomológicos: no es fácil que cualquiera sufra un error nomológico craso¹³¹.

106

¹³¹ A MOLINA FERNÁNDEZ puede advertírsele: ¡No persigas nunca lo que te has representado como posible aunque muy remoto, pues te puedes encontrar con lo que ocurrió en el caso Thyren! A él y a JAKOBS, con quien coincide, hay que decirles: ¡No es lo mismo un error sobre el tipo que un error de prohibición!

- 107** Se explica así, finalmente, la necesidad de tener en cuenta la representación que se tenga en el momento de actuar y no el cómo se ha llegado a ella, que preocupa a ALCÁCER GUIRAO, como asimismo que los casos de doble error no dejen de constituir un caso de error ontológico y la flexibilidad que admite el tratamiento de los errores nomológicos frente a los ontológicos, que toda la vida han excluido la responsabilidad por delito doloso, aun en el caso de mediar negligencia.
- 108** En suma. Es superable la polémica entablada: Error ontológico es el que puede sufrir cualquiera pese al conocimiento nomológico adecuado. Conocimiento nomológico es el que habiéndolo de tener todo aquel que acomete un comportamiento típico (si no, no puede siquiera comenzar a realizar el tipo: las leyes causales forman parte de los tipos de resultado), puede llevar a un error en el mismo sujeto que lo aplica, de mayor o menor relevancia a efectos de punición: la tentativa irrisoria se basa siempre en un craso error nomológico.
- 109** ¿Para que sirve esta distinción en derecho penal? Pues para hacer que se cumpla la armonía que debe reinar entre la perspectiva del ordenamiento jurídico y la perspectiva del destinatario de la norma jurídica¹³². Nadie domina todos los nexos causales que están presentes en un acontecimiento. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene que partir de la representación que de la realidad tiene el destinatario de la norma. Sin situarnos en su posición, con sus conocimientos y desconocimientos, la norma no es capaz de motivar a nadie. Lo que ese sujeto haga para transformar la realidad, en cambio, puede ser valorado por el derecho atendiendo a los conocimientos nomológicos sobre cómo hacerlo que pueda tener o no tener, pues salvo el insensato todo el mundo sabe que no hay leyes causales exactas: quien cree que el arma de fuego tiene veinticinco metros de alcance cuando realmente tiene veinte, contó con la posibilidad de alcanzar la víctima, pudo motivarse a dejar de disparar por miedo a matar a una persona. Quien ha confundido negligentemente a la víctima con una pieza de caza, no.

G. Tentativa inidónea y delito putativo. La tentativa irreal o supersticiosa

- 110** En la medida en que la tentativa es comienzo de realización del tipo delictivo, no consumado [por ausencia bien del resultado a pesar de haberse realizado todos los restantes elementos capaces de dar un delito completo (congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo) (tentativa acabada), bien de algún acto anterior al último, después del cual el resultado sobrevendrá por sí mismo (tentativa inacabada), con presencia también de los restantes elementos típicos (tentativa

¹³² *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 08-01 (2006), 1 ss., <http://criminnet.ugr.es/rcpec>.

inacabada)]¹³³, y en la medida en que toda tentativa es inidónea, dada la imposibilidad de producción del resultado, se suele especificar (el art. 52 II a.r. lo hacía expresamente) que la inidoneidad de la tentativa puede estribar en la inidoneidad del *objeto* o en la inidoneidad del *medio* (pudiendo estar presentes ambos a la vez).

Ejemplos: El autor realiza un disparo a la cama vacía en la creencia de que está ocupada (inidoneidad del objeto: inexistente).— El autor realiza un disparo a la cama ocupada, pero el arma no funciona porque se encasquilla (inidoneidad del medio).— El autor realiza un disparo a la cama que está vacía, encasquillándosele el arma (inidoneidad del medio y del objeto)¹³⁴. **111**

Sobre la inidoneidad del objeto *vid.* las atinadas consideraciones de MORENO-TORRES HERRERA (Tentativa de delito, 288 ss.), quien relativiza muy certeramente la diferencia entre inexistencia e inidoneidad del objeto¹³⁵, y, aunque mantiene la apelación al hombre medio en lugar del autor que percibe la presencia de un objeto idóneo (a fin de excluir los casos de burda insensatez), se coloca en el lugar del sujeto, no en el del mundo exterior: Si en la oscuridad el autor ha creído que un arbusto era un hombre, y el hombre medio en su lugar también, ambos cometieron tentativa de homicidio, si dispararon, no importando que allí no hubiera hombre alguno (inexistencia del objeto). **112**

De la tentativa inidónea o *imposible*, por inidoneidad del medio o del objeto, debe distinguirse la denominada inidoneidad del *sujeto*¹³⁶, caracterizada porque en ella el error del autor versa sobre una cualidad de la autoría que él cree concurrir en su persona, sin que sea ése el caso¹³⁷. **113**

Ejemplo: Un árbitro de fútbol que pita un penalti inexistente para beneficiar al equipo de sus simpatías, cree haber cometido un delito de prevaricación (art. 446) dado que al fin y al cabo se trata de un “juez”. **114**

Puesto que sobre el autor inidóneo no pende deber alguno de evitar la conducta bajo amenaza penal, el error que sufre no es un error sobre la tipicidad sino **115**

¹³³ Limitada la cuestión a la genuina de la tentativa en los delitos de resultado, o ausencia del resultado típico.

¹³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, PG, 110, ya precisó atinadamente que, con la redacción anterior del art. 52, un sector doctrinal estimaba punible la inidoneidad del medio, pero no la del objeto (inexistente), mientras que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia incluían ambas en el art. 52 (delito imposible punible). *Vid.* también la atinada consideración de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 446 s.

¹³⁵ Un amplio sector doctrinal intenta distinguir entre delito imposible, p. ej. inexistencia de objeto, y tentativa inidónea (una vez más el fantasma de la teoría de la ausencia de tipo), p. ej. dosis insuficiente de veneno. Paradigmático: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 501, 648 ss., 660 ss. Con mejor criterio, en contra de la distinción, RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 788.

¹³⁶ Excluida de la regla de la tentativa inidónea de la r. a. según doctrina mayoritaria. *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 793; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, II, 197.

¹³⁷ Sobre el delito imposible en la legislación comparada y en la jurisprudencia francesa, italiana y alemana, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 633 ss.

de prohibición (él cree que el comportamiento que realiza está prohibido, lo que no es el caso). Por lo tanto, no lleva a cabo una conducta de tentativa sino lo que se denomina un *delito putativo* o *error de prohibición invertido o al revés* (consistente no en que el autor del delito crea que su comportamiento no está prohibido: error de prohibición directo, sino en que cree que está prohibido un comportamiento que no lo está realmente)¹³⁸. Por tanto, el autor inidóneo no lleva a cabo una tentativa inidónea (punible) sino un comportamiento penalmente irrelevante, no susceptible de convertirse en relevante penalmente por la simple creencia del autor. Por eso se habla también, para referirse a estos casos, de *delito imaginario*¹³⁹.— El tratamiento penal del sujeto inidóneo comienza a ser objeto de una nueva discusión:

- 116** SÁINZ DE ROBLES (LH-Beristain, 621 ss.) combate muy bien la tesis de los defensores de la tentativa de autor inidónea (BRUNS) [622], del error sobre el tipo al revés, que sería una *petitio principii* (WELZEL, JAKOBS) [626], sosteniendo muy certeramente que si la tentativa inidónea por inidoneidad del medio o del objeto es un error

¹³⁸ Vid. FARRÉ TREPAT, Tentativa, 405; SÁNCHEZ DOMINGO/PÉREZ PARENTE, LL, 1998-1, 1801, 1806; BACIGALUPO ZAPATER, LL, 1981-2, 972 s.; en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 3, 15; PG⁵, 342; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 500; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 232; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 110, 114; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 52, 181; MIR PUIG, PG⁷, 356; CEREZO MIR, PG, III, 205; NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 138 (quien curiosamente, pero no de forma descabellada, a tenor de la tendencia actual a no distinguir entre errores ontológicos y nomológicos, estima que mientras más se amplíe el campo del delito imposible más se restringe el del delito putativo, y a la inversa: 139); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 65; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 273; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 390; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 572; MEZGER, PG, II, 198; WELZEL, PG, 229; STRATENWERTH, PG, 283; JAKOBS, PG, 874, 879 s. (principio de inversión). Sobre la distinción tentativa-delito putativo *vid.* también MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 223 ss., 350 ss.; sobre las diferencias estructurales y semejanzas a efectos de punibilidad entre la tentativa irreal y el delito putativo: 260 ss. (sobre la tentativa de autor inidóneo como auténtico delito putativo: 286; y en: ZUGALDÍA ESPINAR [dir.], PG, 718, 723); SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 137 ss. (sobre la tentativa del autor inidóneo *vid.* sus atinadas consideraciones: 187 ss., 191 s.). *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 52, 226, que advierte con razón sobre el acuerdo general acerca de su impunidad, aunque se discuta su ámbito. *Vid.* también la atinada distinción entre tentativa imposible y delito putativo de CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 606; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 451 s. (¡leer!).

¹³⁹ *Vid.* la atinada conceptualización (incluidas sus dificultades delimitativas) de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 451. Sobre la impunidad del delito putativo y la tentativa irrisoria o supersticiosa como una de sus modalidades *vid.* FARRÉ TREPAT, Tentativa, 405; sobre las razones que le llevan a ella a defender, en cambio, la punibilidad de la tentativa irreal y distinguirla del delito putativo siempre: 409 s., y, por razones semejantes, también la del autor inidóneo en el derecho español: 433 ss., 444 s., siguiendo a su maestro MIR PUIG (en JESCHECK, PG, II, 735). Considera que no estaba incluida en la tentativa imposible del art. 52 II a. r. la del autor inidóneo, pero que ésta sí estaba abarcada entre los casos de “imposibilidad de ejecución”, CEREZO MIR, PG, III, 200 s. De otro parecer, apelando no a la diferencia estructural entre la inidoneidad del medio y el objeto y la inidoneidad del sujeto, sino a la voluntad de legislador español, RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 16 (*vid.* ya ADP, XXIV, 1971, 381 s., con alusiones en el mismo sentido a la jurisprudencia del TS; y en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 51 y 52, 227 s.).

del tipo al revés, es también algo más [625], es el producto de comprobar el estado de cosas existente antes y después de actuar el autor: si el peligro (como quiera que se conciba el peligro a estos efectos *ex ante*) que se representó desencadenar el autor no ha causado el resultado *ex post* ni, como se comprueba después, pudo producirlo nunca (por inidoneidad del medio o del objeto desconocida *ex ante*), la tentativa es inidónea, e idónea en caso contrario; todo ello basado en la experiencia y la ciencia [631 s.]. Nada de eso ocurre con la “tentativa” de autor inidóneo. En los delitos especiales [626 ss.], la cualidad de la autoría acota el círculo de quienes, además, si lesionan el bien jurídico (no hay delitos basados en puros y exclusivos deberes jurídicos), y esa acotación se realiza con criterio normativo [632], habrá delito aún en grado de tentativa.

ALCÁ CER GUIRAO, RDPC, 2ª época, 7, 2001, 11 ss., por su parte, por el contrario, después de criticar a la doctrina dominante, proclive a distinguir entre tentativa imposible por inidoneidad del medio o el objeto, punible, y “tentativa” imposible por inidoneidad del sujeto, que no será punible por no constituir siquiera tentativa y sí un supuesto de ausencia de tipo, siendo así que, como está aceptado generalmente y el propio ALCÁ CER GUIRAO ha demostrado concienzudamente aquí (18 ss., 24 ss., 28), y en su libro sobre la tentativa imposible (*vid. supra* XIII 66 ss.), entiende que hacer lo que hacen algunos autores, como FRISCH en Alemania, y SÁINZ DE ROBLES en España: circunscribir la tentativa al error sobre los elementos relacionados con el curso causal, en tanto que el error sobre los restantes elementos remitiría al delito putativo (diverso tratamiento del error sobre el tipo al revés), significaría considerar que cabe admitir mayor o menor probabilidad de que se realice el tipo respecto a elementos relacionados con el proceso causal (correcto) y negarlo, en cambio, respecto a otros elementos del tipo como la edad de la víctima o la cualidad de funcionario (incorrecto) [28 ss.]; lo que le lleva a la conclusión de que no debe distinguirse entre el tratamiento de uno u otro elemento del tipo, y menos aún acudir a la superada teoría de la falta de tipo para excluir artificialmente de la punición por tentativa a la de autor inidóneo [33 s.].— A continuación, pasa revista ALCÁ CER GUIRAO a opiniones, como la de ROXIN, que, sin distinguir entre unos y otros elementos del tipo, todos tienen en común el habérselos debido representar el dolo del autor y todos, por tanto, pueden dar lugar a un error del tipo al revés, sin embargo niega la tentativa de autor inidóneo con argumentos derivados de la teoría del delito especial [34 ss.], de cuya naturaleza, pese a lo obscura que todavía es la discusión, deduce la mayoría de la doctrina que por basarse en la contemplación de la lesión del bien jurídico desde una posición especial de deber, parece claro que no puede admitirse la tentativa de quien no posee esa cualidad especial; postura frente a la que ALCÁ CER GUIRAO sostiene que si *ex ante* cualquiera habría caído en el mismo error al revés que el funcionario, que creía serlo y no lo es, no existe razón para excluir la punición de una tentativa de autor inidóneo [42].— Y, puesto que no cabe argumentar en contra de la punición de estos casos desde puntos de vista relacionados con las ideas de merecimiento y necesidad de pena [43 ss., 46 s.] y la redacción del CP de 1995 ha prescindido de la referencia expresa a la imposibilidad del objeto y el medio como únicos supuestos de

tentativa imposible punible, aboga ALCÁCER GUIRAO por considerarla punible en el CP vigente [47 s., 48]¹⁴⁰.

118 A ALCÁCER GUIRAO, cuyo merito de haber planteado esta espinosa cuestión no cabe negar, hay que oponerle, sin embargo lo que, en la misma línea que SÁINZ DE ROBLES, dice Gladys V. ROMERO, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 239, en palabras que merece la pena transcribir¹⁴¹: “Aun cuando se admita que desde el punto de vista del tipo objetivo, todas las condiciones son «equivalentes», sin embargo, de esto no puede obtenerse como consecuencia que también para el dolo serían iguales la totalidad de las características del tipo. Como ya hemos visto, sólo las circunstancias de hecho, es decir, referentes a la acción, deben ser alcanzadas por el dolo. En cambio, las características del autor, por ser especiales elementos de la antijuricidad, no requieren ser alcanzadas por el dolo del tipo”.— Ciertamente, no cabe decir ya que los elementos de la autoría no forman parte del tipo (no existen tipos abiertos) (*vid. supra* VIII 40). Ahora bien, ello no significa que el tratamiento del error sobre los elementos del tipo haya de ser en todos los casos el mismo; siendo ahí donde sin representación de un curso causal ni siquiera cabe empezar a hablar de tentativa. De la misma forma que es perfectamente posible y asumible, más que la igualación indiferenciada de todos los elementos del tipo que pretende ALCÁCER GUIRAO, que para comenzar a hablar de tentativa además de la representación de un curso causal adecuado sea necesaria una determinada cualidad de la autoría.

119 Un paso más en la línea de ALCÁCER GUIRAO, en la revisión de la posibilidad de la tentativa del autor inidóneo, es el dado por GÓMEZ MARÍN, Autor inidóneo, para quien determinar *a priori* que el autor inidóneo no puede cometer tentativa no es una consecuencia lógica de los delitos especiales ni explica nada sobre la naturaleza de estos delitos que, antes bien, deben responder a la pregunta sobre la punibilidad del sujeto inidóneo de la tentativa [25], pues sería algo así como distinguir entre dos homicidios distintos constituido el uno por matar a alguien y el otro por realizar una conducta *ex ante* peligrosa y no peligrosa *ex post*, sin que lo contrario suponga romper la concepción del homicidio como la muerte de una persona, sino todo lo contrario, algo político-criminalmente conveniente [26, 27].— Por todo ello, GÓMEZ MARÍN recupera la concepción de BRUNS, que sólo distingue entre delito común y delito especial desde el punto de vista de que en el segundo únicamente un círculo de autores puede alcanzar la consumación, y tras rebatir las críticas que se le hicieron [28 ss.], se va a proponer abordar de nuevo el problema (la tentativa del autor inidóneo) desde su concepción de los delitos especiales, según la cual la forma de definir la autoría resulta decisiva, no habiendo ningún concepto de autor teóricamente imaginable que resulte adecuado “para apreciar correctamente la esencia de los delitos especiales”, por lo que los delitos especiales no ofrecen sólo limitaciones de la autoría y

¹⁴⁰ *Vid.* no obstante también la interesante tesis de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 575, proclive a admitir la hipótesis del delito intentado en los casos en que es difícil caracterizar al elemento que falta como perteneciente a la cualidad de la autoría o al objeto de la acción o modalidades del hecho. *Vid.* también las atinadas consideraciones de STRATENWERTH, PG, 283 s., 295 ss. *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 351.

¹⁴¹ *Vid.* también muy elocuentemente WELZEL, PG, 230; JAKOBS, PG, 876 ss, amplia y convincentemente (incluyendo el error sobre la cualidad de sujeto en los delitos de propia mano: 879).

problemas de participación, sino también otros, como el de la tentativa, especialmente la del sujeto inidóneo, que habría que dilucidar y no decidir *a priori* [31 s.].— A tal fin, GÓMEZ MARÍN, tras ocuparse de la distinción entre los presupuestos objetivos de la cualidad típica del autor y el error sobre la subsunción del sujeto en la cualidad típica [33 ss.], y tras argumentar que no hay diferencias entre los delitos comunes delimitados subjetivamente y los “auténticos” delitos especiales [47 ss.], concluye que es la propia definición del delito especial la que tiene que pronunciarse sobre si quiere o no castigar la tentativa de autor inidóneo, lo que depende de que se decida si esa conducta merece ser castigada. Con tres posibles fórmulas: A. “Son delitos especiales aquellos de los que, autor en la forma de delito consumado como en la de delito intentado, sólo pueden ser autores los sujetos que presenten los requisitos exigidos por la ley”. B. Son delitos especiales “aquellos delitos que tan sólo las personas descritas por la ley pueden cometer en el estadio de la consumación”. C. Son delitos especiales aquellos “que sólo pueden ser cometidos como autor, en grado de consumación o de tentativa idónea, por aquellos sujetos en que concurren los elementos exigidos por el tipo”.— Finalmente, rebate todos los argumentos esgrimidos por la doctrina para decidir la impunidad de la tentativa de autor inidóneo [75 ss.], con alusión especial a la teoría de los deberes jurídicos especiales, para afianzarse en la conclusión de que el error sobre la autoría debe tratarse igual que el error sobre el objeto y los medios [214 s.].

Frente a este parecer tan sugestivo de GÓMEZ MARÍN cabe decir lo siguiente: Sin duda que el legislador puede punir (atenuadamente) la conducta realizada por quien careciendo de la cualidad de la autoría requerida (círculo determinado de autores) lleva a cabo el comportamiento típico. La diferencia de la tentativa de autor inidóneo con la tentativa estriba en que mientras en la tentativa genuina (¡inclusión hecha de la del autor inidóneo!) está presente (si no: delito putativo) un saber nomológico correcto (de lo que el autor puede y tiene que saber *ex ante*) y el error es ontológico, en la tentativa de autor inidóneo el autor sufre un error nomológico, ya que ignora algo que ha de saberse antes de acometer una actividad delictiva (por eso es dudosa la tentativa en caso de error sobre la ajenidad de la cosa).— De esta cuestión dogmática ha de separarse la político criminal, en la que por cierto es dudoso lo que GÓMEZ MARÍN pretende, ya que no explica la razón de ser de los delitos especiales (al menos como se ha intentado hasta ahora).— En cualquier caso, la única forma de evitar que se difuminen los conceptos fundamentales de la participación es al modo tradicional, con sólo matizaciones funcionalistas y no creando deberes de garante inopinadamente.

Puesto que el autor inidóneo no puede realizar el tipo delictivo, no puede tampoco comenzar la ejecución característica de la tentativa¹⁴².— Lo mismo cabe decir de los restantes elementos del tipo que han de existir desde el comienzo de la ejecución: El problema fundamental en este aspecto lo representan los *elementos normativos* (vid. *supra* VIII, 104), caracterizados como es sabido por el hecho

¹⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 788, considera la inidoneidad del autor como un caso de “ausencia de tipo”.

de que, en ellos, el autor ha de proceder a su correcta, aunque no técnica (saber profano), subsunción de los hechos que realiza en las valoraciones del legislador. La cuestión que se plantea es la de si comete tentativa el autor que no subsume correctamente los hechos en la valoración por no haber alcanzado el conocimiento de lego requerido¹⁴³.— El criterio para dilucidar este dilema depende decisivamente de que el autor se haya representado correctamente el significado de la prohibición¹⁴⁴. Cuando el autor se ha representado correctamente dicho significado, estribando su error en la creencia de que existe un hecho, inexistente en la realidad, que de existir daría lugar a la plena realización del hecho punible, su conducta será de tentativa. Cuando, en cambio, el autor crea que un hecho de la realidad, que se ha representado correctamente, es subsumible en el tipo, sin serlo, estaremos en presencia de un delito putativo (impune)¹⁴⁵.

- 122** *Ejemplos:* El deudor tributario que se ha representado estar incurso en un hecho impositivo, que, de existir, habría dado lugar a una deuda tributaria, ha cometido el delito fiscal del art. 305 en grado de tentativa.— El deudor tributario que ha creído, erróneamente, que determinados hechos están sometidos a tributación, sin estarlo, ha cometido un delito putativo (impune)¹⁴⁶.
- 123** Con buen criterio resuelven JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 574, el problema del doble error sobre el tipo, el segundo de los cuales subsana el defecto del conocimiento del tipo provocado por el primero, en el sentido de no dar lugar a delito putativo.
- 124** A esta figura del delito putativo puede reconducirse, finalmente, el supuesto de la *tentativa irreal o supersticiosa*, que, por tanto, no es un supuesto de tentativa (punible)¹⁴⁷. En efecto, en la medida en que en ella el autor se ha representado una ley causal absolutamente apartada de lo que la experiencia general más elemental dice que puede ser la forma de causar un resultado, puede entenderse que su autor no ha comprendido para nada el significado de la prohibición que, p. ej., en el homicidio es inescindible de las formas posibles (racionalmente) de

¹⁴³ Vid. también JAKOBS, PG, 875 s.

¹⁴⁴ Vid. al respecto FARRÉ TREPAT, Tentativa, 431 ss., que alerta sobre los peligros de que la tentativa inidónea (punible) restrinja el ámbito del delito putativo (impune) que contenga elementos normativos.

¹⁴⁵ Vid. FARRÉ TREPAT, Tentativa, 413, que fundamenta la impunidad del delito putativo en el principio de legalidad, siguiendo, entre otros, a los autores españoles RODRÍGUEZ DE VESA, QUINTANO RIPOLLÉS, CUELLO CALÓN y RODRÍGUEZ MOURULLO (ADP, XXIV, 1971, 385).

¹⁴⁶ Sobre la inidoneidad del objeto por ausencia de un elemento normativo que lo caracterice vid. también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 51 y 52, 230 s.

¹⁴⁷ Así ya JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 500. Vid. también RIGHI, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 218, 230; Gladys V. ROMERO, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 240; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 56, 61. De otro parecer FARRÉ TREPAT, Tentativa, 409 s., que no las equipara (vid. *supra* XIII 115).

matar a un hombre. De ahí que se hable en estos casos de *tentativa irrisoria*, con lo que se pone gráficamente de relieve que resulta innecesario punirla porque la comunidad no se ve afectada ni tiene necesidad de reaccionar (fines de la pena) frente a semejante forma de “atentar” contra los bienes jurídicos.

Ejemplo: Intentar matar mediante conjuros, suministrando té a un bebé o mediante una dosis irrisoria de veneno. **125**

En cambio, y por las mismas razones que llevan a punir otros casos periféricos a lo lógica y necesariamente punible, los supuestos denominados de *inidoneidad relativa*, submodalidad, como ya se vio, de la causalidad putativa, inadecuada al juicio de causalidad cuya representación forma parte del dolo de tentativa, por esas mismas razones (proximidad a la causalidad adecuada y necesidad de reaccionar contra lo periférico pero próximo a lo punible), deben ser objeto de punición, al menos en los casos más graves¹⁴⁸. – *Ejemplo:* Intentar matar mediante una dosis de veneno no irrisoria pero sí insuficiente. – En el CP español, que no lo contempla expresamente (más bien parte de lo contrario), la única forma de perseguir estos hechos pasa por una interpretación extensiva en perjuicio del reo, algo que, aunque con cautelas, no está prohibido cuando se trata de preceptos de la PG (*vid. supra*, V 10). **126**

H. Tentativa acabada y tentativa inacabada

Del art. 16. 1 y 2, se deriva que el CP, aunque no les asigne nombre propio distinga entre lo que la doctrina conoce como tentativa acabada y tentativa inacabada¹⁴⁹. Hay *tentativa acabada* cuando el “sujeto da principio a la ejecución del delito directa- **127**

¹⁴⁸ Con otra fundamentación, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 468.

¹⁴⁹ Sostenía con la r. a. que la distinción española entre tentativa y frustración equivalía a la alemana entre tentativa acabada e inacabada, con consecuencias a los efectos de cumplimiento del tipo respectivo y del desistimiento, FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 240 ss. Con mejor criterio, distinguiendo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 443. *Vid.* la equivalencia con la n. r. que establece MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito*, 242 [(quien en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 706, advierte muy certeramente de que la distinción entre tentativa acabada e inacabada es más difícil de lo que parece, su importancia es sobre todo de cara a la pena (dejando aparte la cuestión del desistimiento, que no es una cuestión propiamente conceptual de esta distinción) y obliga atender al plan del autor]. En el mismo sentido SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 122. *Vid.* ya FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 56. *Vid.* también: CEREZO MIR, PG, III, 185; GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 269; QUINTERO OLIVARES, PG³, 589 s. (= QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 16, 116); VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 61-64, 388; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 62, 370; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 576; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 601; BACIGALUPO ZAPATER, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CP, I, com. art. 15, 521 (y en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS [coords.], CPC, com. art. 3, 13); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 277. Sobre los orígenes de la doctrina de la frustración en la ciencia penal italiana *vid.* Carlos MIR PUIG, PJ, 2ª época, 30, 1993, 82 ss.

mente por hechos exteriores, practicando *todos los actos* que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.— Hay *tentativa inacabada* cuando el “sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *parte de los actos* que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”¹⁵⁰.

128 ¿Es lo mismo frustración que tentativa acabada? No. Cabe una tentativa inacabada frustrada y una tentativa acabada no frustrada. Es cierto que la r.a. española del art. 3. 2, aludía a una tentativa acabada frustrada: aquella en la que además de haber realizado el autor todo lo que en su representación debió producir el resultado, ni éste se produjo ni dejó de producirse por acto alguno del autor en orden a evitarlo, sino por cualquier otra circunstancia. En la r. a. pues la frustración, en contra del parecer de RODRÍGUEZ MOURULLO¹⁵¹, difícilmente podría construirse prescindiendo del plan

¹⁵⁰ *Vid.* las atinadas consideraciones de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 481 ss., resaltando el papel decisivo del plan del autor y las dificultad de distinguirlos en los delitos de mera actividad.

¹⁵¹ En realidad, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2, 87 ss, contrapone, innecesariamente por lo demás, una concepción objetiva de la tentativa y la frustración a una concepción subjetiva de éstas, tal como interpreta los conceptos de tentativa acabada e inacabada alemanas, válidos a los efectos del desistimiento, lo que él acepta. Lo que en cambio temía es que al trasladar esos conceptos a los de tentativa y frustración españoles, se mezclasen las problemáticas de la tentativa y el desistimiento, propiciándose la posibilidad de punir como tentativa actos muy remotos de preparación. Conclusión: La frustración como forma más grave de tentativa se basa en la objetividad del peligro para el bien jurídico, mayor por más próximo en la frustración que en la tentativa.— En realidad, lo que demuestra esta preocupación de RODRÍGUEZ MOURULLO es que, como después se ha visto, con la nueva regulación española de los artículos 16 y 62, peligro para el bien jurídico y plan del autor, a la luz del tipo, ambas perspectivas: la del plan del autor y la de la prevención del bien jurídico, son imprescindibles en materia de tentativa.— Defendían también un criterio puramente objetivo para determinar la frustración: MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 721; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 240; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 786; y ya: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 588; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 446; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 202.— Con mejor criterio, defendían un criterio subjetivo de delimitación entre tentativa y frustración: FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 58, 60; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 609; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 226, deducía de la concepción subjetiva de MEZGER, que compartía, la conveniencia de que el CP derogase la distinción tentativa/frustración; WELZEL, PG, 232; STRATENWERTH, PG, 300; SÁINZ CANTERO, PG, III, 161; BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 3, 15; PG⁵, 348; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 47, quien, no obstante, extraía de esa premisa, correcta, la errónea conclusión de que en toda frustración hay un delito imposible [48], lo que de ser cierto, impediría lo que, de nuevo certeramente, vuelve a defender más abajo [52], esto es, que en la frustración cabe el desistimiento. Detrás de esta confusión está la falta de claridad tradicional en la doctrina española a que se acaba de aludir acerca de las diferencias (y semejanzas) que existen entre la tentativa acabada y la frustración, que, dicho sea una vez más, no son del todo equivalentes.— Aunque aparentemente afirman que era uno objetivo el criterio de distinción entre la tentativa y la frustración en el CP, se apresuran a corregirlo muy atinadamente con el plan del autor, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOSILDO, PG, 453 s. Resalta que en la concepción del TS el criterio de distinción entre la tentativa y la frustración era uno objetivo, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 252, en tanto que él, certeramente [263], asigna relevancia decisiva al plan del autor. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 581.

del autor, de forma puramente objetiva como él (RODRÍGUEZ MOURULLO) desearía, pues sin tenerlo en cuenta: que con lo que ha hecho hasta entonces el resultado puede sobrevenir por sí mismo, difícilmente podrá concebirse un desistimiento excluyente de la punibilidad de quien ha creído realizar todo lo necesario para la consumación pero todavía puede hacer algo por evitarla (mediante comportamiento activo). Precisamente, y en sentido inverso al referido a la tentativa acabada, también en la tentativa inacabada cabe frustración: cuando tras el primer acto de tentativa se ha convertido en inviable el proyecto (el primer acto de envenenamiento es descubierto, p. ej.), con efectos en el desistimiento (*vid. infra* XIII 239); lo que no por casualidad ha llevado a un sector doctrinal en Alemania (ROXIN), con rechazo de la doctrina dominante por innecesario, a querer introducir el concepto de tentativa frustrada (que valdría para la tentativa acabada = r. a. española, y para la inacabada)¹⁵². Este delito frustrado sí se configura objetivamente = imposibilidad objetiva del resultado, pero no debe confundirse con lo que el art. 3. 1 r. a. española regulaba con el nombre de delito frustrado.

Con la sutileza que le caracteriza, MIR PUIG (PG⁵, 341) sostenía que, con la r. a., la frustración no sólo requería que el autor hubiese realizado todos los actos dependientes de él para causar el resultado, sino también que se hubiesen realizado los asignados a otros sujetos, p. ej., en la autoría mediata. Según esto, quien preparó la taza envenenada que todavía ha de servir el camarero e ingerir la víctima, y en el último momento se le cae de la mano, no habría cometido frustración sino tentativa, en la terminología dogmática comparada: no habría cometido tentativa acabada sino inacabada. Y, para evitar consecuencias indeseables, como la de que a pesar de la consumación el “culpable” sólo respondiera por tentativa (ya que no fue él quien realizó *todos los actos* necesarios para la consumación), propuso que sólo se estimaran “actos de ejecución que” los que conforme a su plan le correspondiesen ejecutar a él (con mejor criterio: PG⁵, 350).— Con independencia de que este tema corresponde estudiarlo con el comienzo de ejecución de la autoría mediata (*vid. infra* XIV 155 ss.), debe indicarse ya que cuando el autor ha llevado a cabo actos que, sin su intervención, por su intención anterior, son ya capaces de producir el resultado, por una cadena *que sólo él domina*, la tentativa está acabada, y el delito frustrado si no tiene éxito el plan del autor. Sin los circunloquios de MIR PUIG. Solución viable con la a. r. y la n. r. *Vid.* en esta línea ya las atinadas consideraciones de MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 239 ss. *Vid.* no obstante RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1161.

A su vez, a los efectos del desistimiento de la tentativa (*vid. infra* XIII 236), para lo que como después se verá tiene una importancia capital que la tentativa de la que se desiste se encuentre en la fase de tentativa acabada o inacabada, desde el punto de vista de los requisitos que deben cumplirse para estimar relevante el desistimiento, se exige que “se evite voluntariamente la consumación del

¹⁵² *Vid.* al respecto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 84 s.

delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada (tentativa inacabada), bien impidiendo la producción del resultado” (tentativa acabada).

131 La definición legal de la tentativa acabada da cumplida cuenta del fundamento de su punición y de su identificación con el injusto penal, el disvalor-acción. Dicho de otra forma: ¿En qué, además de que el autor practique todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, puede estribar la imputación de unos hechos a título de responsabilidad penal?— Con esta definición legal se corrobora, como ya se dijo (*vid. supra* XIII 90), que el legislador puede, si quiere, circunscribir la responsabilidad penal al delito consumado, en el bien entendido de que, si así lo hiciera, en un derecho penal de la culpabilidad, esa responsabilidad se basaría, desde la perspectiva del autor, en lo que el CP define hoy como tentativa acabada, aunque a ello tendría que añadirse, por imperativo legal, el resultado para que hubiera responsabilidad penal, pero sería un resultado que sin la presencia del disvalor-acción constitutivo de la tentativa acabada, carecería de significado, al menos en un derecho penal que pretende prevenir el delito. Ese supuesto CP que sólo castigara el delito consumado no convertiría en lícita a la tentativa acabada, como decía acertadamente ZIELINSKI¹⁵³ sino en meramente no punible; y ello porque si es ilícito (y punible) la causación del resultado no puede dejar de serlo el comportamiento del autor que hace todo lo posible para causarlo (tentativa acabada). Así pues, el fundamento de punición de la tentativa acabada es el fundamento de punición del injusto.

132 Más peliaguda se plantea la cuestión en la tentativa inacabada. Armin KAUFMANN¹⁵⁴ y Eberhard STRUENSEE¹⁵⁵ han sido los autores más conspicuos a la hora de poner de relieve el déficit de fundamentación en esta figura de imputación penal. Mientras que en tanto que en la tentativa acabada el discurrir de los acontecimientos ya ha salido de las manos del autor y puede producir por sí mismo el resultado que el derecho penal desea evitar no ofrece duda sobre la existencia de una norma que le dice al ciudadano que debe abstenerse de hacer aquello que, precisamente por escapar ya a su control, puede suponer la lesión del bien jurídico, en cambio, la tentativa inacabada, de tener un fundamento de punición, tiene que ser distinto al de la tentativa acabada, ya que, como decía Armin KAUFMANN, sería extender demasiado el fundamento de la tentativa acabada, que al finalismo, por las razones vistas, no le plantea duda alguna, a la tentativa inacabada, pues, estructuralmente, es muy distinto prohibir lo que ya puede producir el resultado (tentativa acabada) que prohibir lo que puede ser condición necesaria, pero no suficiente, por requerir

¹⁵³ Disvalor de acción y disvalor de resultado, 159. *Vid.* al respecto *supra* VIII 17.

¹⁵⁴ NPP, 1975, 170.

¹⁵⁵ CPCr, 38, 1989, 420.

actos ulteriores que hacen que todo el proceso esté bajo control del autor, de producción del resultado (tentativa inacabada).— Sin embargo, lo que la tentativa inacabada sí muestra claramente es que el derecho penal preventivo no puede limitarse a extender la protección penal de los bienes jurídicos a los actos que suponen ya inmediatamente su lesión, y que para evitar que hasta el último momento, momento en que ya puede ser tarde para reaccionar, el infractor pueda moverse libremente, asegurándose así, en cierto modo, de la consecución de su propósito delictivo, debe ampliarse el ámbito de lo punible. Es lo que ocurre con la punición de la tentativa inacabada, y, con más cautela, en los actos preparatorios punibles (*vid. infra* XIII 20 ss.).— Puede incluso afirmarse que *no hay peligro de lesión de más necesaria prevención por lo persistente de su continuación hasta la lesión, desde la óptica del ordenamiento jurídico y el destinatario de la norma, que el originado por un proceso humano consciente dirigido desde el principio a ese fin.*— Que la cuestión, sin embargo, no es pacífica en la doctrina, precisamente por no percibir ésta la relatividad de la distinción entre las diversas fases del *iter criminis*, puede ilustrarse con algunos posicionamientos extremos.

Según BACIGALUPO (PG³, 97), si se es consecuente con la irrelevancia del disvalor-resultado, se debería poner el acento de la punibilidad en el comienzo de la tentativa, momento a partir del cual se da íntegro el disvalor-acción, eliminándose toda diferencia entre tentativa, frustración y consumación¹⁵⁶.

133

MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 169 s., 215 s. (con críticas a las consideraciones de STRUENSEE sobre los conceptos de FIEDLER de cara a la concreción del dolo: el dolo de la tentativa acabada no es el mismo de la tentativa inacabada: tras la primera dosis de veneno el autor todavía no lo ha comenzado a desarrollar, con su consiguiente representación concreta = dolo concreto) (*vid. infra* XIII 140 ss.), por el contrario, sostiene que si bien desde el comienzo de la tentativa hay disvalor-intención o dolo, la peligrosidad de la acción, el elemento objetivo del disvalor-acción en su concepción, se ha desarrollado paulatinamente, alcanzando su punto álgido en la tentativa acabada, que sí contiene ya todo el disvalor-acción, porque también en su concepción [175 ss.], el resultado (delito consumado) no añade nada al ilícito, constituido sólo conforme al disvalor-acción, aunque, ciertamente, aquel disvalor-resultado puede agravar la punibilidad por razones ajenas a la constitución del ilícito y sí relacionadas con la necesidad político-criminal de pena¹⁵⁷.

134

¹⁵⁶ Relativiza también la distinción entre tentativa y frustración a efectos de merecimiento necesario de una atenuación más amplia de la pena de la frustración respecto a la de la tentativa: RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 14 s. Así ya también: CEREZO MIR, Tentativa, 35; NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 49.

¹⁵⁷ Carlos MIR PUIG, PJ, 2^a, época, 30, 1993, 84, 86, consideraba que la anterior regulación de la frustración, de carácter objetivo y por aproximación *ex lege* a la consumación, propiciaba un tratamiento punitivo favorable al reo.

135

Por el otro extremo, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito*, 3 ss., 31 ss., 43 ss., 53 ss., fiel a su concepción del injusto, que elabora partiendo de la escuela de Bonn, y de algunas manifestaciones ocasionales de JAKOBS, que otras veces modificaría (*vid. infra* XIII 215), no sólo niega al disvalor-resultado valor constitutivo del injusto, otorgándose sólo al disvalor-acción, que además concibe de manera muy peculiar, tan peculiar que, de forma parecida a lo que él hace con JAKOBS, lo que parece una concepción netamente subjetiva, se convierte en otra objetiva (*vid. supra* XIII 69), de una manera ciertamente propia.— Por decirlo brevemente: Para SANCINETTI, el injusto por antonomasia lo proporciona la tentativa acabada, aquella donde la exteriorización del disvalor-acción ha alcanzado el punto en el que, sin haberse convertido todavía necesariamente en el desdeñado disvalor-resultado (*ex post*), ya ha escapado al control del autor, pudiendo producir el resultado en función de circunstancias ajenas a su voluntad [126].— Para fundamentar normológicamente su posición sobre la atenuación de la pena en la tentativa (que él resuelve dogmáticamente con su expediente de la burda insensatez incrementable con lo inacabado del proyecto subjetivo) (157 ss.) (*vid. infra* XIII 208), acude SANCINETTI a los argumentos de Armin KAUFMANN y STRUENSEE, quienes ya habían planteado la naturaleza de la norma subyacente a la tentativa acabada [140 ss.], frente a la de la tentativa inacabada, en el caso de que ambas fuesen distintas; de donde deducir que el fundamento de la tentativa inacabada se parece más al de los actos preparatorios que al de la genuina tentativa o tentativa acabada.— Entre las consecuencias a extraer de aquí, como después habrá de verse, se encuentran las de obligar a atenuar la pena de la tentativa inacabada frente a la consumación (idea con la que SANCINETTI no simpatiza por su origen en la atávica responsabilidad por el resultado) [150 ss.] (*vid. infra* XIII 208 s.), mientras que sólo sea facultativa la atenuación de la tentativa acabada, y la de impedir la tentativa acabada la posibilidad del desistimiento [70, 72, 72 ss.] (*vid. infra* XIII 215).— Frente a este elaborado parecer, debe tenerse en cuenta la siguiente consideración crítica: Especulaciones esclarecedoras sobre el fundamento de punición y la naturaleza de la norma que prohíbe no sólo dejar escapar de las propias manos que lo han elaborado anteriormente un proceso causal peligroso para el bien jurídico, no son incompatibles con la consideración de que tan prohibido como el último acto que ya escapa de las manos del autor deben serlo los anteriores, especialmente los que suponen ya inequívocamente el comienzo de ejecución del delito (comienzo de la tentativa: *vid. infra* XIII 157 ss.). Los que en su contexto sólo pueden verse como comisión de un delito. Así lo han hecho y lo hacen todos los Códigos penales. ¿Por qué? Pues por la sencilla razón de que no hay solución de continuidad entre el primer acto de ejecución de un delito y el último; de ahí que, como ya se vio al principio, la determinación de los momentos de comienzo de la tentativa frente a la mera preparación, y de la tentativa inacabada respecto a la acabada sólo quepa establecerlos con criterios normativos, axiológicos, de lo que naturalísticamente constituye una unidad inescindible, en el sentido de que una parte no tiene sentido desgajada de las otras (*vid. supra* XIII 13). De ahí, también, lo que en más de una ocasión hemos denominado inevitabilidad del elemento subjetivo, por más que el ordenamiento jurídico persiga metas de regulación establecidas objetivamente.

Enfoques como el de SANCINETTI, estimulan aportaciones como la realizada por BENLLOCH PETIT, RPJ, 24, 2003, CXLI ss., que, no por esclarecedoras son menos desafortunadas: Según BENLLOCH PETIT, a la dicotomía tentativa acabada – tentativa inacabada, debe añadirse, dado que no coinciden, la dicotomía tentativa perfecta – tentativa imperfecta [CXLIV]. Ilustrándolo con un ejemplo: Mientras que quien ya ha suministrado en la bebida de la víctima el veneno que causará su muerte cuando la ingiera varias horas después, cuando vuelva, es una tentativa acabada (no requiere actos ulteriores del autor para que sobrevenga la consumación), como quiera que todavía puede evitar aquélla, dado que la tentativa no ha salido de sus manos, la tentativa es aún imperfecta, frente a la perfecta, que es aquella en la que el autor no puede hacer ya nada por evitarlo [CXLIX]. La cuestión, así planteada, que por lo demás no se diferencia nada de la de un mayoritario sector doctrinal, encabezado por ROXIN (AP, 1999-2, 589 ss.) (*vid. infra* XIII 166), que ve en casos como éste uno de tentativa inacabada (o incluso de mera preparación), no sería descabellada si no fuera por cómo quiere fundamentar BENLLOCH PETIT la punición de una y otra tentativa, perfecta e imperfecta. Según BENLLOCH PETIT, en la tentativa imperfecta estamos presumiendo que el autor no hará nada por evitar la consumación, presunción que en derecho penal está prohibida, aunque en el caso de la tentativa imperfecta esté justificada. Pero no porque la tentativa imperfecta constituya un peligro real para el bien jurídico, cosa que sí ocurre con la perfecta, sino porque ha mediado un peligro hipotético [CLII]. De ahí que estime, como segunda conclusión, lo que después veremos es una interpretación desafortunada del desistimiento, desgraciadamente compartida también por otros autores: esto es, que mientras que el desistimiento de la tentativa imperfecta anula el injusto, sólo el de la perfecta consiste en una causa de exclusión de la punibilidad (*vid. infra* XIII 231)¹⁵⁸.

136

I. La punibilidad de la tentativa

Hasta aquí, el concepto de tentativa. Lo que cae dentro del concepto de tentativa es punible en nuestro derecho. Ahora bien, ello no quiere decir que la graduación de la responsabilidad por tentativa no dependa de criterios relacionados con lo que la doctrina española ha utilizado, fallidamente, para acuñar su concepto de tentativa; ni significa, tampoco, que supuestos excluidos del concepto de tentativa no puedan dar lugar a responsabilidad penal por aplicación extensiva de la norma sancionatoria de la misma, algo que no debe escandalizar tratándose de normas de la PG donde, como sostiene HASSEMER¹⁵⁹, las construcciones dog-

137

¹⁵⁸ Carlos MIR PUIG, PJ, 2ª época, 30, 1993, 82, considera que la equiparación punitiva entre tentativa y frustración era signo de un derecho penal autoritario, y liberal la desestimación. Esta es otra consideración desafortunada, situada en la misma órbita que las de SANCINETTI y BELLOCH PETIT. FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 64, ya fundamentó la atenuación de la tentativa respecto a la frustración tanto en el menor peligro objetivo de la primera respecto a la segunda como en la posibilidad subjetiva del desistimiento.

¹⁵⁹ Fundamentos, 256.

máticas constituyen incluso criterios de Justicia que dicen más de una cultura jurídica que todas las formas delictivas juntas. De ser esto viable, que lo es, se alcanzará uno de los principales objetivos de la dogmática: precisión conceptual, de un lado, y amplitud de miras teleológica, de otro (*vid. supra* V 10).

138 Que la causalidad putativa no pertenezca al concepto de tentativa de que parte el art. 16. 1, no significa que la necesidad de protección de los bienes jurídicos no permita ni justifique que, por razones de política criminal, basadas en dicha necesidad de protección, resulte conveniente hacer una interpretación extensiva de aquella norma.— De esta manera, al igual que ocurre con el establecimiento del momento de comienzo de la tentativa (por lo general punible) frente a la preparación (por lo general impune), donde es conveniente adelantarlo para que la lesión no sea ya irreversible, temática, ésta, en la que aquí no podemos entrar, es conveniente extender también la norma sancionadora de la tentativa a los casos de causalidad putativa conocidos como de “inidoneidad relativa” más próximos a la causalidad legal o real.— Es cierto que su ámbito no debe abarcar sólo a los casos en que la causalidad se basa en un criterio cuantitativo (dosis insuficiente de veneno)¹⁶⁰ pero este supuesto ilustra muy bien sobre los límites en que debe realizarse la extensión: sólo lo colindante con la causalidad legal, desapareciendo el fundamento que justifica la extensión de la punibilidad por tentativa a medida que el caso se aparta de dicho límite.

139 Por lo demás, que el prototipo del injusto lo constituya la tentativa acabada, no excluye, sino todo lo contrario, la necesidad de prevenir ya el comienzo de la tentativa o tentativa inacabada. Es más, llegados a este punto, puede y debe insistirse en el hecho de que en la tentativa inacabada si bien es cierto que el autor puede todavía detener la continuación de lo necesario para consumar el delito (desde su posición: llegar a la tentativa acabada), ello no debe ocultar que incluso objetivamente, además de subjetivamente: plan del autor, hay ya un peligro elevado de consumación del delito: Que hay pocas situaciones tan peligrosas para la lesión de un bien jurídico, consumación, como el representado por una persona que ha decidido e iniciado la comisión de un delito poniendo en marcha un proceso causal idóneo que lo lesionará, es algo tan evidente como para comprender que la interpretación contraria, a la que nos hemos acostumbrado, se basa en el mito de la libertad, según el cual quien inicia algo siempre puede evitarlo si está en sus manos, sin tener en cuenta la inmensa cantidad de factores que ha puesto en marcha con la iniciación del delito, como para que sea más improbable que se detenga que el que continúe.

¹⁶⁰ *Vid.*, acertadamente, SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 166.

J. El elemento subjetivo del tipo de tentativa

No es exacta la doctrina que, tradicionalmente, viene diciendo que en el tipo de tentativa, caracterizado por la ausencia del resultado¹⁶¹, el tipo subjetivo, al que, incorrectamente, además, se le identifica con la resolución delictiva¹⁶², transformada en voluntad del resultado no producido, así, en su generalidad (especialmente plástico en la doctrina de la imputación objetiva), y sin distinguir, en consecuencia, entre tipo subjetivo de la tentativa acabada y tipo subjetivo de la tentativa inacabada, está completo¹⁶³.— Que el tipo subjetivo de la tentativa inacabada es uno específico, distinto al del delito consumado y al de la tentativa acabada¹⁶⁴, es una consecuencia más de la exigencia general de que el dolo requiere la representación de la concreta causalidad que desemboca en el resultado, corregida, sólo corregida, con el margen del desvío inesencial (que la doctrina de la imputación objetiva amplía en estos y otros casos desmesuradamente) (*vid. supra* VIII 323).

140

a. En la tentativa inacabada

Al requerir el dolo representación de la concreta causalidad, y que esa causalidad haya sido la que haya desembocado en el resultado, quiere decirse que cuando el autor se ha representado y puesto en marcha un proceso causal que, conforme a la idea de adecuación a ley, producirá el resultado como consecuencia de una serie de actos por su parte que todavía no se han producido plenamente, hay que llegar a la conclusión de que sólo tras el último acto, después del cual la causalidad va a ser dejada a su curso para que desemboque en el resul-

141

¹⁶¹ Como bien dice BACIGALUPO ZAPATER, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 15, 523, la tentativa no depende sólo de la ausencia de resultado (como quiere la doctrina de la ausencia de tipo; *vid. supra* XIII, 44, 110), sino más bien de la imposibilidad de consumación, que puede depender de la ausencia de cualquier elemento del tipo no sólo del resultado. La terminología del texto alude a que el resultado, en los delitos del mismo nombre, su ausencia, es el que mayor casuística presenta para explicar la tentativa.

¹⁶² NÚÑEZ BARBERO, Delito imposible, 27. *Vid.* al respecto ampliamente FARRÉ TREPAT, Tentativa, 62, 65, 66, quien, no obstante, distingue un aspecto cuantitativo que sería mayor en el delito consumado que en el intentado.

¹⁶³ *Vid.* CEREZO MIR, PG, III, 186; QUINTERO OLIVARES, PG³, 595; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO (eds.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 96, 125; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 406 ss., 410, 506, negando, consecuentemente con su teoría general contraria a otorgar al dolo cualquier valor configurador del injusto (objetivo), también en la tentativa, pretendiendo concebir incluso objetivamente: comienzo de ejecución, el disvalor-acción característico de la tentativa [450, 454]; PUIG PEÑA, PG, II, 261 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 477; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 451, 454; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 716; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 385; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 554; WELZEL, PG, 224; STRATENWERTH, PG, 282; JAKOBS, PG, 866; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1163.

¹⁶⁴ Apunta también diferencias (él habla de matizaciones) entre el tipo subjetivo de la tentativa inacabada respecto a la acabada y el delito consumado, MIR PUIG, PG⁷, 352.

tado, podrá decirse que el dolo o elemento subjetivo está completo (dolo de la tentativa acabada) y que si, además, el resultado concreto se produce de una forma que no se desvía esencialmente del curso que el autor se representó habrá plena responsabilidad por delito doloso consumado.

- 142** *Ejemplo:* Sólo el autor que ha suministrado consciente y sucesivamente todas (tentativa acabada) y cada una (tentativa inacabada) de las dosis del envenenamiento mortal ha consumado el homicidio si la víctima, además, ha muerto, siendo indiferente que lo haya hecho porque el veneno acabó afectando letalmente al hígado o al riñón, siempre que sí se representase que el efecto lo iba a causar la suma total de dosis.
- 143** De cuanto antecede cabe concluir que el elemento subjetivo de la tentativa inacabada requiere por parte del autor los siguientes elementos: 1º) Representación de que los actos realizados son subsumibles en lo que el tipo delictivo contiene como elemento determinante de que se haya comenzado a ejecutar el delito. Al igual que se decía en el dolo, el autor se ha tenido que representar que su comportamiento se componía de unos hechos subsumibles en el comienzo de realización del delito, aunque no que él está comenzando a cometer el delito o que está realizando un comportamiento ya peligroso. Basta que sea consciente de los hechos, y que los hechos sean subsumibles en el elemento “comienzo” de realización del delito. *Ejemplo:* El autor del envenenamiento no necesita representarse en el momento de suministrar la primera dosis de veneno que está comenzando a cometer el homicidio ni que la víctima morirá. 2º) Representación de que esos hechos no constituyen un fin en sí mismo, sino que conforme al plan seguido por el autor forman una constelación cuyo fin último es uno ulterior, de manera que no se represente que esos actos pueden quedar estancados en esa fase por circunstancias ajenas a su voluntad (dentro del margen de que la imposibilidad de previsión absoluta no permite descartarlo) ni que sobrevenga con ellos el efecto causal que, en su representación, lo hará después y cuya realización forma parte de su plan total. *Ejemplo:* El autor del envenenamiento sabe que con las primeras dosis la víctima no puede morir. 3º) Representación, finalmente, de que los hechos realizados constituyen elementos imprescindibles de una cadena causal todavía no agotada, pero sin cuya concurrencia, y la de los actos ulteriores, no podría llegar a buen fin. Se trata, en suma, de la genuina relación de congruencia entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo, referida esta vez a unos hechos conectados con un antecedente y un consecuente constituidos por el acto anterior del momento del comienzo de la ejecución y el posterior de la consumación, junto, eventualmente, a otros actos intermedios. *Ejemplo:* El autor del envenenamiento sabe que si añade nuevas dosis a la que acaba de suministrar, hasta un número determinado, la víctima morirá.

b. En la tentativa acabada

En puridad, tampoco en la tentativa acabada el dolo o elemento subjetivo es el mismo que en el delito consumado¹⁶⁵. Es más, en la medida en que la progresión del delito se ha quedado en grado de tentativa (acabada), evidencia ello que falta al menos un elemento del tipo subjetivo del delito consumado (el referido al resultado). En cuanto que el delito no se ha consumado, en efecto, no se puede decir que el dolo de la tentativa acabada haya abarcado el resultado, sino más bien lo contrario¹⁶⁶. **144**

El fundamento de punición de la tentativa acabada es ciertamente el del injusto. El dolo de la tentativa acabada sí es plenamente congruente con el injusto; lo que ocurre es que, al no formar el resultado (el disvalor-resultado) parte del injusto (condición objetiva de punibilidad en la concepción finalista), puede haber plenitud de injusto sin producción del resultado y, por tanto, sin su representación. Es cierto que el injusto, el disvalor-acción, se compone de un disvalor-resultado intencionado (la capacidad de resultado de que hablaba ZIELINSKI (*vid. supra* VIII 17); lo que ocurre es que, como también sabemos por lo que se dijo cuando se estudiaba la imputación objetiva, ese resultado no tiene nada que ver con el concretamente causado (en su caso). Objeto del dolo es el resultado perseguido con la acción, por eso es completo el dolo (y abarca el resultado) en la tentativa acabada, pero no el concreto resultado causado, e imputado o no, con criterios axiológicos de imputación objetiva, cuando, ciertamente, no se ha producido un desvío esencial entre la producción del resultado tal como el autor se la representó y tal como lo causó. El resultado como elemento del tipo abarcado por el dolo es objeto de análisis en una consideración *ex ante*, el resultado como título de imputación por delito consumado es objeto de una consideración *ex post*. **145**

K. La decisión del hecho punible

En cuanto que la ejecución del delito desde su comienzo (preparación) hasta su final (tentativa acabada) es desarrollo de la resolución delictiva, la relación subjetivo-subjetivo tantas veces mencionada, cada acto de ejecución debe poderse ver como decisión seguida de ejecución. Esto significa que, como cualquier otro, el acto de ejecución del comienzo de la tentativa debe ser el fruto de una decisión, planteándose en algunos casos dudosos si, efectivamente, el autor está decidido o no a realizarlo. Puede afirmarse, pues, que por más que se haya producido la “situación crítica” del comienzo de la tentativa (*vid. infra* XIII 162), **146**

¹⁶⁵ De otro parecer, expresamente, MIR PUIG, PG⁷, 353.

¹⁶⁶ Lo que a su vez no quiere decir que la imputación a título de delito consumado exija algo más en el plano subjetivo (*dolus subsequens*).

si el autor no está decidido a actuar no puede hablarse de comienzo de la tentativa, aun en el caso de que haya causado el resultado.

- 147** *Ejemplo:* El ladrón que acaba de robar y es buscado por la policía se está planteando si usar o no el arma de fuego que porta, momento en que el arma se le dispara.— En este caso no puede hablarse de tentativa del robo cualificado del art. 242. 2, y sí, en su caso, de homicidio imprudente.
- 148** Sólo cuando el acto de comienzo de la tentativa es fruto de la decisión terminante del autor puede hablarse de tentativa¹⁶⁷; esa decisión, por lo demás, no tiene por qué ser plenamente consciente, lo que ocurrirá muchas veces en acciones de tentativa guiadas por los afectos en que el dolo y la culpabilidad no están anulados (*vid. supra* VIII 313 ss.)¹⁶⁸. *Ejemplo de JAKOBS:* El marido que sospecha de su esposa y presa de la ira penetra en la habitación con una pistola que disparará sobre la mujer si la encuentra con otro, ha comenzado la tentativa, aunque no haya actualizado su propósito.— El ejemplo anterior muestra también que la falta de decisión por el hecho excluyente de la tentativa no debe ser confundida con la mal llamada “voluntad condicionada” a la presencia de circunstancias de concurrencia dudosa, en la que, a semejanza de lo que ocurría con el dolo eventual, no cabe negar que existe una clara decisión por el hecho, sólo que condicionada a la presencia de determinadas circunstancias azarosas¹⁶⁹. *Ejemplos:* El ratero del metro palpa los bolsillos de los pasajeros para comprobar si llevan cartera; si es así (decisión por el hecho) se la sustraerá.— El violador se dirige a la víctima con la reserva de que si ésta se pone a gritar huirá y no en caso contrario (decisión por el hecho).
- 149** Como bien dice JAKOBS, determinar cuándo estamos ante casos de voluntad condicionada (punible como tentativa) o meros actos preparatorios de la ocasión (impunes) puede ser difícil de precisar, debiéndose acudir en supuestos problemáticos a un criterio cuantitativo de delimitación: mientras más energía criminal ponga el autor más deberemos inclinarnos a estimar tentativa, y preparación en caso contrario¹⁷⁰.
- 150** *Ejemplos:* El ratero del metro que está comprobando si en el vagón hay pocas o muchas personas —sólo si hay muchas palpará los bolsillos para robar— se encuentra todavía en la fase de preparación.— Los atracadores de un banco que comienzan a

¹⁶⁷ JAKOBS, PG, 869 ss. *Vid.*, sobre la voluntad condicionada de acción, como caso de ausencia de tentativa, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 902. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG², 554.

¹⁶⁸ *Vid.* JAKOBS, PG, 869.

¹⁶⁹ *Vid.* JAKOBS, PG, 870.

¹⁷⁰ *Vid.* JAKOBS, PG, 871.

cavar un túnel que les ocupará todavía mucho tiempo y esfuerzo se encuentran ya en la fase de tentativa.

Como bien dice FARRÉ TREPAT, Tentativa, 95 ss., 108, siguiendo a ARZT y ROXIN, una vez que se ha comenzado la ejecución del delito, habiendo adoptado la resolución de hacerlo, la reserva del autor de interrumpirla, si las circunstancias cambian o no le gustan, la reserva de desistimiento, deja intacta la responsabilidad por tentativa, incluso cuando realmente no está todavía seguro de si seguirá actuando (109 ss., 112, 113).

151

L. ¿Existe un dolo eventual de tentativa?

La doctrina que parte de la premisa (correcta) según la cual la de tentativa es una conducta dolosa, se plantea si admite la modalidad del dolo eventual, a lo que le lleva la cuestión práctica de que muchas veces el autor que actúa en orden a la producción del resultado (quintaesencia de la tentativa), se representará ese resultado como no seguro, y sí con la probabilidad que caracteriza al dolo eventual (en el delito consumado). Además, a veces, respondida afirmativamente la pregunta¹⁷¹, se plantea si esa tentativa en dolo eventual merece una atenuación de la pena respecto a la tentativa en dolo directo.— Esta es una cuestión de corte puramente conceptualista. La tentativa es siempre intencional, *ex definitione*, siendo la dirección de los actos que pueden perseguir o suponer el resultado desaprobado la que la fundamenta¹⁷², independientemente de la seguridad de su producción. El caso Thyren es el caso típico de tentativa pese a las escasas probabilidades que el autor se otorga. De ahí que no quepa dudar de que la tentativa de resultado incierto, es siempre tentativa, igual que la que incluye un resultado representado como muy probable (dentro de lo humanamente posible). El disvalor-acción de la tentativa es pues siempre constante. Algo semejante ocurre con la punibilidad de la tentativa de resultado incierto, pues si bien es verdad que el CP utiliza como parámetro de la pena por tentativa, entre otros, el de la peligrosidad del intento, no se refiere a la peligrosidad *ex ante*, única (conceptualmente) relevante en la tentativa, sino a la peligrosidad *ex post*, independiente de la voluntad del autor (disvalor-resultado). Dicho de otra forma: Nadie entendería que se atenuase la responsabilidad por delito consumado si el autor en el caso

152

¹⁷¹ Doctrina mayoritaria. *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 216; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 728; CEREZO MIR, PG, III, 186; QUINTERO OLIVARES, PG³, 5496; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 96; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 442; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 477; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1163. Con mejor criterio, en el sentido del texto, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 35 s.; ya: MEZGER, PG, II, 196; WELZEL, PG, 224; JAKOBS, PG, 866.

¹⁷² STRATENWERTH, PG, 282: “Una tentativa ejecutada sin dolo no sólo no está abarcada por la definición legal, sino que no es siquiera concebible (*nota bene*)”.

Thyren alcanza su objetivo. ¿Por qué habría que decidir de otra forma si no lo alcanza?

153 FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 77 ss., que ha sido la primera en ocuparse en España de la problemática, la reconduce a la de la peligrosidad objetiva *ex ante* que defiende como fundamento de la tentativa (*vid. supra* XIII 61), constatada la cual, no ve inconveniente en la punición de la tentativa con dolo eventual; y coquetea con la posibilidad de atenuar no obstante la pena (94).— Esta misma autora, abundando en lo dicho en *Tentativa*, en ADP, XXXIX, 1986, 257 ss., comenta una STS de 30 de enero 1982, en la que el TS calificó y castigó como tentativa de homicidio unos hechos cometidos con dolo eventual, lo que hasta entonces no había hecho expresamente [278]. FARRÉ TREPAT, tras pasar brillante revista a la doctrina recaída en la materia [267 ss.]: favorable o contraria a la estimación del dolo eventual en la tentativa (la alternativa sería exigir dolo directo para poder castigar por tentativa), reafirmarse en la tesis de su maestro MIR PUIG sobre el fundamento de la tentativa (peligro *ex ante*) [268 s.] y revisar el importante tema de los criterios jurisprudenciales de distinción a la hora de dar por probado que hubo dolo y no imprudencia (indicios), con atinadas reflexiones en la materia [269 ss.], en la línea que hemos propugnado *supra* XIII 152, concluye favorablemente a la STS comentada [273 s.].

154 Por su parte, TAMARIT SUMALLA, ADP, XLV, 1992, 515 ss., que también ha hecho un estudio excelente de la cuestión doctrinal acerca de la punición de la tentativa con dolo eventual, llega a la conclusión de que no es punible. Para fundamentar su toma de posición, especifica dentro de las contrarias a la estimación del dolo eventual en la tentativa, TAMARIT SUMALLA [534 ss.], que parte de la premisa según la cual la tentativa constituye un tipo autónomo, requiere como mínimo la posibilidad de un peligro para el bien jurídico, en tanto que el dolo eventual requiere la representación de un alto grado de peligro de que el resultado sobrevenga, toma como piedra de toque de su tesis el hecho de que cuando alguien se ha representado la posibilidad de abarcar a muchas personas, alcanzando sólo a una, el que no se estimen tantas tentativas de homicidio como víctimas potenciales, evidencia la impunidad del dolo eventual [547]. El hecho de que: 1) el dolo eventual no deja de ser una ampliación (indeseable) de la punibilidad [548], 2) no sean precisos los contornos del dolo eventual [548 s.], 3) no quepa la imprudencia en la tentativa [549], 4) pueda concretarse el resultado en objetos diversos sin clara constancia de cuál de ellos imputar [550 s.], 5) existan ya suficientes delitos de peligro, incluidos los que contemplan ese resultado como resultado cualificado que evitan lagunas de punición [551 ss.], y 6) la solución que supone al galimatías doctrinal del dolo alternativo, en el sentido de un único delito, el correspondiente al resultado realmente causado [556 s.], son argumentos, todos, contundentes para propugnar la exclusión del dolo eventual en la tentativa.— Este elaborado parecer de TAMARIT SUMALLA, en cuyas concreciones (como p. ej. la aludida dificultad del dolo eventual) no podemos entrar ahora, muestra muy claramente que tanto él como la doctrina mayoritaria que afirma la posibilidad del dolo eventual en la tentativa, confunden la tentativa con la imputación (¡de un resultado!)

a título de tentativa. Con independencia de que pueda ser correcta la forma de resolver TAMARIT SUMALLA el problema del error en el objeto o la persona, en el sentido del delito único (y no en el del concurso ideal) (*vid. supra* VIII 330 ss.), es lo cierto que en tales casos hay dolo eventual respecto a los objetos que pudieron ser alcanzados y no lo fueron. Lo que, a su vez, no tiene nada que ver, esté es el error de TAMARIT SUMALLA y FARRÉ TREPAT, con el hecho de que *ex definitione* la tentativa siempre contiene dolo directo de realizar algo, que no tiene por qué coincidir (lo que sólo ocurre, si acaso, en el dolo directo o intencionalidad) con lo que después se impute, a título de dolo (e incluso de imprudencia: elemento subjetivo del tipo de imprudencia: *vid. supra* VIII 13).

M. ¿Elemento objetivo del tipo de tentativa?

Como bien dice STRUENSEE¹⁷³, aunque se puede hablar de tipo objetivo de tentativa para referirse al momento a partir del cual puede afirmarse que se ha comenzado a realizar el tipo del delito cuya consumación se pretende, sin que todavía se haya realizado todo lo necesario para conseguirlo (tentativa inacabada), como quiera que la determinación de esos momentos decisivos para trazar tales fases depende de las representaciones subjetivas del autor, la relación subjetivo-subjetivo que antes se mencionaba (*vid. supra* XIII 8), resulta que, aunque quepa hablar de tipo objetivo de tentativa, en ningún caso puede serlo en el sentido en que habitualmente se hace cuando se refiere al delito consumado (= resultado lesión o peligro).— Lo que se pone de relieve con este planteamiento es que, mientras que en los delitos de resultado, donde con más nitidez se plantea el problema de la tentativa, la consumación se constata cuando se ha comprobado el tipo objetivo y el tipo subjetivo, de los que mientras el primero remite a hechos exteriores, fundamentalmente la causación del resultado, y el segundo remite a hechos interiores o psicológicos, que debieron abarcar los hechos objetivos determinantes de la producción del tipo objetivo o causación del resultado, la constatación de la tentativa no se fundamenta en la producción de un hecho exterior y objetivo, un resultado, como quiera que se defina dicho resultado, al que sumado el tipo subjetivo o representación de dicho resultado, proporcione el tipo de tentativa.

En la medida en que la tentativa se fundamenta exclusivamente en el desvaloración (*vid. supra* VIII 16), entendido en el sentido de representación subjetiva por parte del autor de que se ha puesto en marcha un proceso causal adecuado al resultado que, conforme al plan del autor y conforme a las valoraciones axiológicas del legislador, ha pasado la prueba de fuego de la tentativa (superación de la fase de mera preparación), sin que, por otra parte, sea necesario ni posible constatar en ese

¹⁷³ CPCr, 38, 1989, 413.

momento la causación de un resultado (= peligro para el bien jurídico), que puede incluso estar excluido *a priori* (tentativa imposible) y que siempre lo estará *a posteriori* (toda tentativa es *ex definitione* inidónea *a posteriori*), carece de sentido tratar de construir un tipo objetivo de tentativa que cumpla en su ámbito (determinación del comienzo de realización del delito) la misma función que cumple el tipo objetivo en el delito consumado (determinación de la causación del resultado más referencia para que la representación subjetiva del autor o tipo subjetivo sea congruente y determinante, así, de la responsabilidad a título de delito consumado).— Lo que queda, por tanto, del tipo objetivo de tentativa es la determinación de un momento de lo que es el plan del autor, que formando un “continuum” (*vid. supra* XIII 9) con la preparación y con lo que puede faltar todavía posteriormente hasta que los hechos salgan de su esfera de dominio (tentativa acabada), al que, axiológicamente, denominar de comienzo de la tentativa, en atención a la peligrosidad general del comportamiento (no como algo separado y separable del comportamiento: característica fundamental del resultado en el tipo objetivo), y que se realiza, en este sentido sí puede hablarse de tipo objetivo de tentativa, cuando el autor, conforme a su plan, ha llegado a ese punto álgido al que denominar tentativa [pero que es independiente del resultado: el resultado ha podido producirse ya (= producción del resultado en la fase de preparación) y puede haber perdido ya toda posibilidad de producirse (= tentativa inidónea)]. Criterio decisivo de determinación de la tentativa, por tanto, es el del plan del autor, es decir, el tipo subjetivo.

N. Comienzo de la tentativa y desarrollo del plan del autor

157 Una de las cuestiones más difíciles de resolver que tiene planteadas la dogmática de la tentativa es la de determinar el momento de su comienzo. Lo único claro aquí es que se debe huir de caer en ninguno de los dos extremos representados por un excesivo adelantamiento del momento de inicio de la tentativa a costa de la preparación, exigencia derivada del principio de garantía de la libertad que debe perseguir todo derecho penal democrático, o por un excesivo retraso que hiciera irrisorio el principio de protección de los bienes jurídicos que es el principal cometido del derecho penal.— Anticipando que, como ocurre con las grandes cuestiones del derecho penal, que no admiten reducción a una fórmula nemotécnica que simplemente se aplique, y sí sólo un acotamiento de la materia que todo lo más proporcione *topoi* que ayuden al intérprete en su labor de precisarlo en cada caso, la doctrina científica ha ido elaborando una serie de criterios sucesivos en el tiempo y muy condicionados por la noción de injusto y el fundamento de punición de la tentativa que se sustentaban:

158 1º) Durante mucho tiempo, coincidiendo con la concepción puramente objetiva y causalista del injusto defendida por la escuela clásica, se mantuvo que el

criterio de determinación del comienzo de la tentativa debía ser uno *objetivo*, consistente en la real puesta en peligro del bien jurídico. Según esta teoría, sólo la acción ya iniciada que crea un peligro real, no hipotético, de producción del resultado constituirá tentativa. Como ya se vio, al estudiar la noción de injusto de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (*vid. supra* VIII 28), una noción inspirada en los más puros postulados de la escuela clásica, la acción que no puede producir el resultado, por su inidoneidad, no representa un peligro objetivo, ni constituye por tanto injusto. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN extraen de ahí, coherentemente, la conclusión de que la tentativa inidónea no constituya tentativa punible, ideando una fórmula de extensión de la responsabilidad a estos supuestos a pesar de la ausencia del injusto objetivo. En cualquier caso, lo que está claro es que la tentativa imposible no se puede fundamentar con la *teoría objetiva*, pues en ella hay responsabilidad penal a pesar de la falta de peligro objetivo, que no sirve como criterio de determinación del comienzo de la tentativa.

2º) Como reacción frente al criterio objetivo de determinación del comienzo de la ejecución, se dio un salto al extremo contrario, entendiéndose que el criterio decisivo estaría en la manifestación exterior de la resolución delictiva del autor. En efecto, según la *teoría subjetiva* de la tentativa, bastará con que el autor manifieste claramente al exterior su propósito delictivo para que comience la ejecución del delito. Esta teoría, al poner el acento en la resolución delictiva, no tendrá inconveniente en incluir en el ámbito de la tentativa cuantos actos de preparación y de ejecución haya tenido a bien considerar el autor, pues lo decisivo es su plan suficientemente puesto de manifiesto. Esta teoría que, ciertamente, al contemplar sólo el plan del autor puede comprobar que en muchos casos la preparación del delito requiere una fuerte dosis de energía criminal y que siempre forma un *continuum* con la ejecución, de ahí sus conclusiones, no es sin embargo practicable porque, como se advirtió antes, incurre plenamente en el peligro de adelantar excesivamente el momento del comienzo de la tentativa basándose, además, en criterios puramente subjetivos y como tales manipulables, lo que hace de ellos criterios poco seguros: El homicida dubitativo que, con la pistola en la mano y en presencia de la víctima durante horas, no se decide a disparar aunque ha podido hacerlo en cualquier momento, ¿no ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica? ¿tentativa o preparación?

3º) Como una teoría segura a la hora de determinar el comienzo de la ejecución se ideó la *teoría formal-objetiva* de la tentativa, según la cual ese momento debe extraerse de la lectura del tenor literal del tipo. Sólo cuando el hecho realizado quepa subsumirlo en dicho tenor, la tentativa estará comenzada. Conforme a este criterio, no cabrá duda de que actos como el de comenzar a suministrarle a la víctima dosis de veneno que sumadas determinarán la muerte, o la realización del

acto consistente en engañar a la víctima que sólo después dispondrá patrimonialmente en su perjuicio, constituyen casos claros de tentativa, pues en ellos el autor ya ha llevado a cabo actos que caen dentro del tenor literal del tipo de homicidio y estafa respectivamente. De la misma forma que hay tentativa en la conducta del autor de disparar el arma homicida y en la de haber escalado la casa a robar en cuyo interior el autor se encuentra ya. En cambio, y en pura aplicación de la teoría, no cabrá hablar de tentativa en los actos anteriores del homicida consistentes en sacar el arma, desasegurarla y apuntar, porque con ellos no se ha comenzado todavía a realizar el tipo de homicidio, ni en el acto anterior del ladrón de colocar la escalera al pie de la ventana y subir los peldaños, porque todavía falta algo hasta llegar a la inmediatez del apoderamiento después del escalamiento. Etc.— La *teoría formal-objetiva* tiene el mérito indiscutible de tomar como punto de referencia imprescindible la descripción del comportamiento típico¹⁷⁴, lo que proporciona un buen argumento para la seguridad jurídica y es un satisfactorio punto de partida de política criminal para la protección del bien jurídico cuyo ámbito determina precisamente la tipicidad (mediante interpretación teleológica). Dicha teoría, además, es insalvable a la hora de determinar el comienzo de la tentativa cuando el autor ha llevado a cabo actos abarcados sin duda por el tipo, como mostraban los ejemplos del comienzo del suministro del veneno y el engaño. Ahora bien, la teoría se queda corta respecto a casos en los que, como ya vimos, precisamente por el *continuum* que forman la preparación y la tentativa, extender la tentativa sólo al momento en que ha comenzado plenamente la ejecución crea una esfera de desprotección de la víctima, del bien jurídico. Si se circunscribe la tentativa de homicidio al último acto del disparo, con exclusión de momentos anteriores como el de sacar el arma, desasegurarla y apuntar, e incluso estar en sus inmediaciones con un arma cargada, se restringe demasiado el ámbito de la tentativa¹⁷⁵. ¿Qué razón hay para exigir que el ladrón haya escalado la casa en que se propone robar para poder hablar de tentativa de robo?

- 161** 4º) Precisamente para paliar esta dificultad grave de la teoría formal-objetiva, surgió la *teoría material-objetiva* hoy dominante. Según esta teoría, sobre la base del comienzo formal del desarrollo del tipo, que, no se olvide, representa sin duda el comienzo de la ejecución, se trata de abrir la posibilidad de incluir también en la fase de tentativa actos anteriores a ese comienzo, siempre que se trate de actos que, por su inmediatez al comienzo de ejecución, con el que constituyen un *continuum* difícil de escindir, puede decirse que constituye un peligro inminente de comienzo de ejecución del tipo, aunque, en puridad, el tipo no haya

¹⁷⁴ Con razón destaca STRATENWERTH, PG, 277, que la cuestión de la tentativa está muy condicionada por la redacción del tipo.

¹⁷⁵ Vid. ya críticamente, MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 722.

comenzado a ejecutarse. De esta manera se evita caer en cualquiera de los extremos que, como se decía al principio, deben evitarse: anticipar demasiado el momento de la tentativa (déficit de la teoría subjetiva) o retrotraerlo también demasiado (déficit de la teoría formal-objetiva), encontrándose, además, en la idea de peligrosidad, un criterio objetivo que, por lo demás, no prescinde del criterio, decisivo siempre, del plan del autor. Todo ello en el bien entendido de que no se trata de incurrir en el mismo defecto de la teoría formal-objetiva, referido ahora no tanto al aspecto semántico de los términos típicos, como al aspecto material, peligrosidad objetiva = probabilidad del resultado, a que siempre responden aquellos términos semánticos (el tipo, al fin y al cabo, siempre contempla la lesión o el peligro para el bien jurídico). No se trata, en suma, de decir que es de tentativa sólo la conducta de disparar con el arma homicida o de haber escalado ya la casa en que se va a robar, pues sólo ellos son momentos inmediatos anteriores a la causación de la muerte o el apoderamiento, en cuyo caso poco habría avanzado la teoría material-objetiva sobre la formal-objetiva, ya que seguiría partiéndose de la premisa no falsa, pero sí insuficiente para el fundamento de la tentativa, de que puesto que actos anteriores a éstos, como el de sacar el arma, desasegurar, apuntar, colocar la escalera, subir los peldaños, etc., todavía tienen que pasar por la fase crítica de disparar y entrar, no son tan inmediatos. Se trata, con mejor criterio, de considerar ya de tentativa la conducta de encontrarse en las inmediaciones de la víctima con un arma cargada y en situación de poder disparar en cualquier momento sobre ella, sin tener que esperar a que el autor desasegure el arma o apunte con ella a la víctima. Se trata de que el ladrón haya comenzado el acceso a la casa mediante escafo, tenga el pie en el primer peldaño o en el último¹⁷⁶.

5º) En resumen, *de comienzo de la tentativa puede hablarse cuando, conforme al plan del autor, se ha creado ya la situación óptima en la que, sin solución de continuidad, puede realizar su propósito, es decir, ejecutar al menos un acto que sin duda representa el comienzo de ejecución del tipo.*— De esta manera serán supuestos de tentativa, además de los ya resueltos conforme a la teoría formal-objetiva, de suministro de la primera dosis de veneno y del engaño, por realización de actos plenamente ejecutivos, los utilizados para ejemplificar la teoría material-objetiva, del homicida que en cualquier momento puede ejecutar su plan homicida aunque todavía no haya apuntado siquiera a la víctima y del ladrón que está ya en la situación óptima para comenzar el robo, con un pie en la escalera.— Por la misma razón, no constituirá tentativa, y sí preparación, la conducta de los

162

¹⁷⁶ JAKOBS, PG, 880 ss., ha proporcionado una serie de criterios, *topoi*, de concreción del comienzo de la tentativa, que constituyen la mayor ayuda en esta problemática habida hasta la fecha en la ciencia penal (¡leer!).

ladrones que siguen al furgón de un banco que transporta dinero con el propósito de atracarlo cuando llegue al restaurante donde pararán para almorzar, como la del estafador que acostumbra a alojarse en hoteles de lujo aparentando ser un potentado y es detenido en el momento de entrar en el hotel sin que todavía haya comenzado a aparentar. En ambos casos falta aún llegar a la situación en la que, sin solución de continuidad, puede comenzar la ejecución del delito, que vendrá dada, respectivamente, por el hecho de que el furgón se hubiese detenido y los ladrones estuviesen en las inmediaciones de él, o que el estafador estuviese ya en recepción.

163 Que el criterio decisivo de la situación óptima para actuar sin solución de continuidad, a su vez, depende decisivamente del plan del autor lo demuestra el ejemplo de que será de tentativa la conducta del marido que quiere envenenar a su esposa y a tal fin ha mezclado veneno en la limonada que, en cualquier momento, como es habitual, la mujer consumirá acudiendo al frigorífico donde la limonada envenenada se encuentra, mientras que será de preparación si el marido ha mezclado ya el veneneno pero tiene todavía que subirlo a la habitación donde está postrada la mujer, cosa que hará después de varias horas. *Otro ejemplo:* Mientras que, como se vio, es de tentativa la situación en que el homicida puede disparar sin más sobre la víctima, no lo es todavía la serie de pruebas muy sofisticadas que debe hacer el francotirador para ajustar el alza telescópica y ensayar el disparo, pero sí cuando, una vez corregidos esos ensayos, está en condiciones de disparar, aunque, en la duda, quizá no lo haga (*vid. infra* XIII 239, sobre la posibilidad del desistimiento en estos casos). Como se vio en la metáfora del billar, los ensayos de golpe a la bola son de preparación; sólo cuando el jugador los ha realizado ha creado la situación objetiva de tentativa.

164 Existen todavía casos dudosos muy difíciles de resolver: El marido ha mezclado ya el veneno en la limonada, que su mujer, como acostumbra, beberá directamente del frigorífico, pero no lo hará inmediatamente porque está de viaje, del que sólo volverá después de varios días, antes de los cuales el delito no se consumará. La pregunta es: ¿Puede hablarse de tentativa durante ese tiempo?— El problema que plantean casos como éste no es, ciertamente, el de si estamos ante un supuesto de comienzo de la tentativa, lo que debe responderse en sentido afirmativo dado que no sólo se han comenzado a realizar actos claramente ejecutivos, como el del comienzo de suministro de las dosis de veneno, sino que la acción ejecutiva se ha realizado completa: tentativa inacabada *versus* tentativa acabada. El problema que suscitan casos como éste es el de en qué medida puede hablarse de una tentativa acabada: El autor ha hecho todo lo que está en sus manos para la consumación del delito cuando es lo cierto que el hecho todavía no ha salido de su ámbito debido a circunstancias objetivas que él conoce. La cuestión, por tanto, es:

En casos como éste 1º ¿Estamos en puridad ante una tentativa acabada o ante una tentativa inacabada?; o, dicho de otra forma: ¿a qué modalidad de tentativa se asemeja más y debe determinar su tratamiento penal?; 2º ¿Qué ocurre si antes de que transcurra el plazo previsto se presenta la mujer y bebe la limonada?— Por lo que respecta al primer interrogante debe concluirse que estamos ante una tentativa acabada, pues en el ejemplo el autor ha hecho todo lo que está en sus manos, conforme a su plan, para producir el resultado¹⁷⁷. Prueba de que estamos ante una tentativa acabada es que, a la hora de desistir (vid. *infra* XIII 258), uno de los principales tests acerca de si la tentativa está acabada o inacabada, no bastaría con que el autor dejase de seguir actuando, característica del desistimiento de la tentativa inacabada ajustada a su concepto, sino que el autor tendría que hacer algo (retirar la limonada antes de la vuelta de la mujer), no teniendo efecto alguno el hecho de que mientras que la mujer no vuelva el delito no se podrá consumir, pues ésa es una circunstancia ajena a la voluntad del autor (irrelevante para el desistimiento y para la tentativa según la propia definición legal). Lo único que ocurre aquí, como por lo demás en muchos supuestos de tentativa acabada, es que entre la tentativa acabada y la consumación hay un espacio, el de la causación del resultado, en el que cabe el desistimiento si se impide el resultado por la voluntad del autor de la tentativa¹⁷⁸.— Y por lo que se refiere al segundo interrogante, estamos ante un supuesto de consumación prematura, mostrando el ejemplo que la cuestión de la consumación anticipada, característica de la tentativa inacabada que estudiaremos a continuación, también puede darse en la tentativa acabada. La cuestión, como más adelante se verá también, tiene repercusiones prácticas importantes en materia de desistimiento (vid. *infra* XIII 258 ss.).

ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas de autoría, partiendo de la base de que la delimitación entre preparación y tentativa ha de ser de naturaleza axiológica (no ontológica) [17] y debe ser respetuosa con la distinción entre moral y derecho, libertad y poder estatal [18], y del hecho de que no debe dejarse a la distinción delito por delito sino establecerse con carácter general y con el mismo criterio que el del fundamento de la punición de la tentativa, de tal forma que una fundamentación subjetiva (como la alemana) de la tentativa adelantaría la tentativa como

165

¹⁷⁷ En términos semejantes y con argumentos parecidos MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 706 s.

¹⁷⁸ La doctrina mayoritaria, en cambio, siguiendo a ROXIN, verá aquí una preparación, pues el hecho no ha escapado todavía al control del autor ni el bien jurídico ha sido todavía puesto en peligro. Test para la cuestión debatida (JAKOBS, PG, 889 ss., que ha abundado incluso en esta línea a efectos de delimitación: cuándo hay tentativa acabada y cuándo sólo preparación, utilizando criterios de consumación, distingue entre consumación jurídico formal: § 22 StGB, y consumación material; con mejor criterio: 907): ¿Merece el caso la atenuación conforme al grado de ejecución alcanzado? Doctrina mayoritaria: GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 270; DEMETRIO CRESPO, Tentativa, 120 s. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 560.

incluye en su concepto a la inidónea, mientras que una objetiva no extiende tanto su ámbito [20 ss.], contrapone en la parte expositiva de su obra las teorías objetivas, mejor: materiales [24 ss.], a las subjetivas o del plan del autor [45 ss.], para sin ver en ello contradicción con su propia concepción de la tentativa (peligro), dar relevancia al plan del autor [47, 50], que le va a permitir acercarse a la determinación del comienzo de la tentativa a través del tipo correspondiente [50 ss.], adhiriéndose y exponiendo extraordinariamente bien en la ciencia penal española la interesante teoría alemana al respecto, de los actos inmediatamente anteriores a lo típico [54 ss.] como criterio que, sin vulnerar la ley (el propio CP habla de “directamente” como el § 22 StGB de “inmediato”), se ajusta al fin de protección que persigue la norma penal [69]. Comienzo de la inmediatez (de la acción y temporal): 70 ss. Ejemplo de ROXIN compartido por ALCÁCER GUIRAO: Matar al escolta del político para poder matar al político no es comienzo de la tentativa frente al político sino preparación. Se evita así ampliar la tentativa en nombre de esta teoría. Que el concepto, por lo demás, no es una fórmula sino un criterio, como sostienen sus defensores¹⁷⁹, es evidente.— La doctrina de los actos inmediatamente anteriores a lo típico (que se puede y se debe compartir) muestra muy a las claras, en contra de lo que sostiene ALCÁCER GUIRAO sobre el fundamento de la tentativa (en la que sólo prestaba atención a lo axiológico y a lo objetivo), que tanto el fundamento de la tentativa, como aspectos de ella (delimitación entre la preparación y la tentativa), se basan también en elementos ontológicos de los que no se puede prescindir, como el plan del autor, que sin duda posee una componente también subjetiva. Luego, por lo tanto, no cabe contraponer lo objetivo a lo subjetivo, ni lo axiológico a lo ontológico, sino reconocer de una vez cómo todas éstas son perspectivas de ninguna de las cuales se puede prescindir en dogmática penal, lo que muestra un tema tan emblemático de la teoría del delito como este de la tentativa, concretamente, el de su comienzo¹⁸⁰.

166

Como ejemplo de que no es tan fácil acotar segmentos del acontecer total de la ejecución del delito a los que denominar de una forma u otra y asignar consecuencias jurídicas diferentes, y como muestra de que lo que puede ser discutido como problema de la distinción entre tentativa acabada e inacabada también a veces puede serlo como problema de la delimitación entre la preparación y la tentativa, valga el caso estudiado por ROXIN (AP, 1999-2, 589 ss.), de quien pese a haber actuado en orden a la lesión del bien jurídico, requiere todavía la intervención de un tercero que se autolesione como consecuencia de lo actuado por el autor. (Como se ve, también aquí encaja nuestro ejemplo. Por eso puede ser entendido —de ahí su dificultad— tanto como problema de delimitación entre tentativa acabada e inacabada como entre preparación y tentativa.) Frente a una doctrina anterior que restringía el comienzo de la tentativa a que la víctima hubiera ya comenzado a estar en peligro: en nuestro ejemplo, que tuviera ya acceso al refresco envenenado, viene

¹⁷⁹ Vid. DEMETRIO CRESPO, *Tentativa*, 98 s.

¹⁸⁰ Reticente también frente al planteamiento de ALCÁCER GUIRAO, CEREZO MIR, PG, III, 189 s.

sosteniendo ROXIN desde 1972 (y seguido por una amplia doctrina) que el comienzo de la tentativa lo determina tanto ese caso: la víctima ya es alcanzada por la esfera de peligro creada por el autor, como aquel otro (por eso habla ROXIN de solución diferenciada) en el que aunque la víctima no está todavía en peligro, el hecho escapa ya al dominio del autor, que no podrá hacer nada cuando en el futuro la víctima sí entre ya en la esfera del peligro.

Ñ. La cuestión en la doctrina científica¹⁸¹

Esta cuestión de la delimitación entre preparación y tentativa está íntimamente relacionada con la del fundamento de punición de la tentativa¹⁸². Ocurrendo lo propio entre ambas cuestiones y la de la tentativa imposible. De ahí que en la doctrina científica se reproduzcan las mismas teorías a la hora de explicar cada una de estas cuestiones.

167

Las teorías reinantes en la materia en la historia moderna de la tentativa, pueden agruparse así:

168

a. Teorías subjetivas

Ponen el acento de la punición por tentativa en la persona del autor más que en el hecho realizado no lesivo del bien jurídico. Tuvieron muchos seguidores en Alemania, entre otras razones por la regulación de la tentativa en el StGB hasta 1975, y fue defendida incluso por el TS alemán. Entre sus variantes más características se encuentran¹⁸³:

169

¹⁸¹ Una excelente y amplia exposición doctrinal sobre esta cuestión puede verse en FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 137 ss.; sobre el estado de la cuestión en la doctrina científica española: 182 ss., y en la jurisprudencia del TS: 190 ss. (muy amplia). Una excelente exposición de la materia en derecho comparado (italiano, alemán), la ofrece NÚÑEZ BARBERO, *Delito imposible*, 36 ss. *Vid.* también SOLA RECHE, “Tentativa inidónea”, 144 ss.; ALCÁZER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 17 ss., que expone muy bien la génesis de estas teorías en la jurisprudencia del Reichsgericht alemán, que la acuña, siguiendo a VON BURI; en cambio, lo que afirma sobre el hito que la doctrina del injusto personal supuso dentro de esta corriente es un sinsentido [28], como sinsentido es la crítica de ZACKZY de autores subjetivistas que cita, en la que hay más autores objetivistas que defensores del injusto personal, una doctrina que no nace para explicar la tentativa sino para completar el causalismo. *Vid.* también REY SANFIZ, *Tentativa jurídico penal*, 44 s. *Vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 783 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 515 ss., 527 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 251 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 56; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 112 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 478 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 444 ss., resaltando [447], acertadamente, el papel decisivo del plan del autor al respecto; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 700 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 253 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 3890 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 780 ss.; BACIGALUPO, PG³, 343 ss. (breve y excelente exposición) (¡leer!); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 24 s.; MEZGER, PG, II, 201 ss.; WELZEL, PG, 224 s.; STRATENWERTH, PG, 284 ss. (¡leer!).

¹⁸² *Vid.* al respecto DEMETRIO CRESPO, *Tentativa*, 2.

¹⁸³ *Vid.* FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 148 ss.

a'. Teoría de la resolución firme

170 El hecho de que el autor haya realizado determinados actos es indicativo de que la resolución de ir más allá, hasta la lesión del bien jurídico, es lo suficientemente firme como para justificar su punición¹⁸⁴.

b'. Teoría de la peligrosidad del autor¹⁸⁵

171 Los hechos realizados por el autor lo que evidencian es que, con independencia del grado de desarrollo alcanzado, se trata de un sujeto peligroso, capaz y dispuesto a lesionar el bien jurídico. Como ha recordado recientemente FARRÉ TREPAT, que la expone como posible fundamento de la tentativa (Tentativa, 21 ss., 317 s.), esta teoría se defendió ya en España antes de la entrada en vigor del CP de 1944, pero también después, como el caso de DEL ROSAL, que ve en las tentativa “una determinada y concreta actitud peligrosa del agente” (citado por FARRÉ TREPAT).

b. *Teorías objetivas*

172 Estas teorías, opuestas dialécticamente a las subjetivas, y en la actualidad más tenidas en cuenta, pretenden acotar la distinción entre preparación y tentativa sobre la base de criterios objetivos relacionados con los hechos realizados por el autor, prescindiendo de su aspecto subjetivo¹⁸⁶.

a'. Teoría formal-objetiva

173 Esta teoría pretende conformarse con la descripción de los términos típicos para, mediante su lectura, a través del verbo contenido en el tipo y lo ya hecho por el autor, determinar que la tentativa comienza cuando el autor ha comenzado ya a realizar la acción descrita en el tipo¹⁸⁷.

b'. Teoría material-objetiva o del peligro objetivo¹⁸⁸

174 Puesto que con la teoría formal-objetiva podría determinarse demasiado tarde el comienzo de la tentativa, la teoría material-objetiva pretende hacerlo con el criterio del peligro para el bien jurídico, de manera que, p. ej., no habría que esperar al último

¹⁸⁴ Vid. la atinada consideración crítica de CEREZO MIR, Tentativa, 24, sobre la concepción subjetiva de BOCKELAMNN, de “superación de la situación crítica del autor”.

¹⁸⁵ Una excelente exposición crítica de la doctrina de la peligrosidad del autor como fundamento de la tentativa puede verse en ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 109 ss. Vid. también REY SANFIZ, Tentativa jurídico penal, 64 ss. Una breve pero muy certera exposición de esta materia puede ver en MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 226 ss.

¹⁸⁶ Vid. FARRÉ TREPAT, Tentativa, 156; DEMETRIO CRESPO, Tentativa, 58 ss.

¹⁸⁷ Vid. MEZGER, PG, II, 206.

¹⁸⁸ Vid., ampliamente, FARRÉ TREPAT, Tentativa, 159 ss., 165 ss., 293 ss.

momento, el de apretar el disparador, para estimar el comienzo de la tentativa, basando ya sacar el arma y apuntar.— Esta concepción tiene muchos seguidores en España. FARRÉ TREPAT (Tentativa, 27 ss.) cita, entre otros, a FERRER SAMA, RODRÍGUEZ MOURULLO, NÚÑEZ BARBERO y BUSTOS RAMÍREZ. Como dice NÚÑEZ BARBERO, y ha recordado FARRÉ TREPAT, “lo que se incrimina en la tentativa es el peligro real y efectivo en que se ha colocado el bien jurídico protegido por ley” [Delito imposible, 31].— El problema de estas teorías, como ya se vio, es el de la tentativa imposible, que les lleva a buscarle un fundamento específico.

c. *Teorías mixtas*

Como su propio nombre indica, estas teorías son teorías de síntesis entre los aspectos objetivos y subjetivos de la tentativa, que consideran ambos criterios imprescindibles para delimitar la tentativa de la preparación¹⁸⁹. Estas teorías son hegemónicas en la actualidad. Entre ellas se encuentran¹⁹⁰:

175

a'. Teoría de la impresión

Esta teoría, con defensores tan ilustres como ROXIN y JAKOBS, sostiene que, partiendo de los hechos exteriores que suponen ya un peligro para la lesión del bien jurídico conforme al plan del autor, por eso, constituirán tentativa a partir del momento en que lo avanzado del plan produzca alarma social, impresionando sensiblemente a la sociedad¹⁹¹.

176

b'. Teoría del plan del autor y la ejecución del tipo

Esta teoría, que es la de WELZEL (PG, 224, 226), sostiene que allí donde según el plan del autor se haya comenzado a realizar la acción típica principal, de manera que de ajus-

177

¹⁸⁹ JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 555, 557 ss., hablan de teoría objetivo-individual.

¹⁹⁰ *Vid.*, ampliamente, FARRÉ TREPAT, Tentativa, 169 ss., 325 ss. *Vid.* también REY SANFIZ, Tentativa jurídico penal, 53 ss., que habla de “subjetivización de las teorías objetivas” para referirse a éstas.

¹⁹¹ FARRÉ TREPAT, Tentativa, 25 ss., 330 ss, que asigna a esta teoría un origen subjetivista, después corregido, cita entre sus precursores a PACHECO. Sobre las teorías de la impresión *vid.* también muy amplia y críticamente ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 245 ss., en un contexto más amplio de teorías sobre el quebrantamiento de las normas, y especial alusión a la doctrina de JAKOBS [301 ss.] bien rebautizada por él, como *teoría de la expresión*, y una crítica desafortunada como en otras ocasiones, por su falsa contraposición del delito como lesión del bien jurídico y delito como infracción de la norma, de la que al igual que hizo con la contraposición entre teorías objetivas y subjetivas de la tentativa, deduce, impropio en un autor riguroso como él, que las teorías del quebrantamiento de la norma amplían la punibilidad por tentativa, a la que sólo es inmune la teoría que él defiende. Si ALCÁCER GUIRAO defendiese una teoría del disvalor-acción seguramente diría, en el mismo ejercicio de irresponsabilidad, que la teoría objetiva ahora es proclive a la responsabilidad por el resultado, olvidando que eso sí se superó hace muchos años. Una excelente exposición de teorías de la impresión, con alusiones a ROXIN, SACKZYK y, sobre todo, el propio JAKOBS, puede verse en REY SANFIZ, Tentativa jurídico penal, 71 ss. Defienden también la teoría de la impresión, con abundante casuística, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 30 ss. *Vid.* también SÁINZ CANTERO, PG, III, 158.

tarse la representación del autor a lo realmente acaecido efectivamente el tipo habría comenzado objetivamente, habrá ya tentativa.— Esta teoría, como bien dice FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 173 ss., 325 ss., surge en un momento en que la evolución de la propia doctrina científica, la línea del TS alemán y la reforma operada en el StGB, en 1975, obligaba a una teoría mixta que pretende determinar objetivamente el comienzo de la tentativa, pero entendiendo que para ello no se puede prescindir del plan del autor. Lo que conforme al plan del autor suponga ya comienzo de realización del tipo constituye tentativa.

178 Una *teoría mixta* de esta naturaleza, que respeta la formulación típica, el peligro, la proximidad al núcleo del tipo, e, incluso, el plan del autor, es la de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 545 s., 551 ss., 553 ss., 555 s., 557, con clara anticipación del hecho, ¡todavía hoy no plenamente asumido pese a su evidencia!, de que quien utiliza a un instrumento humano que desconoce el nexo causal puesto en marcha y dominado sólo por el autor, desarrolla la tentativa del delito correspondiente; lo que no ocurre, JIMÉNEZ DE ASÚA lo demostró muy bien [565 ss., 569], cuando la persona de que se vale el autor posee sus mismos conocimientos.

c'. Teoría del plan del autor sobre la ejecución del tipo extensible a los actos inmediatamente anteriores por peligrosos

179 Esta teoría sostiene que cuando conforme al plan del autor se han comenzado a realizar actos inmediatamente anteriores a los que claramente son típicos, de manera que su no inclusión en lo típico supondría una desprotección del bien jurídico, si no estuviesen castigados, extiende a ellos el ámbito de la responsabilidad por tentativa.— Una brillante toma de postura sobre la delimitación entre preparación y tentativa inspirado en este esquema es el seguido en España por FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 220 ss. *Vid.* también las atinadas consideraciones de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 716 s. (y siguiéndoles JIMÉNEZ DÍAZ, en COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 16, 783). *Vid.* ya GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 263 s.— Esta teoría, concretamente su aspecto referido a la anticipación de la tentativa a los actos previos a lo típico¹⁹², ha sido objeto de un amplio reconocimiento en la doctrina penal actual¹⁹³.

O. ¿Tentativa de la tentativa?

180 En los casos de conductas de tentativa (materialmente) elevadas a la categoría de delito autónomo (a efectos de penalidad) no cabe la tentativa¹⁹⁴.— En los casos de tipi-

¹⁹² *Vid.* ya FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 163 ss.

¹⁹³ *Vid.* MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 722; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 557 ss.; STRATENWERTH, PG, 286 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1162.

¹⁹⁴ *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 563, con atención también a los actos preparatorios. Sobre el desistimiento de la tentativa en estos casos de elevación a delito autónomo, *vid.* STRATENWERTH, PG, 308. Sobre la aplicación más amplia posible por analogía de la regla del desistimiento de la tentativa, *vid.* también JAKOBS, PG, 858.

ficación de delitos de emprendimiento, en principio cabe la tentativa, pero el hecho de contemplar ya una conducta alejada del bien jurídico aconseja una interpretación desfavorable, en principio, a la estimación de las formas imperfectas¹⁹⁵.

P. La tentativa en la *actio libera in causa* (remisión)¹⁹⁶

Como hubo ocasión de ver al estudiar la *actio libera in causa* (vid. supra IX 181 163 ss.), si, conforme a la teoría de la tipicidad, el acto del autor de colocarse en situación de inimputabilidad para cometer el delito forma parte del desarrollo del tipo, quiere decirse que la tentativa del delito cometido en *actio libera in causa* siempre comenzará en un momento anterior a lo realizado por el autor en estado de inimputabilidad, cuando todavía controlaba el devenir de los acontecimientos.— Vid. infra el paralelo con la tentativa de la autoría mediata.

Vid. las interesantes consideraciones de DEMETRIO CRESPO, Tentativa, 123 ss., 182 137 ss., 140, sobre esta problemática, quien si bien comparte el modelo de la tipicidad, excluye adelantar el comienzo de la tentativa a la acción precedente de inimputabilidad (exigiendo comienzo de realización de la acción ejecutiva) por razones de excesivo adelantamiento de la protección del bien jurídico.

Q. La tentativa de los tipos cualificados

En los tipos que contengan circunstancias modificativas, basta el comienzo de ejecución de la conducta básica más la presencia, completa o incompleta (en el sentido de comenzada a desarrollar aunque no sea plenamente) de la circunstancia cualificante para que sea posible la tentativa del tipo cualificado¹⁹⁷. 183

Sobre esta problemática, ampliamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA 184 RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 145 ss.

En los tipos que contengan una cualificación por el resultado, en cambio, no parece adecuado estimar la tentativa, sino, en su lugar, sólo la del tipo básico¹⁹⁸. 185

¹⁹⁵ Sobre esta problemática vid. FARRÉ TREPAT, Tentativa, 50. Vid. también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 565 s. Sobre los delitos de emprendimiento JAKOBS, PG, 856 s.

¹⁹⁶ Sobre la tentativa en la *actio libera in causa* vid. MAURACH/GÖSSE/ZIPF, PG, 2, 44 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 489; JESCHECK/WEIGEND⁵, PG, 560, 565.

¹⁹⁷ Sobre la tentativa en los tipos cualificados vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 45 s.; WELZEL, PG, 225, 235; STRATENWERTH, PG, 289. Vid. también las muy atinadas consideraciones al respecto de Esteban Juan PÉREZ ALONSO, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, 1995, 279 ss.

¹⁹⁸ Sobre la tentativa en los delitos cualificados por el resultado vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 46. Vid. también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 563 s. Sobre esta problemática, muy detalladamente, JAKOBS, PG, 867 s.

- 186 Sobre la imputación al partícipe de la circunstancia (objetiva) genérica que desarrollará después el autor *vid. infra* XVII, 216.

R. El problema de la producción del resultado en la tentativa inacabada. La consumación prematura

- 187 El caso frecuente, dada la gravedad inherente al fin y al cabo a todo acto de preparación de un delito, de que en esa fase o en la de tentativa sobrevenga el resultado, es decir, antes de lo previsto, y por causa distinta a la que el autor (dolo) se representó¹⁹⁹, constituye un supuesto específico pero a resolver con los criterios generales de los casos de *desvío de la causalidad*, que, como problema del dolo (para otros autores, del tipo objetivo), debe dilucidarse con los criterios del desvío esencial (que impide imputar el resultado causado, con lo que la responsabilidad sigue siendo a título de tentativa, a pesar de que se ha causado el resultado típico) y desvío inesencial (que permite imputar el resultado causado, con lo que la responsabilidad es a título de delito consumado a pesar de que no puede hablarse –nunca puede hablarse– de que la causación de ese resultado se haya ajustado exactamente a la representación subjetiva o dolo del autor) (*vid. supra* VIII 319 ss.).– Plantear el problema de la consumación anticipada en la tentativa inacabada, se ha dicho, tiene importancia porque si se estima que constituye un desvío inesencial (tesis de ROXIN, seguido en este punto por otros autores) se recortan las posibilidades de desistir y se agrava la pena de quien sólo había desarrollado el injusto de la tentativa (inacabada), menor que el del delito consumado que se le imputa. Es cierto, sin embargo, que estos argumentos se relativizan desde el momento en que el privilegio del desistimiento se puede extender a quien se esfuerza por evitar el resultado ya producido (siempre que ignore esa circunstancia) (*vid. infra* XIII 251 ss.), y que, si lo conoce, ciertamente no va a poder desistir de lo que para él es una tentativa fracasada: por lo que se refiere al argumento del desistimiento; como cierto es que la diferencia de gravedad de la pena entre la tentativa y la consumación en el derecho penal es más que relativa (atenuante sólo facultativa, en el derecho alemán), y en el derecho español las diferencias se han mitigado considerablemente: por lo que se refiere al argumento de la gravedad de la pena.– La doctrina del injusto personal, por lo demás, con su hincapié en el disvalor-acción, no tiene un interés especial en hacer depender la responsabilidad penal de la causación efectiva del resultado. Se explica así (*vid. supra* VIII 334) que algún autor (WOLTER) vea puntos de encuentro entre la doctrina de la imputación objetiva y la del injusto personal en el tratamiento de los problemas del desvío, ya que ambas, a su parecer, propenderían a relativizar la concreta causación del resultado en favor de la realización del

¹⁹⁹ *Vid.* ya FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 61.

plan del autor, que remite a su representación y propósito últimos, en detrimento de los escalones a través de los cuales alcanzarlo. Esto, sin embargo, no es exacto.

Con independencia de los efectos prácticos, mayores o menores, es lo cierto que si alguna función tienen las categorías dogmáticas es la de precisar conceptos a que después aplicar unas u otras consecuencias. Entre ellas, ni el dolo puede vaciarse de contenido (reducido a una finalidad global indiferenciada por la doctrina de la imputación objetiva, unas veces, o dejado a la deriva, erráticamente, otras, cuando esa doctrina trata de asignarle una función no referida a la causalidad), ni la causalidad puede ser sustituida por criterios valorativos de imputación objetiva cuando tiene naturaleza puramente empírica.— Aplicado a la consumación anticipada a la fase de tentativa: El autor que se ha representado que la víctima morirá después de recibir treinta dosis de veneno, muriendo al recibir la primera como consecuencia del infarto que sufre, no puede responder por delito consumado, porque no se representó ese resultado y sí otro que no ha tenido lugar. La responsabilidad, por tanto, será a título de tentativa, en concurso, en su caso, si el infarto fue previsible, con un homicidio imprudente. No basta, pues, que se haya producido el disvalor-acción (tentativa) y que se haya causado el resultado, si el resultado causado no se lo representó (dolo) el autor, y el desvío será, por tanto, esencial.— El ejemplo que se mencionaba en el apartado anterior, de tentativa acabada en el que el autor cuenta todavía con un margen de tiempo, el que la mujer a matar envenenada tarde en volver del viaje, representa la única excepción que, con muy buen criterio, establecían ESER/BURKHARDT (*vid. supra* VIII 324) a su rechazo de la doctrina de ROXIN del plan del autor (recuérdese: si al final las cosas han discurrido como se representó el autor, atendiendo para ello sólo al fin interno, con desprecio de los medios) como criterio del desvío: El marido que ha hecho todo lo posible y necesario para envenenar a la mujer, que habría muerto con seguridad a los cinco días, cuando tras volver del viaje habría bebido la limonada envenenada, no debe beneficiarse del hecho de que, en contra de lo previsto, aquélla anticipó la vuelta y murió dos días antes. Sólo en casos como éste el criterio de la imputación objetiva tiene preferencia sobre el más correcto de la concreta causalidad que el autor se representó.

En LL, XXV, nº 6137, 2004, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO ha procedido a criticar profundamente la teoría de ROXIN, del plan del autor, para resolver el problema de la consumación prematura del delito, en la fase previa de tentativa inacabada, según la cual basta con el comienzo de la tentativa (no en caso de mera preparación) y la previsión subjetiva del autor del resultado al que tiende, para que se impute delito consumado.— Frente a ello, y después de mostrar que la solución de ROXIN se basa en la idea, errónea, de identificar decisión por el hecho y dolo, y soste-

188

189

ner que, desde la teoría de las normas, la norma infringida en la tentativa acabada es distinta a la vulnerada en la inacabada, no sin antes reconocer que la solución de ROXIN es válida en los casos de dolo eventual, opta por la solución de la tentativa, atendiendo para ello no a lo que dice una teoría que llega a esa conclusión, como la de la creación dolosa de un riesgo no permitido, sino a la teoría de la concreción del dolo de consumir a través de pasos, que han introducido en la doctrina FIEDLER, y, siguiéndole, STRUENSEE. Lo cual no quita, a su vez, que el autor que en la fase de tentativa inacabada se encuentre con el hecho de que lo actuado causará prematuramente el resultado, para beneficiarse del privilegio del desistimiento, ha de realizar actos de evitación, no bastando la mera omisión de los restantes necesarios según su representación inicial para el resultado; aspecto, éste, que por cierto muestra muy bien que el desistimiento, también el de la tentativa inacabada, es un acto postdelictual (*vid. infra* XIII 221).

S. El significado de la no producción del resultado en la responsabilidad por tentativa

190 Consustancial a la tentativa es la no producción del resultado típico. Allí donde se ha producido el resultado típico decae la responsabilidad por tentativa, que cede a la responsabilidad por delito consumado. Todo ello en el bien entendido de que debe tratarse del resultado causado conforme al curso causal que se representó el autor (dolo) dentro de los márgenes del desvío inesencial. La imputación del hecho punible a título de tentativa coincide con el disvalor-acción esencial al injusto, que lo agota, aunque, a veces, delitos de resultado, el legislador prevé que si se añade el resultado (el disvalor-resultado), que para la doctrina del injusto personal no añade nada al injusto, la pena se agrave (que es otra forma de decir que, en los delitos de resultado, cuya penalidad establece el legislador tomando de referencia al delito consumado = producción del resultado, su no producción o tentativa determina una atenuación al menos facultativa, preceptiva en el derecho español) (*vid. infra* XIII 198).— La causación del resultado para la noción del injusto personal, por tanto, no añade nada al injusto, pero su no producción, que debe determinarse con criterios de imputación objetiva o causalidad por infracción de la norma (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*), sí determina que el resultado físicamente causado no se pueda imputar, no determinando, por tanto, la agravación derivada de la previsión del legislador sobre su producción. En la medida en que dicha causación puede producirse o no a pesar de la misma infracción, dependiendo del azar, la responsabilidad (o no responsabilidad) por el resultado es insalvable y no cabe augurar ningún éxito a los múltiples y siempre reiterados esfuerzos por superar dicha dicotomía, ni siquiera el de aquellos (no precisamente finalistas) que quieren a toda costa hacer depender el resultado (*ex post*) del comportamiento prohibido (*ex ante*). Pero en la medida en que el legis-

lador hace depender de dicha producción la imputación del hecho a título de delito consumado, nada permite suplir su falta con algún otro criterio para hablar de delito consumado sin producción del resultado como consecuencia y concreta causación por el comportamiento prohibido. La doctrina del injusto personal, que no concede papel alguno a la imputación objetiva a la hora de configurar el injusto, lo encuentra ineludible, en el significado que le ha otorgado JAKOBS como causación del resultado del riesgo prohibido por el derecho, a la hora de imputar o no resultados.— Ahora bien, la imputación del resultado no tiene nada que ver con la imputación del comportamiento. Por eso, para la doctrina del injusto personal, también en el delito consumado el injusto lo constituye el disvalor-acción, la tentativa acabada, en la que el autor ha hecho todo lo que está en sus manos para producir el resultado con unos actos que ya han salido de su esfera de dominio y que lo producirán o no al azar, debido a la infinitud de factores nunca dominables plenamente por el hombre que han de concurrir para la consumación; al que sumar el resultado como condición objetiva de punibilidad y determinada con criterios de imputación objetiva, siempre y cuando (papel decisivo del dolo) lo azarosamente producido (en el sentido de que igual pudo no producirse) se produjo de la única forma que el autor pudo representárselo: a través del nexo causal que puso en marcha, con cuyo desarrollo contó, aunque contó también con la posibilidad de que se truncara. Ese truncamiento, sin embargo, como se comprenderá fácilmente, no hace menos grave lo grave del delito: el comportamiento que el autor sí llevó a cabo conscientemente y bajo su dominio, que es el domino de la tentativa.

T. La determinación del momento consumativo. Consumación y agotamiento

Criterio decisivo de determinación de la consumación del delito es el de la realización de todos los elementos del tipo objetivo abarcada por el tipo subjetivo (relación de congruencia)²⁰⁰. *Ejemplo*: El delito de homicidio (art. 138) se consuma con la causación de la muerte de la víctima que el autor se representó y quiso.— Ahora bien, como ya hubo ocasión de ver al estudiar la tipicidad (*vid. supra* VIII 101 ss.), puesto que también los elementos descriptivos del tipo, como la causación de la muerte en el homicidio, poseen un último reducto normativo (acotamiento de la causalidad, p. ej., con criterios normativos de imputación objetiva), siempre se plantean problemas interpretativos a la hora de determinar la consumación; esos problemas se agudizan a medida que están presentes más elementos normativos, como ocurre, p. ej., con los delitos contra la propiedad y el patrimonio, en los que,

191

²⁰⁰ *Vid.* ya JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 967.

además, el legislador adelanta ya el momento de determinación de la consumación del delito, lo que hace en numerosas ocasiones. *Ejemplos*: El delito de hurto (art. 234) de objetos pequeños se consuma en el momento en que el autor lo ha ocultado entre sus ropas, aunque aún no haya abandonado la esfera posesoria del propietario (teoría de la *apprehensio*).— El delito de hurto y el delito de estafa (art. 248. 1) se consuman en el momento en que el autor ya ha adquirido la posesión de la cosa ajena o la víctima ha dispuesto patrimonialmente en su perjuicio, respectivamente, sin necesidad de esperar a que el autor haya dispuesto en su beneficio de lo hurtado o estafado.— El delito de incendio (art. 351 ss.) se consuma en el momento en que el autor ha prendido fuego al objeto que quiere incendiar, sin necesidad de esperar a que haya ardido plenamente.— El delito de rebelión (art. 472) se consuma en el momento del levantamiento en armas, sin necesidad de esperar a que los rebeldes hayan conseguido el propósito con que se rebelaron.— Cuando ocurre así, adelantamiento del momento consumativo, que en su caso el intérprete debe procurar reducir a límites tolerables para no ampliar excesivamente el ámbito de lo punible a costa de la preparación, por lo general impune, y para no recortar demasiado las posibilidades de desistir (*ejemplo*: el ladrón que ha ocultado el pequeño objeto entre sus ropas es sorprendido cuando intentaba devolverla a su sitio, cosa que no cree el dueño del establecimiento: hurto consumado), es frecuente que el propio legislador prevea expresamente alguna fórmula de exclusión o atenuación de la responsabilidad, aunque sea por la vía del arrepentimiento espontáneo. *Ejemplo*: El art. 480 prevé exenciones y atenuaciones penales importantes para los rebeldes que den marcha atrás en sus propósitos.— Supuestos como estos muestran que, en general, acotada formalmente la consumación por los contenidos semánticos del tipo, frecuentemente mediará un espacio de tiempo entre la consumación del delito y la producción de sus efectos materiales sobre el bien jurídico. A ese período que media entre la consumación del delito y el pleno daño al bien jurídico se denomina *agotamiento del delito*. *Ejemplos*: Entre el inicio del fuego, en el delito de incendio, y la total destrucción del fundo incendiado se está produciendo una paulatina intensificación del daño al bien jurídico.— Después de que el autor se haya apoderado de la cosa hurtada u obtenida mediante engaño a la víctima que la entrega a cambio de nada (p. ej., un cheque sin fondos), se puede producir una profundización del daño a la propiedad ajena, como cuando el autor del robo o de la estafa venden a un tercero el objeto y se gasta el dinero obtenido, etc.²⁰¹.

- 192** Realiza especulaciones muy interesantes sobre la consumación en los delitos contra las personas, poniendo de relieve las disfuncionalidades existentes en la regula-

²⁰¹ Ofrece criterios de determinación de la consumación formal por la índole del delito: QUINTERO OLIVARES, PG³, 606. *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 472 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 715 ss; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG 2, 6.

ción actual como consecuencia de que a determinados bienes jurídicos en este ámbito los entiende como propiedad de su titular sobre determinados objetos (la vida por ejemplo) mientras que a otros no: la libertad en las coacciones, a la que no entiende como propiedad de orientación, exigiendo que efectivamente haya resultado desorientado, JAKOBS, RECPC, 4, 2002, 9.

La fase de agotamiento del delito es relevante en derecho penal porque hay *efectos* de la responsabilidad que dependen de lo que ocurra en ella. Así²⁰²: 1) La prescripción del delito (art. 131 s.) se comienza a computar desde ese momento. 2) La complicidad puede tener lugar con posterioridad a la consumación, en la fase de agotamiento (*vid. infra* XIV 330 ss.). *Ejemplo*: El cómplice del autor del delito de incendio indica a los bomberos que vienen a apagarlo una dirección falsa. 3) La concurrencia de elementos cualificantes de la infracción puede estimarse cuando sólo se produjo en esa fase del delito (*ejemplo*: el autor del robo empleó el arma de fuego [art. 242. 2] cuando huía después de cometido el robo, esto es, después de consumarse)²⁰³.

193

X. La atenuación de la pena en la tentativa. Criterios de medición

El art. 62, al establecer que “a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”²⁰⁴, ha simplificado considera-

194

²⁰² *Vid.* QUINTERO OLIVARES, PG³, 606 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 15, 72 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 982; BACIGALUPO ZAPATER, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 15, 522 s., con interesante reflexión sobre el agente provocador (policía) que induce al delito de tráfico de drogas para capturar al traficante; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 556 s.; WELZEL, PG, 223; JAKOBS, PG, 859.

²⁰³ Sobre la distinción consumación formal-terminación del delito, *vid.* FARRÉ TREPAT, Tentativa, 236 ss. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁵⁷, 353; QUINTERO OLIVARES, PG³, 607 (= QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 15, 111); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 11 ss.

²⁰⁴ El legislador de 1995 mantiene la impunidad de la tentativa en las faltas, salvo las faltas contra las personas y el patrimonio (art. 15. 2). Sobre la tradición histórica contraria a la punición de la tentativa en las faltas *vid.* FARRÉ TREPAT, Tentativa, 462 ss. Según ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 477, el legislador de 1995, al hacer desaparecer la frustración y mantener la tentativa de las faltas contra las personas y el patrimonio, ha ampliado el ámbito de la punición por tentativa en las faltas también a la acabada (*cf.* art. 5 II a. r. y 12. 2 n. r.; *vid.* ya RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 11; *vid.* también CERZO MIR, PG, III, 185; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO [dir.], CCP, com. art. 15, 73; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 743 ss.). Ello es así porque estos autores equiparan tentativa acabada y frustración (*vid. supra* XIII 127). En realidad no tendría sentido punir la tentativa inacabada (lo menos) y no hacer lo propio con la tentativa acabada (lo más). Igualmente ha optado el legislador de 1995, a diferencia de lo que ha hecho con los actos preparatorios de la participación y con la imprudencia, introducir el sistema del *numerus clausus*, por mantener el sistema del *numerus apertus* en la incriminación de la tentativa de delito. Sobre la conveniencia de limitar la punición por tentativa a los comportamientos más peligrosos *vid.* FARRÉ TREPAT, Tentativa, 467. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 589.

blemente el sistema de determinación de la pena que se preveía en la a. r., cuyo tratamiento específico de la tentativa, la frustración y el delito imposible, tenía efectos inmediatos sobre la determinación de la pena: la inferior en un grado para el delito frustrado (art. 51), la inferior en uno o dos grados (el segundo facultativo) para el delito intentado e imposible (art. 52 I y II respectivamente)²⁰⁵.

195 Lo que ha hecho el legislador de 1995, como ya se dijo (*vid. supra* XIII 26, 127), no ha sido prescindir de esas categorías, aunque ha dejado de nombrarlas expresamente, sino proporcionar un único criterio unitario: atenuación en un grado prescriptivamente para todos los casos, y facultad del segundo, también para todos los casos, que marca la diferencia con el régimen anterior, siendo el nuevo más flexible²⁰⁶; proporcionando, además, una serie de criterios para su fijación, siendo a través de esos criterios por donde siguen jugando las categorías tradicionales, pues a nadie se le oculta que cuando el legislador habla de “peligro inherente al intento”, está pensando en la mayor o menor idoneidad de la tentativa para producir el resultado (el criterio que antes determinaba la atenuación del delito imposible)²⁰⁷, y cuando se refiere “al grado de ejecución alcanzado”, está pensando, entre otras cosas, en lo que antes se conocía como “tentativa” y “frustración”²⁰⁸.

196 Del nuevo art. 62, por tanto, puede decirse: El primer criterio, “peligro inherente al intento”, es el criterio de graduabilidad a efectos de la punición por tentativa de su *disvalor-resultado*; el segundo, “grado de ejecución alcanzado”, es el criterio, a esos efectos, basado en el *disvalor-acción*^{209/210}.

²⁰⁵ Sobre la determinación de la pena por tentativa en la historia y el derecho comparado, como asimismo de la doctrina favorable y adversa a la parificación con el delito consumado, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 595 ss. (*vid.* también QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 43 ss.), inclinándose él mismo, con el argumento del disvalor-resultado sumado al divalor-acción, por la atenuación obligatoria de la tentativa [618]. Con mejor criterio, pronunciándose por la atenuación facultativa de la pena de la tentativa, con el argumento finalista “avant la lettre” del primado del disvalor-acción (elemento subjetivo), CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 603.

²⁰⁶ *Vid.* ya atinadamente RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1159.

²⁰⁷ Muy acertadamente JAKOBS, PG, 873. *Vid.* también MORENO-TORRES HERRERA, Tentativa de delito, 389 s.

²⁰⁸ La doctrina, de manera generalizada, equipara los conceptos de tentativa acabada/tentativa inacabada y tentativa/frustración. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 479. De otro parecer, con mejor criterio, MIR PUIG, PG⁷, 349 (ya en: JESCHECK, PG, II, 751) (en efecto, una tentativa puede estar acabada y, sin embargo, aún no frustrada; ejemplo: el autor ha dejado ya preparado el veneno que la víctima injerirá horas después) (*vid. supra* XIII 128). Marcaba también la distinción entre tentativa acabada o inacabada, de una parte, y tentativa y frustración, de otra, ya CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 186.

²⁰⁹ En términos semejantes MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 708 s. *Vid.* también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 672, 1103 ss. Para BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 384, será la peligrosidad de la acción (distinta a la mera actividad conforme a la representación subjetiva o disvalor-acción) (= afección del bien

ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 477 ss., que se ha ocupado reciente y brillantemente del tema, no separa nítidamente estos criterios porque ya en el segundo criterio pretende resolver, *ex ante*, lo que ha de resolver el primero, *ex post*; como consecuencia, todo ello, de su errónea concepción de la peligrosidad (*vid. supra* XIII 66 ss.). Un ejemplo del autor permitirá comprender mejor su compleja construcción: Quien intenta envenenar con X dosis de veneno, comienza una tentativa idónea, suministrando auténtico veneno hasta llegar a la dosis X/2, momento a partir del cual, el farmacéutico, que se ha dado cuenta de su propósito, le ha entregado un falso veneno, que el autor sigue suministrando, convirtiéndose su tentativa en inidónea, no ha llevado a cabo una tentativa, y, por tanto, no ha agotado el segundo criterio de penalidad. Evidentemente, en contra de lo que dice ALCÁCER GUIRAO, el autor ha llevado a cabo una tentativa acabada típica²¹¹; y lo que ha faltado, a efectos de penalidad, a partir de un momento determinado, no antes (menor peligrosidad) ni después (mayor peligrosidad), ha sido el primer criterio de medición. Este segundo criterio, además, sólo se puede constatar en una consideración *ex post*. El primero, como el ejemplo corrobora, con una consideración *ex ante*^{212/213}.

197

En cualquier caso, lo que no ha hecho el legislador español ha sido flexibilizar la punición de la tentativa hasta el extremo que lo hace el CP alemán, cuyo § 23

198

jurídico, para lo que basta el peligro) la que determine si la tentativa está acabada o inacabada. Ejemplos de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE: la bala sólo roza a la víctima = tentativa inacabada; el autor suministra una dosis insuficiente de veneno en el café, pero la víctima fue salvada a tiempo: tentativa acabada. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG², 561 s., con referencia especial a la proximidad a la consumación, peligrosidad de la tentativa e intensidad de la voluntad criminal, y con ponderada consideración de la determinación del marco (muy flexible) de la tentativa, e individualización dentro de ese marco.

²¹⁰ OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 62, 243 s., acepta el primer criterio, que relaciona con la punición de la tentativa imposible, pero es escéptico respecto al segundo, que no sabe separar del primero, y además lo identifica con la frustración (tentativa acabada = frustración).

²¹¹ En palabras de MEZGER, PG, II, 224, sobre la distinción tentativa acabada/inacabada: “Esta distinción no se refiere al término en referencia al resultado del acto, sino al término (o no término) de la actividad desplegada por el agente”.

²¹² La STS de 14 de mayo 1977, comentada por RUIZ ANTÓN (RFDUC, 59, 1979, 169 ss.) desde la óptica del farmacéutico (que evidentemente y en contra de la sentencia de instancia no había participado en la tentativa), contempla un caso semejante al del ejemplo de ALCÁCER GUIRAO: la persona que ha confiado en que el farmacéutico le ha suministrado un narcótico, un veneno, etc., comete tentativa [idónea]).

²¹³ En la misma confusión de planos incidía con la r. a. RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 51 y 52, 216: “Aunque falta, por definición, tanto en la tentativa como en la frustración, el resultado, la diversa gravedad de ambas se apoya, desde el punto de vista sustancial, en la consideración de que la puesta en práctica de «todos los actos de ejecución» está más cerca de la verificación del resultado que el «principio de ejecución» en que consiste la tentativa. El desvalor de resultado constituye, de esta suerte, un «momento de referencia» para la distinción sustantiva que la ley establece entre tentativa y frustración”. Y en la misma confusión de planos incide VALLE MUÑOZ, en: QUNTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. arts. 61-64, 389, quien sobre la base de confundir los dos criterios de determinación de la pena en la tentativa, concluye que la n. r. lo que permite es atenuar la pena de la antigua frustración en dos grados si el peligro creado fue pequeño.

no sólo castiga como tentativa tanto la idónea como la inidónea, pero de causalidad adecuada, como la inidónea absoluta y relativa, de causalidad putativa, incluida la tentativa supersticiosa, sino que además somete a la discrecionalidad del tribunal prescindir de la pena en la tentativa supersticiosa y atenuar la pena (o no) de cualquier tentativa frente a la del delito consumado, con lo que relativiza la diferencia de injusto entre el delito intentado y el delito consumado²¹⁴.— El derecho español no va tan lejos²¹⁵, y no sólo descarta la tentativa de causalidad putativa (sólo por extensión sería incluíble la inidoneidad relativa) (*vid. supra* XIII 138), sino que para todos los casos de tentativa punible exige preceptivamente la atenuación del primer grado, quedando al arbitrio del tribunal sólo el segundo; pero éste para todas sus modalidades, no sólo para la inacabada ni para la inidónea, que, a su vez, pueden no beneficiarse de él²¹⁶.

199 ¿Cuándo estará justificado este segundo grado de atenuación? Antes de eso: ¿Por qué no es preceptivo en ningún caso el segundo grado?— Como ha revelado la dogmática de la tentativa, no existe ninguna razón para distinguir entre tentativa idónea e inidónea, ya que no sólo toda tentativa es *ex post inidónea* sino que, además, que la inidoneidad sobrevenga en el último momento, después incluso de que la tentativa esté acabada, o lo haga en cualquier momento anterior, de tentativa inacabada, preparación o incluso antes de que el autor comience a actuar, depende del azar, y no afecta para nada a lo que sí es determinante de la gravedad del hecho, esto es, el comportamiento realizado. Es más, tampoco cabe distinguir, a efectos de lo que sí es importante, la gravedad del comportamiento, entre el delito consumado, la tentativa acabada e inacabada y la preparación, ya que todas son fases que forman un *continuum* difícil de desentrañar, dependiendo también muchas veces del azar que la ejecución se haya detenido en una fase u otra (ni siquiera la distinción tentativa acabada-tentativa inacabada en que tanto insistió Armin KAUFMANN es decisiva).— Si se aceptan estas premisas tenemos respondida la segunda cuestión que se planteaba: El legislador español hace bien al establecer que en ningún supuesto de tentativa sea preceptivo el segundo grado de atenuación, o que esté proscrito para alguno de ellos (en contra de lo que hacía la a. r.).— Ante esta situación, y para responder al primer interrogante (cuándo estará justificado aplicar el segundo grado de atenuación), cabe decir que, no obstante lo anterior, en atención a

²¹⁴ *Vid.* al respecto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 68.

²¹⁵ Lo que no quita para que POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 15, 750 s., considere que el legislador de 1995 ha abierto las puertas a la arbitrariedad con su regla de determinación de la pena en la tentativa.

²¹⁶ Sobre la génesis del actual sistema de determinar la pena en el StGB *vid.* gráficamente WELZEL, PG, 223. Celebraban la discrecionalidad concedida por el legislador para equiparar la pena de la tentativa y la frustración, al tiempo que basan la distinción en el peligro (objetivo) para el bien jurídico con la r. a., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 454

criterios muy relacionados con los que han llevado al legislador y a un sector de la doctrina a otorgar un significado especial al disvalor-resultado, que la doctrina del injusto personal no niega²¹⁷ aunque no le otorga significado constitutivo del injusto ni de su gravedad, en atención a las repercusiones exteriores del delito: fundamentalmente alarma social, de la misma forma que el delito consumado se castiga más severamente que el delito no consumado, debe tenerse en cuenta que la inidoneidad de la tentativa haya sobrevenido antes o después, agravándose la responsabilidad a medida que la inidoneidad haya sobrevenido más tarde, que la tentativa haya avanzado más en la representación del autor respecto a lo necesario de su parte para que el delito se consuma y que los medios empleados hayan sido más o menos idóneos para la producción del resultado, cayendo dentro de la tentativa los supuestos denominados de inidoneidad relativa (dosis insuficiente de veneno) pero con la máxima atenuación posible.— Cabe, incluso, que estos criterios se combinen: p. ej. conceder el segundo grado de atenuación porque, aunque la tentativa estaba acabada, se emplearon medios sólo relativamente idóneos²¹⁸, o negarlo porque, a pesar de lo inacabado de la tentativa, la preparación demostró gran energía criminal y los medios fueron muy peligrosos, etc. Es más, los criterios generales de determinación de la pena (atenuantes y agravantes), combinados con los específicos de la tentativa, pueden ser determinantes de la aplicación o no del segundo grado de atenuación de la tentativa²¹⁹.

El planteamiento aquí expuesto y defendido no coincide con otro que, desgraciadamente, se está imponiendo en la doctrina española y que pretende restringir el máximo posible de libertad para el intérprete, tan esencial en el proceso de determinación de la pena (*vid. infra* XVII 3 ss.).— En efecto, en la doctrina española comienza a imponerse la idea de que algunos casos, p. ej., tentativa inidónea y tentativa inacabada, reciban directamente el primer grado de atenuación:

200

Simpatizaba con la atenuación preceptiva de la r. a. FARRÉ TREPAT, Tentativa, 490: tentativa acabada, 492: delito frustrado, 194: tentativa inidónea, con el argumento añadido de que la atenuación facultativa dañaría la seguridad jurídica: 493.

201

Con mejor criterio, aboga por una aplicación lo más flexible posible de las normas de determinación de la pena en la tentativa MORENO-TORRES HERRERA, Tenta-

202

²¹⁷ Es falso que las mal llamadas “teorías subjetivas” de la tentativa pretendan equiparar tentativa y delito consumado a efectos de punición. *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto de FARRÉ TREPAT, Tentativa, 477, 477 ss. En este mismo error vuelve a incidir ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 8.

²¹⁸ *Vid.*, así, atinadamente, CEREZO MIR, PG, III, 185. En el mismo sentido VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 61-64, 389.

²¹⁹ Así también Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 62, 251. Muy atinadamente, OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 62, 745 s. *Vid.* ya la muy equilibrada consideración de los criterios de atenuación basados en la tentativa y los generales de determinación de la pena en el derecho alemán, de JAKOBS, PG, 892 ss.

tiva de delito, 391 ss, si no fuese por el hecho de que sus precisiones sí le llevan a proponer un argumento reforzado de atenuación por la tentativa inacabada²²⁰.

203

Ya con la n. r.: Las valiosísimas sugerencias sobre la forma de determinar la pena en la tentativa al hilo de los marcos y los criterios dados por el legislador al efecto como consecuencia de lo anteriormente dicho sobre el concepto de tentativa, en cuyos detalles ahora no podemos entrar, si bien un tanto centradas unilateralmente (en coherencia con los desarrollos conceptuales del autor) en la peligrosidad objetiva, que, además, aisladamente considerados son casi siempre válidas, nunca deben, en contra de lo que ALCÁCER GUIRAO propone [494 ss.], operar como criterios rígidos, esto es, que fuercen, con su sola presencia, al juez a aplicar el segundo grado de atenuación. Ni siquiera los casos más claros con los que la doctrina comienza a simpatizar, y en los que ALCÁCER GUIRAO insiste erróneamente, de la tentativa idónea hasta el final y acabada (¡ni siquiera la concurrencia de ambas simultáneamente!) debe forzar necesariamente al juez, aunque sí puede ser ese el caso, en ausencia de otras razones que lleven a fijar la pena de forma distinta. En contra de lo que dice ALCÁCER GUIRAO, el elemento subjetivo y la impresión social pueden jugar un papel decisivo en la concreción de la pena. Ni el concepto de tentativa, como se vio en su momento, es uno puramente objetivo, como propugna ALCÁCER GUIRAO, ni los criterios de determinación de la pena en la tentativa están así polarizados en la voluntad del legislador. Antes bien, si algo indica el art. 62 es una voluntad de máxima flexibilidad (como el propio ALCÁCER GUIRAO reconoce a veces: 475), en atención a la determinación de la pena (¡en contra de lo que históricamente ha ocurrido en este ámbito con la rigidez de atenuantes y agravantes!) (*vid. infra XVII 5 ss.*), en un contexto conceptual de máximo respeto a las concepciones reinantes, ninguna de las cuales puede pretender que el legislador le ha dado la razón y sí cabe esperar de ellas los mejores argumentos.

204

GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, 1996, com. art. 61 ss., 371 ss., por su parte, arrancando de la concepción objetiva de la tentativa (*vid. supra XIII 43*), ha reproducido ese esquema en el capítulo de la determinación de la pena de la tentativa y sus criterios en el art. 62. Así, quiere entender que sobre la base de que lo que se pune en la tentativa es la peligrosidad objetiva cuando menos abstracta medida conforme a la experiencia general (peligrosidad potencial), dicha peligrosidad, plena en el delito consumado, es incompleta en el delito intentado, se desdobra, como el injusto, en un disvalor-acción y un disvalor-resultado, de ahí los dos criterios del art. 62 para graduar la tentativa: peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, criterios que GONZÁLEZ CUSSAC, con otra doctrina muy extendida en la materia, concibe, ambas, objetivamente, por cuanto la experiencia general antes aludida dice a las claras que mientras más haya avanzado la ejecución mayor será el peligro para el bien jurídico y, por supuesto, mientras mayor haya sido el peligro creado

²²⁰ Con mejor criterio, SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 135, negando que sea obligado el segundo grado de atenuación en la tentativa inacabada.

más justificada estará la agravación de la pena por tentativa (con interesantes consideraciones, desde su perspectiva, sobre el juego del grado de ejecución en la determinación de la pena en los delitos de peligro).— Ahora bien, hay que responderle a GONZÁLEZ CUSSAC, si el grado de ejecución juega un papel tan importante en la graduación de la pena por tentativa (para GONZÁLEZ CUSSAC puede justificar el segundo grado de atenuación en la tentativa acabada), aunque no haya creado el peligro que evalúa el criterio del grado de peligro, y aunque sólo sea a efectos de asegurar función propia al criterio que hace hincapié (también para los objetivistas) en el disvalor acción, no está tan claro que el criterio decisivo del concepto de tentativa y la determinación de su punibilidad se base sólo en la peligrosidad *ex post*.

Estos intentos olvidan por momentos que estamos hablando de criterios de determinación de la pena: *vid. infra* XVII 3 ss. **205**

Un excelente estudio sobre la determinación de la pena de la tentativa y sus criterios es el de DOVAL PAIS, Penalidad de las tentativas, de cuya riqueza de matices no podemos dar cuenta ahora, debiéndonos limitar a resaltar críticamente algunos aspectos destacados. DOVAL PAIS, que comparte la fundamentación de la tentativa de MIR PUIG, del peligro para el bien jurídico conforme a una consideración intersubjetiva *ex ante* [30], pero que extrae de la alusión legal a la adecuación objetiva de los actos para producir el resultado que en el CP no tienen cabida los intentos que en una consideración *ex post* no supusieron ninguna posibilidad de producción del resultado [50 s.], considera que: 1. El art. 62 establece con carácter necesario la atenuación de la pena de la tentativa respecto a la del delito consumado [53]; ahora bien, los grados de la atenuación y su coordinación con las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal son de carácter dispositivo para del tribunal [65]. 2) Los criterios de punición de la tentativa del art. 62, de peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, son: a) manifestaciones comunes del peligro característico de la tentativa [75 s., 77 s.], pero al mismo tiempo (b) manifestaciones específicas y distintas de determinar ese peligro: una tentativa puede estar más avanzada pero ser menos peligrosa que otra, p. ej. [79]. 3) El peligro inherente al intento o probabilidad de consumación del delito emprendido, que es el mismo del fundamento de la tentativa, excluye una consideración *ex post*, o circunstancias sólo conocidas *ex post*, como p. ej. que el disparo no pudo matar porque la víctima portaba un chaleco antibalas [80 ss., 84]. 4) El grado de ejecución alcanzado se basa en el plan del autor medido objetivamente, de manera que cuando los actos constituyan una secuencia suficiente para la consumación, la tentativa será acabada, y cuando sea necesario pero todavía no suficiente lo hecho, la tentativa será inacabada [91 ss., 105, 109], con consideraciones ulteriores sobre la armonización de las reglas de determinación de la pena en la tentativa con la existencia de tipos que contemplan ya agravaciones típicas específicas basadas también en el peligro (mayor de producción del resultado) [85 ss.]. 5) Finalmente, aborda DOVAL PAIS el caso en el que los criterios de determinación de la pena en la tentativa se crucen [117 ss.]. En este aspecto, después de criticar a ALCÁCER GUIRAO, por su inclinación a exigir la doble atenuación en caso de tentativa idónea **206**

acabada [127 s.], sosteniendo que obligatorio sólo debe serlo el primer grado, acaba dándome la razón cuando concluye que será el caso concreto el que decida cómo desarrollar y aplicar los módulos que ofrece la ley [63, 128 ss.].— Este parecer, más adecuado al fin de la norma a interpretar que el de ALCÁCER GUIRAO, sigue sin embargo demasiado polarizado al peligro (objetivo) de consumación, convertido en el único macro-criterio, que puede empañar otros: p. ej., alarma producida o especial intencionalidad.

207 Muy esclarecedor para el sistema español de determinación de la pena en la tentativa: mixto (preceptivo siempre el primer grado de atenuación y facultativo el segundo) puede ser lo que dice FRISCH, ADP, 1994, -II, 159 ss., del sistema alemán (atenuación siempre facultativa). Para llenar de contenido el sistema alemán, sin caer en la arbitrariedad, propone FRISCH las siguientes pautas: 1. Debe huirse de una valoración total del caso que, p. ej., lleve al juez a la conclusión de no atenuar la pena por los motivos del hecho [164]. No se trata de otorgar discrecionalidad absoluta, pero sí de negar también que quepa una decisión legal estricta [170]. 2. La distinción entre tentativa acabada e inacabada, a estos efectos, debe ser matizada: a) En primer lugar, porque hay tipos delictivos que lo que realmente tipifican (delito consumado) es una tentativa acabada, en los cuales, por tanto, la distinción entre tentativa = atenuación, y consumación = no atenuación, se va al traste [171 s., 173, 174 ss., 187], sin que, por lo demás, quepa dudar del sentido que tiene el hecho de que el legislador haya creado esos tipos ni pensar en “enmendarle la plana” por vía interpretativa. En cambio, no está justificada la atenuación en los propios delitos de resultado, los que tipifican la creación de un resultado lesivo definitivamente de un bien jurídico, en los que aparece un especial disvalor-resultado que justifica la atenuación de la tentativa respecto al delito consumado [176 s., 178 ss.]. b) En segundo lugar, no tiene sentido privilegiar la tentativa inacabada frente a la acabada, en general, ya que ambas forman un *continuum* en los delitos de resultado y en los que tipifican tentativas acabadas, su ámbito de tentativa, todo, coincide prácticamente con el de la tentativa inacabada, con lo que la atenuación se convertiría en preceptiva [187]. 3. Está perfectamente justificada la atenuación de la tentativa inidónea [184 s.]. Es más, las dudas constantes acerca de su punición se basan en su menor gravedad respecto a ese aspecto de la valoración a que antes se aludía (en este caso desde el principio) del disvalor-resultado.

208 SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito, 123 ss., 134 ss., después de criticar a FRISCH, por: 1) volver a introducir la atenuación (obligatoria) en los delitos de resultado, siendo así que la reforma alemana que convirtió la atenuación obligatoria de la tentativa en facultativa precisamente lo hizo huyendo de ese pseudo-axioma: que la mera ausencia de resultado justifique necesariamente la atenuación; 2) excluir la posibilidad de estimar la atenuación por tentativa en los delitos de actividad, siendo así que su resultado (cortado): p. ej., la denuncia falsa no seguida de condena, al fin y al cabo se ha producido y si está tipificada expresamente (en lugar de limitarse el legislador a agravar la pena si el resultado último se produjera) es porque tiene un

contenido material propio; 3) excluir la atenuación en los delitos de actividad; lo que vulnera el principio de igualdad que FRISCH defiende, ya que si el delito de mera actividad está apenas iniciado (comienzo de la tentativa) y sólo se permite una atenuación del marco penal, pero no, además, una individualización de la pena especialmente favorable (por constituir, según FRISCH, una doble atenuación), se está impidiendo en los delitos de actividad lo que no se impide (una supuesta doble atenuación) en los delitos de resultado. SANCINETTI, como decimos, después de criticar la teoría de FRISCH, sostiene la suya propia, caracterizada, muy someramente, por razones de espacio, así: 1) Tanto en los delitos de resultado como en los de actividad, la tentativa inacabada debe dar lugar a la atenuación de la tentativa, marco general, y dentro de él, a su vez, nada se opone a una segunda atenuación a modo de individualización de la pena [140 ss.]. 2) En la tentativa acabada, en cambio, la atenuación del marco de la pena sólo está justificada cuando se trate de una tentativa inidónea lindante con la burda insensatez, en aplicación de su fórmula, que ya conocemos (*vid. supra* XIII 69), de “imprudencia invertida”²²¹, lo que le lleva a construir una escala de gravedad que puede ser ilustrada con un ejemplo de JAKOBS modificado²²²: El autor quiere envenenar a un niño con valeriana (no peligrosa), pero por error le suministra *valium* (peligroso), lo que da lugar a una tentativa burdamente insensata junto a un homicidio imprudente [150 ss., 160, 161 s.]

De este valiosísimo ensayo de SANCINETTI, que puede operar y operará muchas veces en la práctica, con los argumentos y conclusiones que el propio SANCINETTI propone, lo único cuestionable es que pretenda axiomatizarlo, esto es, aplicar el esquema con la rigidez propia de los elementos del tipo, que persiguen la igualdad de los casos, siendo así que la norma en cuya aplicación se tienen en cuenta es una norma de determinación de la pena, que obliga a individualizar, no a generalizar, para lo cual los criterios han de contemplarse simultáneamente (*vid. infra*). Baste pensar en lo que ocurriría si, p. ej., nos encontramos con una tentativa inidónea lindante con la burdamente insensata (en la terminología de SANCINETTI), y, además, inacabada, para que haya necesidad de ponderar cada uno de estos dos factores de medición de la pena, ninguno de ellos preferente, con lo que los criterios de SANCINETTI más allá de la mera sugerencia no vinculante, no absolutos, se van al traste.— Si se conciben los criterios de medición de la pena del art. 62 para la tentativa en el mismo sentido que las circunstancias modificativas genéricas nominadas: que obligan taxativamente a tomar la pena de un marco restringido, en lugar de someterlos al régimen de la circunstancias genéricas innominadas, que no restringen el marco fijado en el tipo (*vid. infra*), ése es el peligro de las tesis que se están defendiendo en España en torno al nuevo art. 62, se estará perpetuando el catastrófico sistema español de determinación de la pena (*vid. infra* XVII 1 ss).

209

²²¹ Para SANCINETTI, mientras que en la imprudencia el síndrome de riegos contiene peligros cada vez más alejados de la lesión, en la tentativa inidónea el síndrome lo es de grados de peligro cada vez menores de lesión para el observador objetivo en lugar del autor.

²²² *Vid.* JAKOBS, PG, 894 s.

3. EN EL GOZNE ENTRE LA TENTATIVA Y EL DESISTIMIENTO. INJUSTO PERSONAL, TENTATIVA Y DESISTIMIENTO

210 Puesto que el injusto penal es desenvolvimiento del comportamiento exterior hasta la causación, en su caso, de un determinado resultado o consumación del delito, el derecho penal ha de plantearse qué sucede cuando antes de que así ocurra, el autor desanda el camino iniciado y no consumado todavía, impidiendo, definitivamente, que lo haga. Antes de abordar la temática del desistimiento de la tentativa, pues de eso se trata, dado que determinadas investigaciones recientes están demostrando que su estructura es más compleja de lo que parecía hasta ahora, está más intrincadamente relacionada con el desenvolvimiento del injusto anterior de lo que en ciertos aspectos se desearía (de cara a sus fines) y algunos proponen extrapolaciones desde el injusto para su solución que no son exactas, problemas de los que ha de ocuparse la dogmática del desistimiento; por todo ello, es necesario tener en cuenta, antes de empezar, que *entre la tentativa y el desistimiento no hay continuidad, sino auténtica ruptura*. Por decirlo de manera sencilla: El desistimiento no es actualización de una posibilidad que el autor tuviera desde el principio del desenvolvimiento del injusto, de volver sobre sus pasos, evitando el resultado no producido todavía. El conocimiento, incluida su actualización, que el autor se otorga de esa posibilidad de evitar es completamente irrelevante²²³. Lo único relevante, a efectos del desistimiento idóneo, es lo acontecido a partir de un momento crucial en el que el autor da un giro de 180 grados; es decir, el desistimiento es desenvolvimiento de una nueva voluntad de evitación de un resultado que, en función de lo avanzado del plan criminal desistido, requerirá unos actos u otros (o un mero no actuar más)²²⁴; luego, por lo tanto, la dificultad del desistimiento, sobre todo a partir de un momento en el que se estima que no basta cualquier voluntad de evitación del resultado más su evitación fortuita, sino que se pone empeño en exigir que la evitación del resultado sea retrotraible causalmente y *en exclusiva* a la acción de desistimiento²²⁵, estriba en que, puesto que en virtud de lo limitado del conocimiento humano sobre los infinitos cursos causales que concurren en un resultado, quien pone en marcha un curso causal capaz de producirlo está poniendo en marcha un nexo infinito de eslabones causales de producción del mismo resultado a través de eslabones

²²³ Vid. las atinadas consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 554, sobre la irrelevancia privilegiante de la “reserva de desistimiento”.

²²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 590, lo ilustra muy bien con el ejemplo de quien habiendo disparado a la víctima, y habiéndola arrojado al mar después se arrepiente, e intenta salvarla sin conseguirlo, ya que el peso de la víctima está a punto de hacerle perecer a él, que puede ser salvado por terceros, pero no la víctima que fallece ahogada, cuando dice que no es que se haya frustrado el desistimiento, sino que lo que se ha frustrado (¡he ahí la cesura!) es el plan de salvamento que el autor se trazó.

²²⁵ En esta línea RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 787.

muchos de los cuales desconoce y desconocerá, recoger un curso causal tan complejo hace que el intento de desistimiento se pueda frustrar por multitud de razones, a pesar de que anule los eslabones que quien desiste sí domina²²⁶. De ahí pues lo fácil que es tanto el fracaso del desistimiento como la evitación fortuita del resultado, ninguno de los cuales sería suficiente para otorgar relevancia eximente completa (en su lugar: sólo causa de atenuación) al desistimiento²²⁷. De ahí también que lo que podemos llamar relevancia del desistimiento no tenga ningún parangón ni con la tentativa, cuya anulación supondría, ni con la comisión por omisión, ya que no se trata de evitar un resultado sino de anular las múltiples causas de un resultado²²⁸, ni con las causas de justificación, que se conforman con prevenir la lesión del bien jurídico de superior valor amenazado, orientándose y limitándose la relevancia jurídica al único factor causal que amenaza al bien jurídico preferente por el comportamiento del agresor, sin que importe qué habría ocurrido en ausencia de aquél factor causal anulado.

JAKOBS, Estudios, 328 ss., distingue entre *modificación del hecho*, única alternativa que permite el desistimiento, y *comportamiento posterior al hecho*, que no lo permite, asignándole a la distinción un efecto decisivo para explicar el desistimiento en la tentativa acabada e inacabada respectivamente, restringiendo, en su concep-

211

²²⁶ Sobre el dominio del salvamento cuando en el mismo intervienen otras personas además de quien desiste, ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba?, 94 ss., el cual, con buen criterio, 108, propugna que quien desiste pueda hacerlo colaborando en el salvamento iniciado por otros.

²²⁷ Vid. las interesantes reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 141 s., sobre el hecho de que cuando el autor desiste, su comportamiento anterior ha generado consecuencias que deben evitarse para eludir la responsabilidad penal, al margen de los efectos del desistimiento, lo que justificaría incluso un régimen menos generoso que el español, que sin duda se basa en la innecesariedad de la pena, y explican quizá la rigidez de SILVA SÁNCHEZ a la hora de exigir la eficacia del desistimiento que formal, y desafortunadamente, ve fundamentada en el hecho de que el sistema español atenúa de forma obligatoria la pena en caso de tentativa, lo que obliga a sólo atenuar la pena (arrepentimiento) en caso de tentativa ineficaz de desistimiento, en tanto que en un sistema de atenuación sólo facultativa de la pena por tentativa respecto al delito consumado quizá estaría justificado otorgar exención plena a la mera tentativa de desistimiento. SILVA SÁNCHEZ formula esta afirmación apodíctica porque asigna al resultado valor constitutivo del injusto, junto a la acción; pero con independencia de la cuestión teórica acerca del fundamento monista o dualista del injusto, la exigencia del resultado para que aquél se dé completo, no es necesario concluir (por eso su afirmación es apodíctica) que la ausencia fortuita de resultado estando presente una tentativa idónea de desistimiento, no pueda determinar la eficacia plena del desistimiento. En realidad, ni el desistimiento es correlato de la tentativa ni las diferencias de punición entre el delito consumado y la tentativa de los diversos sistemas jurídicos justifica otorgar efectos tan diferentes al desistimiento como para requerir su eficacia o no. Lo único que requiere un sistema basado en el injusto personal es un comportamiento dominable en una dirección determinada.

²²⁸ Aunque ALCÁCER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba?, 64 ss., establece un paralelismo estructural entre la acción de desistimiento y la acción debida en la comisión por omisión, que, según él, en nada se diferenciarían, sin embargo a la postre acaba estableciendo mayores exigencias en la primera, la acción de desistimiento, que en la segunda, la acción omisiva que fundamenta la responsabilidad en comisión por omisión, en armonía además con la teoría sobre la obligación de optimizar la acción de evitación del resultado para justificar el privilegio del desistimiento.

ción, la amplitud del desistimiento [331] en comparación con la regulación legal del StGB, que, por no distinguir, propicia la máxima “Ende gut, alles gut” [327 ss.]. Así, en la tentativa acabada, cuando los riesgos desencadenados son varios y el autor sólo desiste de algunos, no ha desistido respecto a los restantes, que seguirán fundamentando tentativa (aún en el caso de que no hayan desembocado en el resultado: en otro caso, consumación) [332 s.], salvo que, a su vez, controle con seguridad aunque no lo revoque ese riesgo restante, en cuyo caso también desiste de él aun en el caso de que se limite a iniciar sin consumir una tentativa de salvación para el caso de que sea necesario. *Ejemplo*: El autor arroja al niño que quiere asesinar al mar. Con posterioridad se arrepiente, y comienza a desnudarse para saltar si comprueba que el niño no sabe nadar; puesto que sabe, no actúa: desistimiento. Además, la eliminación del riesgo creado sólo fundamenta el desistimiento cuando es ejercicio de una posibilidad que el autor se reservó con seguridad en el momento previo a actuar, no cuando actualiza una posibilidad “llovida del cielo” [334 s.]²²⁹. Lo dicho, lo hace extensivo JAKOBS a los casos que denomina de *desplazamiento del riesgo*, en los que el autor ya no puede controlar la reversibilidad del hecho, pero éste 1) resulta inocuo y 2) el autor tenía en sus manos otros medios equivalentes o los obtiene por su fracaso. *Ejemplo*: A la víctima se le cae de las manos el vaso con el veneno en el momento de llevárselo a la boca, pero el autor puede volver a preparar la bebida o estrangular a la víctima, de modo reversible (= con representación anterior sobre las posibilidades de éxito). En estos casos, según JAKOBS, el desistimiento es posible siempre que el autor pueda alcanzar con seguridad el estado de desarrollo del hecho en que se hallaba en el momento del fracaso [335 s.], inclusión hecha del medio único no seguro en tanto no se revele como fracasado [336]²³⁰. – Por lo que se refiere a la tentativa inacabada [339 ss.], entiende JAKOBS que ya la mera circunstancia de no seguir actuando evidencia la modificación del hecho suficiente para el desistimiento. Cuando, en cambio, ya con la primera manifestación del acto constitutivo de tentativa inacabada el autor observa que su proyecto ha fracasado, no puede desistir. Esto es claro cuando no puede intentarlo de nuevo. La cuestión cambia cuando puede

²²⁹ ALCÁCER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba?, 119 ss., ha estudiado minuciosamente el problema que se suscita cuando quien desiste no ha optimizado la acción de salvamento, con lo que persiste el riesgo residual de que el resultado sobrevenga, solventando el problema que se le presenta a JAKOBS cuando quiere resolver estos casos sosteniendo que en ellos el autor ha desistido de la tentativa (comisiva) inicial, pero responde por la comisión omisiva resultante de no haber evitado el riesgo residual, que según ALCÁCER GUIRAO quizá no alcance suficiente relevancia típica como para castigarse autónomamente [130], estimando que es la acción inicial de tentativa (activa) la que persiste cuando el desistimiento no satisface las exigencias legales, entre las que ALCÁCER GUIRAO ubica la optimización de la acción de salvamento, para lo cual interpreta el sentido literal posible del CP [139 ss.], que tanto permite abarcar: la mera causalidad, la adecuación *ex ante* y la máxima seguridad posible, en este último sentido acorde con los fines de la institución del desistimiento [152].

²³⁰ SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, 72 ss., sostiene que en realidad JAKOBS niega el desistimiento de la tentativa acabada, pues lo que ocurre es que en ella el desistimiento lo es de una omisión a no emprender la acción que hace reversible el estado creado. En cualquier caso, lo que está claro es que así se confirma que lo que realmente cierra el paso al desistimiento es la frustración o irreversibilidad de lo hecho, no lo avanzado de la realización delictiva.

hacerlo. Con esta reflexión, JAKOBS ha vislumbrado lúcidamente dos cosas: 1) Que en toda tentativa inacabada hay una tentativa acabada parcial, respecto a la cual cabe el fracaso, y 2) que al igual que ocurrió con la tentativa acabada fracasada, si se puede intentar de nuevo tras recuperar una posición no peor que la del momento del fracaso, cabe el desistimiento.

La especulación de JAKOBS, que tan bien ha ayudado a perfilar una figura de tanta complejidad como la del desistimiento, razón por la cual ya está justificada dogmáticamente, no debe ocultar sin embargo que el único comportamiento correcto es el de quien elige la acción óptima para el salvamento, en la línea de ROXIN y ALCÁCER GUIRAO; lo que a su vez no quiere decir que el comportamiento no óptimo que salva no produzca los efectos del desistimiento como consecuencia del fin que éste persigue: estimular la evitación del resultado con el comportamiento postdelictivo, de lo que se beneficia quien quizá no lo merece²³¹.

Como consecuencia de lo anterior, y abundando en el importante tema de la relevancia del desistimiento, se explica que algunos, concretamente ALCÁCER GUIRAO siguiendo entre otros a ROXIN²³², insistan en exigir que el autor ha de elegir el medio mejor y más rápido de evitar: y con razón, pues cada momento que pasa y cada nivel máximo de evitación al que se renuncia, puede alentar un eslabón causal nuevo. Se explica así también que, aunque no lo justifique, se exijan, si es preciso, sacrificios extraordinarios superiores a los de la comisión por omisión. En realidad, lo que ocurre es que medios de evitación del resultado de difícil ejecución se oponen a considerar que estemos ante una situación en la que quepa el desistimiento: desistimiento inidóneo *ex ante*.

Urge pues relajar el altísimo nivel de exigencias legales para reconocer efectos jurídicos al desistimiento. Lo que ha de propiciarse por dos vías. Una que restrinja la irrelevancia del desistimiento al que, además de no evitar el resultado, no evita un curso causal típico, previsible *ex ante*. Otra que estime relevante el desistimiento pese a su ineficacia por la evitación del resultado a través de un curso causal atípico, no previsible *ex ante*.

²³¹ Esto no lo comparte JAKOBS, quien en H-Rodríguez Mourullo, 555 ss., muestra muy bien la necesidad de seriedad del desistimiento (en lo referente a la seguridad de atajar el riesgo creado) también en la tentativa idónea (por extrapolación de lo exigido para la inidónea), pero es demasiado rígido en lo referente a la subsistencia de riesgos residuales (= tentativa) a pesar de haber atajado el autor que desiste el resultado. Ello es consecuencia, a su vez, de su concepción del derecho penal y los fines de la pena, ciega a la víctima *concreta* y el autor *concreto* [551, 557, 564]. Sobre la medida de la seriedad del desistimiento en orden a evitar el resultado: 557 ss. Sobre cómo la extrapolación de la cuestión a la omisión demuestra, a su parecer, lo absurdo de conformarse con algo menos que la seriedad de la evitación: 559 ss., con reproches a quienes se conforman con menos. Contra la estimación del desistimiento de quien habiendo fracasado en la tentativa puede intentarlo de nuevo: 561 ss.

²³² *Vid.* también los atinados ejemplos jurisprudenciales de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵ 587.

212

213

214

215

SANCINETTI (Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa) ha planteado recientemente la siguiente cuestión: Si la tentativa es clave para comprender el fundamento del injusto, esa intelección requerirá también la del desistimiento de la tentativa [31]. Para abordarlo, SANCINETTI se sirve de la concepción del injusto y de la tentativa y el desistimiento de JAKOBS, que contrasta con la concepción de la escuela de Bonn, a la que él interpreta en clave subjetivista, para llegar a la conclusión de que JAKOBS, a pesar de haber pretendido concebir el injusto de una manera que prescindiera por completo de todo subjetivismo: injusto sólo puede serlo lo que ya ha abandonado por completo la esfera privada del sujeto, que ya no puede controlarlo (garantizando así, además, la libertad), con la sola excepción de los delitos de peligro abstracto y la institución de normas flanqueantes, como la que tipifica los actos preparatorios de la participación o la preparación peligrosa que puede descontrolarse ya; a pesar de eso, como decimos, en escritos posteriores sostiene (JAKOBS) una teoría de la tentativa que sólo excluye a la que no es comunicativamente relevante, esto es, la irreal, pero no a la inidónea, con lo que la concepción del ilícito se tiñe en muchos y cruciales aspectos, empezando por el ponerse a ejecutar, de subjetivismo. SANCINETTI llega a decir: La mujer que ha creído poner veneno en la comida del marido, que éste ingerirá pasados unos días, con lo que puede revocar su decisión salvo que se desmaye, como le está pasando recientemente, comete tentativa; si sabe que no se desmayará, sólo preparación. Y todo ello cuando, además, la sopa no está envenenada [61]. Si a lo anterior se añade que JAKOBS no ve diferencia entre la tentativa acabada e inacabada: ambas suponen un quebrantamiento definitivo de la norma, se evidencia, al parecer de SANCINETTI, lo que JAKOBS se ha apartado del punto de partida inicial: a pesar de que el autor domina todavía el acontecer, tentativa inacabada, se ha exteriorizado ya el injusto [64].— Con profundo análisis del pensamiento de JAKOBS, sostiene SANCINETTI a continuación que en un escrito posterior aborda el problema del desistimiento de una forma que confirma todo lo dicho por JAKOBS sobre la tentativa apartándose de la pretensión inicial objetivista que sostuvo y no mantuvo; extremo, éste, por el que, según SANCINETTI, se produce una vuelta de JAKOBS al pensamiento sobre el disvalor-acción reinante en la concepción del injusto en KAUFMANN y sus discípulos, tal como él (SANCINETTI) lo entiende, como injusto subjetivo.— El desistimiento como anulación de la tentativa en el pensamiento de JAKOBS sólo es posible en la tentativa no fracasada, es decir, la todavía actual y, por tanto, modificable [70]; lo que lógicamente debería excluir del desistimiento el de la tentativa acabada y la fracasada, algo que, aunque JAKOBS no admite (entre otras cosas porque el propio StGB prevé un desistimiento para la tentativa acabada), hace una interpretación que, prácticamente, parte de esa premisa, introduciendo sutilmente en la tentativa acabada una tentativa realmente inacabada que en realidad fundamenta el desistimiento en el de una omisión, en sutil interpretación del propio SANCINETTI [72 ss.] (con consecuencias para el desistimiento de normas que constituyen una anticipación de la protección o normas flanqueantes: 77 ss.).— Que al parecer de SANCINETTI la concepción del desistimiento de JAKOBS sería la que suscribiría un discípulo de Armin KAUFMANN, se basa en los siguientes puntos: 1) El autor ya no puede desistir cuando se ha desligado de su conducta, para lo que basta que compruebe o crea que ha perdido una posibilidad de influir en el futuro sobre el suceso que desen-

caenó; lo que por cierto evidencia al parecer de SANCINETTI que el hecho por antonomasia del derecho penal es la tentativa acabada [83]. 2) Se prescinde por completo de todo elemento causal en el desistimiento, lo que evidencia el hecho de que: a) No es suficiente con que el desistimiento haya sido (casualmente) exitoso; no vale pues la máxima “Ende gut, alles gut”. Antes bien, la acción de desistimiento en el pensamiento de JAKOBS debe incorporar un elemento de seguridad en el éxito sin el que no es relevante [84 ss.]. b) No es necesario el éxito del desistimiento. El desistimiento fracasado, aquel donde el autor realiza todo lo que conforme a su representación y saber adecuado es necesario para el desistimiento eficaz, produce, en contra de la doctrina dominante anterior, efectos, los efectos del desistimiento, quedando sólo un resto de responsabilidad a título de consumación prematura, siempre que concurren los requisitos del delito imprudente [89], con desarrollos pormenorizados de SANCINETTI sobre el desistimiento fallido omisivo en la tentativa inacabada activa y el desistimiento fallido activo en la tentativa inacabada omisiva [89 ss.].— Queda todavía un resto de casualidad más allá del que en el pensamiento de JAKOBS según SANCINETTI, puede ser excluido por el desistimiento, que desde el punto de vista de la regulación positiva no deja de constituir un obstáculo, aunque salvable, precisamente por lo que supone de reconocimiento de la relevancia del resultado. Así: 1) El desistimiento “tardío” y “mezquino”, pero exitoso, conduce no obstante a la impunidad en los casos en los que el tipo realizado no contempla la punición de la tentativa (se trata del mismo privilegio de la tentativa fracasada), problema que SANCINETTI resuelve (explica) a través de la contradicción que, según su concepción, existe por parte de legislador a la hora de punir la tentativa inacabada en casos donde el bien jurídico no requiere de la protección prestada por normas flanqueantes [97 s.]. En cualquier caso, no deja de constituir una manifestación de la máxima burda “bien está lo que bien acaba”. 2) Los casos de tentativa inacabada fracasada, tanto aquellos donde ya el proyecto se revela como insuficiente (la víctima, p. ej., desaparece del campo visual) como aquellos otros donde se produce una consumación prematura (al autor se le escapa el tiro mortal cuando sólo quería apuntar), contienen también una alta componente de azar; lo que, sin embargo, al parecer de SANCINETTI, se digiere si se tiene en cuenta que lo revocado tiene que ser la decisión de continuar actuando y no el éxito de la evitación [99, 100]. 3) Cabe incluso una especie de “desistimiento tardío” allí donde aunque la tentativa está ya fracasada, pero no totalmente, de manera que procedería todavía hacer algo para la consumación, puede hacerse también algo por impedirlo [101 ss.]. En ese caso, la aplicación a hacerlo, aun en el caso de no evitarlo (el resultado): quien traslada al herido grave con ánimo de matarlo al hospital sin tener la suerte de que los médicos logren salvarlo (componente de azar), podría justificar una profunda atenuación de la pena que llegase incluso a la total exoneración por vía de determinación de la pena; en casos, claro, en que el autor creó un escaso riesgo no permitido revocable con cierto grado de probabilidad [102 s.].

Respecto al pensamiento de SANCINETTI sobre JAKOBS debe decirse que: 1) Aquél acierta al denunciar la contradicción de éste entre, por un lado, exigir la pérdida del dominio de la situación para poder hablar de tentativa, y conformarse, sin embargo, con la mera exteriorización del comportamiento típico a pesar de que el

autor todavía controla la situación. Yerra en cambio SANCINETTI, ya lo vimos (*vid. supra* XIII 135), al confundir tentativa acabada y tentativa frustrada, lo que resulta a la postre fatal en su pensamiento, llevándole a no aceptar el pensamiento de JAKOBS sobre el desistimiento. 2) JAKOBS no exige que la tentativa no esté acabada para que quepa el desistimiento, sino que lo que exige es que no esté frustrada en la representación del autor: disvalor-resultado separado del comportamiento. En muchas tentativas inacabadas hay un subelemento de tentativa acabada; lo que demuestra que tentativa acabada no es igual a tentativa fracasada, y que en la tentativa acabada es posible el desistimiento. 3) Se explican, así, todas las consecuencias (tanto las restrictivas como las extensivas) extraídas por JAKOBS sobre el desistimiento sin demasiadas contradicciones. 4) Idoneidad de la intervención capaz de evitar el resultado *ex ante*, opuesta solo a frustración = representación por parte del autor de que ya no puede hacer nada idóneo para evitarlo, son los elementos que configuran la concepción de JAKOBS y le permiten sin contradicciones concebir el desistimiento como recogida del desenvolvimiento del delito.

217 ALCÁCER GUIRAO (¿Está bien lo que bien acaba?, 1 ss.), sobre la premisa de que el desistimiento, para eximir de responsabilidad, ha de ser eficaz: por muy idóneo (*ex ante*) que sea, si no logra evitar el resultado y éste se produce, no exime, y sólo cuando sí lo evita otra causa no retrotraible al desistimiento idóneo podría propugnarse de *lege ferenda* la impunidad, como en el StGB, pero no en el CP, que requiere que haya sido el desistimiento el que impidió el resultado, requiere del desistimiento que además de eficaz sea *imputable* al autor [94].— A tal efecto, estableciendo un paralelismo con el injusto, introduce criterios axiológicos con ese fin que le llevan a encontrar en el aspecto subjetivo de la cuestión (en su línea de amalgamar lesión del bien jurídico con reconocimiento del derecho) criterios complementarios de lo objetivo. Así p. ej. tan de falta de desistimiento eximente lo sería el de quien realiza un torniquete a quien murió en el desierto, siendo improbable que alguien apareciera y trasladara al herido a un hospital, aun en el caso de que la improbabilidad se dé [83 s.], como el de quien sólo puede evitar el resultado autodelatándose, pues no hay casos de “no exigibilidad” en el desistimiento [83 ss.].— En línea con el pensamiento de ROXIN, sostiene ALCÁCER GUIRAO que desistimiento imputable es el que además de eficaz ha representado la realización de la acción más segura para la evitación del resultado desde la posición y los conocimientos del autor [77, 78 ss.].

218 El hecho de que resulte excesivamente drástico respecto a la generosidad que ha de mostrar el ordenamiento jurídico con el desistimiento, castigar por tentativa en el caso del torniquete, revela (aunque en esto habrá que profundizar en el futuro) que no es muy oportuno trasladar sin más a su ámbito criterios elaborados para la imputación objetiva, debido, como venimos insistiendo, al hecho de que injusto y desistimiento no son comportamientos simétricos que admitan extrapolaciones.— Por lo demás, y en parte debido a lo acabado de decir, el criterio muy acertado según el cual el desistimiento sólo lo proporciona la acción más segura para la evitación del resultado desde la óptica y situación del autor, se fundamenta mejor como límite del mismo que como

fundamento del desistimiento; de ahí que quizá no el caso de la auto-denuncia, pero si otros imaginables: p. ej. arriesgar la propia vida quien desiste para evitar el resultado, no es que no sea exigible sino que el ordenamiento jurídico no lo quiere.

4. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

A. Concepto y naturaleza

Según el art. 16. 2, “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado” **219**. Son, por tanto, elementos esenciales del tipo de desistimiento: 1º Que se haya evitado el resultado, es decir, que no se haya producido (*desistimiento eficaz*)²³³. 2º Que esa evitación sea retrotraíble a la conducta del autor y no a otra circunstancia ajena a su voluntad. 3º Especificación del anterior: Que se haya evitado porque el autor dejó de seguir actuando en orden a la producción del resultado (tentativa inacabada) o porque se realizaron actos que anularon el efecto de la producción del resultado causado por la conducta del autor (tentativa acabada). 4º Que la motivación del autor para desistir proceda de su voluntariedad, de su libertad, no de circunstancias ajenas a su libertad.— Antes de pasar al estudio particularizado de cada uno de estos elementos, aspectos esenciales, a su vez, de un concepto legal de desistimiento de la tentativa bastante preciso, conviene esbozar un concepto dogmático del mismo, a la luz de la teoría del delito, de la noción de injusto, en suma, que permita apuntar cuál es su naturaleza jurídica.

Si la tentativa, como se ha visto, supone el comienzo de la realización del hecho punible que no ha llegado a la consumación o producción del resultado típico, equivalente a lesión (puesta en peligro, en su caso) irreversible del bien jurídico, el desistimiento de la tentativa equivaldrá a la vuelta sobre sus pasos del propio autor que, antes de que el resultado se produzca, evitándolo, anula con hechos posteriores positivos los hechos anteriores negativamente valorados por el legislador como ejecución del hecho delictivo²³⁴, en el bien entendido de que esos hechos que neutralizan lo anteriormente realizado no **220**

²³³ Vid. FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 63.

²³⁴ Vid. las certeras palabras de JAKOBS, Estudios, 335 (vid. también PG, 899 ss.), referidas al fundamento del desistimiento en la tentativa acabada: “El autor sólo puede desistir si y en la medida en que puede revertir todavía de un modo planificado y seguro el camino que conduce hacia la realización de un tipo. Desiste si hace un uso completo de esta posibilidad de reversión o da comienzo a ello. Con otras palabras, esto significa que el autor sólo puede desistir en aquellos casos de la tentativa acabada en los que el curso que va de la creación del peligro a su realización todavía depende con certeza de su conducta”. Vid. también JAKOBS, H-Rodríguez Mourullo, 549.

constituyen un mérito del autor sino simplemente una vuelta, en palabras de JAKOBS²³⁵, a la senda del derecho, que no obliga a actos meritorios sino a la omisión de actos negativos para los bienes jurídicos o, en su caso, caso del desistimiento, a actos positivos, en este sentido de neutralizadores, que anulan lo anteriormente hecho.

221 En cuanto que el injusto penal, el disvalor-acción, está representado en derecho penal por el comienzo de la tentativa, una vez iniciada la fase de tentativa el delito se ha comenzado a realizar; quiere decir ello, en consecuencia, como con buen criterio sostiene JAKOBS, que por más que se desista de la tentativa hubo una parte del injusto objetivo, el ya realizado, que no cabe tener por no realizado²³⁶. De ahí que deba llegarse a la conclusión de que la naturaleza jurídica del desistimiento es la del *comportamiento postdelictivo* (semejanza con el arrepentimiento)²³⁷, tesis, ésta, que armoniza muy bien con la concepción personal del injusto y su insistencia en el disvalor-acción.

222 A su vez, ubicado así el desistimiento de la tentativa, armoniza mejor con el fundamento de punición del injusto (*vid. infra* XIII 232 ss.). En la medida en que el injusto es desenvolvimiento del comportamiento atentatorio contra el bien jurídico, el desistimiento es recogida de ese desenvolvimiento mediante un comportamiento en la dirección contraria. Si el fundamento del injusto y de la tentativa es el disvalor-acción, la supresión de ese disvalor la hará desaparecer; algo que no es posible con una concepción objetiva de la tentativa, ya que si en la tentativa se viera un resultado-peligro para el bien jurídico, difícil, por no decir imposible, sería trazar el camino de vuelta, pues un resultado separado del comportamiento del autor no es nunca retrotraible. El desistimiento de la tentativa, pues, sólo se explica, en puridad dogmática, con una noción personal de injusto que cifre el significado de la tentativa en el desenvolvimiento del disvalor-acción, desandado por el desistimiento. Entendido así el desistimiento, es posible, como se verá a continuación, otorgarle el tratamiento más generoso que cabe pensar desde el punto de vista de la exclusión de la pena.

223 Esta concepción sobre la naturaleza del desistimiento, por lo demás, no significa negar que lo que ya aconteció antes del desistimiento, de contenido grave de

²³⁵ Estudios, 344.

²³⁶ Estudios, 325: “El fundamento de la pena de la tentativa, según absolutamente todas las teorías cuyos representantes ven alguna razón para su punición, reside en la circunstancia de que con la tentativa algo ha quedado ya *consumado* y, ciertamente, algo cuya producción puede ser penada con justicia”. Siguiendo a JAKOBS: POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictiva, 123 s., 233 ss., 245, 269, que llega a la conclusión, por esta vía, de que el desistimiento desanda el camino de la tentativa, de que el desistimiento excluye el injusto de la tentativa.

²³⁷ De otro parecer POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictiva, 230.

injusto, no haya tenido lugar²³⁸, prueba de lo cual es el hecho de que el desistimiento inidóneo puede determinar que se mantenga una responsabilidad, la que precisamente se generó antes de desistir el autor, pero es la única que permite explicar y comprender el efecto especial que los códigos penales asignan desde antaño al desistimiento frente a otras formas de comportamiento positivo postdelictual: la plena exclusión de responsabilidad, al tiempo que es la única también que, unida a la idea de fines de la pena e incluso, aunque desechada como fundamento exclusivo del desistimiento, a la de la política criminal y el puente de plata (*vid. infra* XIII 232), explica y justifica el esfuerzo para que, sin desbordar los límites que han de respetarse, se le asigne al desistimiento el mayor ámbito posible por vía interpretativa de la norma reguladora²³⁹.

Si se llega a la conclusión de que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la punibilidad, se colige fácilmente que sólo es aplicable al autor o partícipe en quien concurre²⁴⁰. Sobre los requisitos del desistimiento en caso de pluralidad de intervinientes (autores y partícipes) en el delito *vid. infra* XIII 282 ss. **224**

Se explica así, también, el hecho de que cuando la tentativa (o el acto preparatorio punible) de la que se desiste constituye delito autónomo, el desistimiento no excluye la punibilidad por lo ya hecho y constitutivo de delito autónomo. *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 863; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 111²⁴¹. **225**

RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 138 s., plantea el interesante caso acerca de si el autor que ha desis- **226**

²³⁸ *Vid.* la atinada reflexión de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 730, que les lleva a asignar al desistimiento de la tentativa la naturaleza de causa de exclusión de la pena (en el ámbito de lo postdelictual). *Cfr.*, no obstante, MIR PUIG, PG⁷, 357 s., que sigue viendo en el desistimiento una especie de elemento del tipo. Con mejor criterio, SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 140. CEREZO MIR, PG, III, 192, por su parte, que consideraba (y considera) también que según la redacción legal la ausencia de desistimiento forma parte del tipo de tentativa, estima ahora que la alusión de la nueva redacción del CP al desistimiento cuando intervienen varios en el hecho ha convertido al desistimiento en causa personal de exclusión de la pena (excusa absolutoria). Así ya siempre, con mejor criterio, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 486. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 589; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 803; MEZGER, PG, II, 238; WELZEL, PG, 231; STRATENWERTH, PG, 299. Por su parte, ROXIN, Problemas básicos, 269 ss., defendió una tesis muy influyente e innovadora en Alemania que concebía el desistimiento como causa de exclusión de la culpabilidad.

²³⁹ *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 597. Ya: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 823.

²⁴⁰ *Vid.* FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 63; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 457 ss.; WELZEL, PG, 235; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 430 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1163; MUÑOZ CONDE/DÍAZ PITA, EPB, 585. Trata de corregir este hecho, el de que la impunidad sólo alcanza al partícipe que desiste con su concepción de que el desistimiento excluye el injusto de la tentativa, POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictiva, 270 ss.

²⁴¹ Sobre la subsistencia del delito de peligro abstracto y el delito de peligro concreto en el desistimiento de la tentativa (del delito de resultado lesivo) que los contiene, *vid.* las interesantes consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 590 s.

tido del hurto (tentativa) una vez que ha penetrado en la casa (allanamiento de morada consumado), no habría desistido también del allanamiento, dado que éste es sólo delito medio para el delito-fin del que se desiste antes de consumarse, apelando a la opinión extendida en la doctrina española de la época (*vid. infra* XIII 230), según la cual el desistimiento excluye la tipicidad, no siendo únicamente causa de exclusión personal de la responsabilidad (circunscrita en el ejemplo al delito fin).

227 MUÑOZ CONDE, Desistimiento, 43 ss., 63 ss., que ha hecho un excelente estudio sobre qué aspecto de la teoría del delito se vería afectado por el desistimiento, aplica aquí el criterio que después ha comenzado a tener amplio desarrollo en muchos ámbitos de la teoría del delito (*vid. supra* VIII 47, X 22), de la distinción entre *merecimiento y necesidad* de pena, según el cual lo que ocurriría con el desistimiento sería que a pesar del comportamiento anterior, cuyas características delictivas no cabe negar, el acto del desistimiento anularía el merecimiento de pena, siendo pues en el ámbito de la punibilidad (entendido en sentido más amplio que el tradicional meramente residual) donde se decidiría la impunidad en caso de desistimiento²⁴².

228 ALCÁCER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba?, 48 ss., por su parte, después de recuperar la distinción entre el fundamento del injusto en la infracción de un deber o en la lesión del bien jurídico, que le sirvió para explicar el fundamento de la tentativa con base en la concepción del delito como lesión del bien jurídico (*vid. supra* XIII 66), y decir ahora que el fundamento del desistimiento es la vuelta al deber, lo que da cuenta de la futilidad de la dicotomía (artificial) que intentó establecer, acude al mismo criterio que MUÑOZ CONDE, entendiéndolo incluso que mientras que en el desistimiento de la tentativa inacabada la vuelta a la senda del derecho hace que la punición no sea ni necesaria, en la tentativa acabada lo que estará ausente será el merecimiento de pena.

229 La evidencia de lo desafortunado, por ambiguo, de este criterio general de la distinción entre necesidad y merecimiento de pena (*vid. supra* X 22) en el ámbito del desistimiento, lo muestra el hecho de que ALCÁCER GUIRAO juegue con la posibilidad de distinguir entre el desistimiento de la tentativa inacabada, que daría lugar a inmerecimiento de pena (en realidad no se atreve a afirmarlo expresamente) y el desistimiento de la tentativa acabada, que daría lugar a no necesidad, siendo así que el fundamento del desistimiento es el mismo en ambas modalidades de tentativa: el comportamiento postdelictivo preclusivo, *también en el desistimiento de la tentativa inacabada*.

230 La idea, muy extendida en la doctrina anterior a 1995, de que el desistimiento excluye el injusto de la tentativa, porque en la redacción legal se afirmaba que para que hubiera responsabilidad por tentativa era preciso que el delito hubiese dejado de

²⁴² Siguiendo a MUÑOZ CONDE, GÓMEZ BENITEZ, PG, 266 s. Sobre la naturaleza jurídica del desistimiento, *vid. también* BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 313 ss., 328.

consumarse por causa ajena a la voluntad del autor (*vid.*, en este sentido, MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 751, que ha matizado su opinión, sin desecharla, tras la redacción de 1995²⁴³; críticamente, pero aceptándolo, RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 19 s. y ya antes en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 97 s; con mejor criterio en: RODRÍGUEZ MOURULLO [dir.] CCP, com. art. 16, 78; con mejor criterio, ya entonces, MUÑOZ CONDE [Desistimiento, 4 ss., y siguiéndole, GIMBERNAT ORDEIG, PG, 111], y ahora VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN [coord.], CCP, I, com. art. 15-16, 101; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 111; *vid.* ya JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 820, 830, 831; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en MEZGER, PG, II, 230; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 606; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 230; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 65 s.; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 200²⁴⁴; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 256, poniendo de relieve que ése ha sido el parecer del TS muchas veces; SÁINZ CANTERO, PG, III, 169), era (y es) un despropósito (*vid.* no obstante JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 804 s.): La definición allí incluida de tentativa, era, y es, la de tentativa punible, como corresponde a una definición contenida en un CP, no una definición ontológica, que *ha de existir para que se pueda desistir de ella después de cometerla*.

Como despropósito es la idea compartida por muchos (*vid.* ANTÓN ONECA, Derecho penal, 446; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 230 s.) (y relacionada con la anterior) de que mientras el desistimiento sólo cabe en la tentativa inacabada (tentativa en la r. a.), en la tentativa acabada (frustración en la r. a.) no cabe el desistimiento y sí sólo el arrepentimiento (postdelictual): RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 237, 241. Apuntando en esa dirección SÁINZ CANTERO, PG, III, 163, y abiertamente: 172; BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), CPC, com. art. 3, 16; PG⁵, 347. *Vid.*, con mejor criterio, MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 752; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 455, siguiendo a MUÑOZ CONDE; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 861.

231

B. Fundamento de impunidad del desistimiento

En la medida en que aunque el autor ha comenzado ya a realizar el delito, puede incluso que haya hecho todo lo que está en sus manos para causar el resultado (tentativa acabada), todavía no ha sobrevenido éste, el derecho, que ante

232

²⁴³ Defiende esta distinción en el fundamento del desistimiento, según los casos, creyendo encontrar nuevos argumentos en su diferenciación entre tentativa perfecta e imperfecta, BENLLOCH PETIT, Revista peruana de jurisprudencia, CLXII ss. (*vid. supra* XIII 136).

²⁴⁴ Con la consecuencia desastrosa posterior: 362, de que el desistimiento del autor determina la impunidad del partícipe que no desiste, que se quedaría “sin hecho” en el que participar. Lo mismo cabe decir del pensamiento de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 14, 856. *Vid.* al respecto ya: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 842, 844; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 230; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 445 (siguiéndole, MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 755). Recientemente: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 837.

todo persigue el fin de preservar la intangibilidad de los bienes jurídicos, con lo que si ésta se ha asegurado por el hecho de que el autor ha dado marcha atrás, evitándolo, se ha visto recompuesto, no es ya necesaria la intervención penal. El fundamento, pues, de la impunidad del desistimiento es uno pragmático y arraigado en la función primordial del derecho penal, de preservar los bienes jurídicos. Se explica, así, lo insatisfactorio de todos los ensayos que, yendo más allá de eso, han intentado fundamentarla en argumentos más o menos grandilocuentes²⁴⁵:

1) Así, frente al argumento que en su día se invocó por la *teoría de la política criminal*, según la cual el fundamento del desistimiento sería el de ofrecer al autor un motivo para que no continúe la progresión criminal (“a enemigo que huye puente de plata”), se objetó en seguida que, teniendo una parte de razón, p. ej., frente a quien conoce la regla del desistimiento, no sirve como fundamento en los casos en que quien desiste no lo ha hecho con ese móvil. 2) Algo semejante ocurre con la *teoría premial o de la gracia*, para la que la impunidad sería el premio o contrapartida con que se encontraría quien voluntariamente desistió, lo que, siendo en buena medida cierto, sin embargo no explica la impunidad de quien ni siquiera se ha planteado el beneficio de que su desistimiento va seguido, y, además, cuando ocurre así, ni siquiera puede hablarse de que ese sujeto que desiste haya hecho nada para merecer el premio que recibe. La propia terminología es insatisfactoria porque, como dice JAKOBS, y ya vimos, quien desiste no ha hecho nada meritorio sino restablecer un estado que él mismo perturbó. 3) Finalmente, han estado en boga recientemente teorías que retrotraen el fundamento de impunidad del desistimiento a la *menor culpabilidad* acreditada por el autor que desiste, lo que hace que la pena pierda buena parte de su *fundamento preventivo general y especial* en esos casos²⁴⁶. Estas concepciones, que globalizan demasiado indiferenciadamente injusto y culpabilidad, y que adolecen de la normal abstracción de los fines de la pena, desde luego no se compadecen con los supuestos en que quien desistió manifestó en los actos preparatorios y de tentativa realizados una considerable peligrosidad criminal.— Se explica así que el fundamento de impunidad del desistimiento estribe única y suficientemente en *el obrar para la evitación de la lesión del bien jurídico por parte de quien previamente actuó para lesionarlo*.

233 Esta conclusión revaloriza y actualiza la concepción sobre el fundamento del desistimiento que defendió MUÑOZ CONDE, *Desistimiento*, 13 ss., 36 ss., quien, tras

²⁴⁵ Vid. también las atinadas críticas a estas teorías de JAKOBS, *Estudios*, 326 ss., extensivas a la propia naturaleza de la tentativa en la que fundamentar el desistimiento de la misma. Insistiendo recientemente en este punto, en: H-Rodríguez Mourullo, 551 s., 552 ss. Vid. también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, 2, 71 ss.

²⁴⁶ Ésta es la tesis de ROXIN, *Problemas básicos* 266 ss.; *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 69 ss.

pasar minuciosa revista a las doctrinas recaídas en la materia, criticó a las llamadas teorías jurídicas del desistimiento, por inspirarse en la idea de retribución, y a las restantes teorías, orientadas a los fines del derecho penal, por fundamentar el desistimiento en una concepción del Estado más o menos gratuita, proponiendo muy certeramente, como después se ha visto, una fundamentación de síntesis según la cual tan importante es lo que el autor ha hecho para evitar el resultado como las razones de prevención general y especial que hablan a favor de su relevancia; cosas, ambas, que, de no tenerse en cuenta, además, harían incomprensible que el ordenamiento jurídico no concediese relevancia alguna al desistimiento, algo que no ocurre, al menos con la misma evidencia, en los restantes casos de comportamiento postdelictivo positivo.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Desistimiento*, 39 ss., 66 ss., que también ha hecho una excelente exposición doctrinal sobre el fundamento del desistimiento (del que dice, con razón, que está aún por aclarar plenamente), y tras criticar todas las teorías, llegando incluso a sostener que la idea de fines de la pena, lejos de justificar la impunidad del desistimiento lo que podría justificar es más bien lo contrario, debido a que el desistimiento no obsta a que con anterioridad se constituya el injusto contenido en la peligrosidad de la tentativa, fundamenta la impunidad del desistimiento en que, puesto que el injusto completo es el constituido por el delito consumado o lesión del bien jurídico, respecto al que los restantes injustos constituyen extensión, en esa misma medida, debido al principio de intervención mínima, no hay inconveniente siendo incluso plausible tener en cuenta que quien comenzó a cometer el delito e impidió después su consumación merece un privilegio punitivo, por la misma razón, pues, que no se castiga la imprudencia sin resultado o se atenúa la tentativa frente al delito consumado.— Este ensayo de fundamentación es desafortunado al menos por dos razones: 1) Porque desde la perspectiva del autor minimiza su crucial papel al compararlo con el del resultado en la imprudencia y en la tentativa, donde el azar ocupa el primer lugar. 2) Nadie comprendería que se castigase igual el delito que no se consumó por desistimiento eficaz del autor o por circunstancias ajenas a su desistimiento.

234

Sobre el fundamento de desistimiento *vid.* también: POZUELO PÉREZ, *Desistimiento y conducta postdelictiva*, 35 ss. (ampliamente); RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *CCP*, I, com. art. 3. 2 y 3, 126 ss. *Vid.* también JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 799 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *PG*, 456 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 256 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*⁵, 578 ss.; STRATENWERTH, *PG*, 298 s.; JAKOBS, *PG*, 899 ss.; BACIGALUPO, *PG*⁵, 346 s.

235

C. El desistimiento de la tentativa inacabada

Puesto que la tentativa inacabada se caracteriza porque en ella el autor todavía no ha realizado todo lo necesario para consumir el delito, es lógico que el art. 16. 2, defina inicialmente su desistimiento en términos de bastar con no continuar

236

realizando los actos que faltan, ya que con ello se asegura la no producción del resultado. De esta manera puede definirse el desistimiento de la tentativa inacabada, poniendo en relación este elemento característico y específico de la tentativa inacabada con los restantes elementos comunes a todos los supuestos de desistimiento, en los siguientes términos: El autor de la tentativa inacabada que voluntariamente ha dejado de realizar los actos necesarios para la consumación del delito, y, con ello, ha evitado efectivamente su producción que, de otra forma, se habría desencadenado, ha desistido.

237 Requisitos, pues, del desistimiento de la tentativa inacabada son: 1) La voluntad de no seguir realizando lo que falta hasta la tentativa acabada. 2) Que haya actos todavía necesarios para la consumación que se puedan llevar a cabo y, no obstante, el autor se niegue a continuar. 3) Que, con ello, efectivamente, haya evitado el resultado que, de otra forma, se habría producido.— Puesto que el primer requisito es común al desistimiento de la tentativa acabada, no presentando diferencia alguna, además de por su importancia, lo estudiaremos al final, después de ver otros requisitos que, por cierto, son presupuestos de éste, último y definitivo.

238 1. Como ya sabemos por el concepto de la tentativa inacabada (*vid. supra* XIII 141 ss.), el dolo del autor ha de corresponderse con los actos que, conforme al plan inicial, se trazó para que el delito se dé completo. Puesto que cada acto supone una concreta decisión, la ausencia de ella explica la relevancia del desistimiento en esta modalidad de tentativa²⁴⁷. *Ejemplo*: Quien tras la primera dosis, inofensiva, del envenenamiento, decide no seguir actuando, ha desistido de la tentativa inacabada.

239 Incompatible con este requisito del desistimiento de la tentativa inacabada es que, entre tanto, y en contra de lo esperado, el autor se vea sorprendido, ¡por la imprevisibilidad de todo el acontecer causal!, con que han surgido circunstancias inesperadas que le impiden continuar como él había pensado para el propósito seguido (*tentativa inacabada fracasada* o frustración impropia). En este caso, hay que distinguir: a) Si el autor contaba, ya de antemano, con esa posibilidad, habiéndose resuelto a no continuar en tal caso y volverlo a hacer en otro momento, sigue siendo posible el desistimiento, dado que éste, en el momento actual, es compatible con el aplazamiento. b) Si, en cambio, no existe la posibili-

²⁴⁷ JAKOBS, PG, 902. *Vid.* al respecto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF PG, 2, 86 ss., defensores de una tesis minoritaria en Alemania que exige renunciar al hecho concreto planificado que lesionará el bien jurídico, mientras que la doctrina dominante acoge más bien un punto de vista abstracto que contempla también la renuncia a la planificación de futuro, con consecuencias (*vid.* la casuística presentada por MAURACH/GÖSSEL/ZIPF) para las posibilidades del desistimiento.

dad de volver a intentarlo de nuevo después y/o la situación ha empeorado mucho de forma irreversible, no cabe ya el desistimiento²⁴⁸. – *Ejemplo de JAKOBS*: El francotirador que realiza diversos actos de apuntar con su mira telescópica y desiste, sin que haya cambiado sensiblemente la posibilidad de seguir apuntando y disparar, desiste de forma penalmente relevante; no en cambio, si entre tanto las posibilidades de disparar han empeorado considerablemente. – Aún más: Aplicación amplia del desistimiento, basta que quien fracasa pueda intentarlo de nuevo para que si no lo hace le ampare el desistimiento. *Ejemplo*: El autor que realizó un disparo que no alcanzó a la víctima, desistiendo de realizar uno nuevo, resulta amparado por el privilegio del desistimiento.

MUÑOZ CONDE, Desistimiento, 103 ss., después de distinguir entre tentativa fracasada propia (el autor que ha fracasado una vez no puede volver a intentarlo) y tentativa fracasada impropia (el fracaso del disparo con que el autor intentó asesinar a la víctima puede ser remediado sin grandes dificultades, con un nuevo disparo, del que se desiste), considera que si no se atiende a la representación inicial del autor sobre el cómo de la producción y a lo que realmente hizo, y sí a lo que realmente quiso hacer, puede concluirse la voluntariedad del desistimiento en el fracaso impropio²⁴⁹.

QUINTERO OLIVARES, PG³, 599 s., que acierta al criticar al TS por no haber estimado el desistimiento allí donde el autor que no pudo forzar la cerradura con una navaja pero desistió de hacerlo con la ganzúa que también portaba, yerra al estimar que no es que no quepa desistir de la tentativa imposible fracasada: intentar forzar una cerradura con una pequeña navaja no es que sea una tentativa inidónea, sino que no constituye siquiera tentativa de la que quepa desistir.

SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito, 106 ss., interpreta la tesis de JAKOBS, de admitir el desistimiento de la tentativa inacabada frustrada: antes de entregar a la víctima el vaso con el veneno, se le cae al autor de las manos al suelo, siempre y cuando el autor pueda intentarlo de nuevo con las mismas probabilidades que el intento anterior: el autor tiene a su disposición otro vaso y otra dosis suficiente del veneno; no, en cambio, en caso contrario: el autor no dispone de más veneno o sólo en dosis inferior a la necesaria; posibilidad del desistimiento de la tentativa inacabada fracasada, según JAKOBS, en interpretación de SANCINETTI, que se basaría, según este último en que, puesto que la punición de la tentativa inacabada no deja de ser una anticipación de la punición, admite lo que no deja de ser una excepción al “des-desenvolvimiento” del injusto propio del desistimiento, pues al fin y al cabo, de haber tenido éxito lo que fracasó, todavía tendría que haber seguido actuando el autor

²⁴⁸ JAKOBS, PG, 902, 906; BACIGALUPO, PG⁵, 349. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 583, hablan de la conversión de una tentativa acabada en inacabada cuando el autor se da cuenta de que para la consumación es necesario hacer algo más.

²⁴⁹ *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 486 s.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 170; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1162.

240

241

242

en aras del fin perseguido (la consumación), por lo que se justifica la excepción; lo que no es posible en la tentativa acabada, en la que bastaría con que el autor hubiese tenido una oportunidad de intentarlo de nuevo para acogerse al desistimiento, con lo que sólo podría castigarse el delito consumado.— Frente al sagaz razonamiento de SANCINETTI, cabe contraargumentar diciendo que: 1) no hay razones que justifiquen distinguir entre tentativa fracasada inacabada y acabada desde el punto de vista del desistimiento: en ambos casos el autor puede intentarlo de nuevo —lo único relevante ahora—; 2) no basta con la posibilidad objetiva de intentarlo de nuevo para que juegue el desistimiento, sino que son necesarias evidencias próximas (p. ej., facilidad de realizar un nuevo disparo no utilizada) de esa voluntad de desistir.

243

En RDPC, 16, 2005, 139 ss., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO se ha planteado la problemática de la tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo (aunque distinguiendo ambas cuestiones: cuándo la tentativa está fracasada; cuando es posible todavía desistir) de cara al desistimiento [143]. En este sentido, después de pasar minuciosa revista a la cuestión en la jurisprudencia (que evolucionó de la exigencia de un plan que incorpore la posibilidad de fracasar para darlo por tal o no, a no exigir presupuesto alguno y sí conformarse con la posibilidad de continuar el intento) [143 ss.] y doctrina (dividida entre quienes consideran el acto singular fracasado y quienes proceden a una consideración global de lo actuado) [148 ss.] alemanas²⁵⁰, se alinea con las tesis que más amplían las posibilidades de considerar a la tentativa no fracasada, lo que pasa por no exigir ni plan preconcebido que incorpore la posibilidad del fracaso con alternativa ni una consideración aislada del acto fracasado, esto es, conformándose con la falta de intensidad de la voluntad delictiva manifestada en no volver a intentar la consumación pese a ser ello posible con actos homogéneos a los anteriores y en continuidad con ellos [158 s.], con exclusión pues de los casos en que los medios todavía disponibles exijan mayor esfuerzo, su eficacia sea dudosa, el actor no repare en su existencia o el resultado alcanzable no colme sus expectativas, pero incluyendo los casos en que no se siente con fuerza para emplearlos (p. ej. estrangular a quien previamente se quiso atropellar) y aquellos en que el daño al bien jurídico sería superior al planeado (según SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, por falta de energía criminal) [161 ss.]. Y todo ello pese a reconocer el elemento azar que media en todos los casos en que se fracasó en un intento que puede volverse a acometer, lo que precisamente abre la puerta al desistimiento de la tentativa, pues al fin y al cabo aquí se salva lo que el autor ha querido: volver a la senda del derecho, lo que nunca se habría podido averiguar en caso de consumación o tentativa fracasada (que para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *vid. infra* XIII 250, cierra las puertas al desistimiento).— Todavía plantea SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [164 ss.] los casos en que el autor ha fracasado de un primer intento (disparo al policía que le persigue con dolo eventual de matarle) pero después pierde interés en intentarlo de nuevo porque entre tanto el policía ya no le persigue. Aquí, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO reconoce una posibilidad de seguir actuando, cuestionando

²⁵⁰ *Vid.* también la amplia exposición de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 74 ss.

la voluntariedad del desistimiento, al dudar de su autonomía por no poderse saber (dada la falta de interés) si ha querido volver a la senda del derecho a pesar de tener motivos para continuar delinquiendo, aunque a la postre, con una tendencia jurisprudencial alemana proclive a admitir el desistimiento en estos casos (= no seguir actuando), concluye que estos casos no basados en razones de fines de la pena (que siguen siendo operativos para el dolo directo: motivar al autor a no continuar), sí pueden basarse en razones de política criminal: evitar los obstáculos que puedan llevar a decidir el destino de los bienes jurídicos. Lo que, a su vez, no es viable en la tentativa acabada, ya que en ella el desistimiento requiere un aliciente que impulse a contrarrestar la actuación anterior, lo que no existe en estos casos.— Esta argumentación, que se complementa con la anterior de SANCINETTI (que veía dificultades para el desistimiento de la tentativa acabada en el aspecto de su comprobación objetiva), resaltando sus dificultades subjetivas: ausencia de motivos de los que derivar (presumiéndola) la voluntad de no consumación que habría llevado a hacer lo necesario para evitarla, se contrarresta con el argumento de que la voluntad de desistir no exige motivo alguno, bastando la posibilidad de seguir actuando, en su caso, repitiendo, en orden al resultado todavía no producido ni de imposible producción ya. Por lo demás, no cabe sino alabar la amplitud de la tentativa y las posibilidades del desistimiento que SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO quiere incorporar al derecho español.

Sobre la consideración global de la tentativa a los efectos del desistimiento y sobre el momento concreto del mismo, *vid.* también las pedagógicas consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 582. *Vid.* también BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CCP, com. art. 3, 15 s.; PG⁵, 348. *Vid.* también las reticencias de WELZEL, PG, 232 ss., a la consideración global, como las de STRATENWERTH, PG, 300 s., quien pese a aceptarla admite que el privilegio legal (rígido) de la total impunidad del desistimiento en estos casos puede ser excesivo.

244

Cuando el autor se niega a continuar porque cree que ha fracasado su plan (*tentativa fracasada putativa*: no frustración), sin que sea así, habrá que negar el desistimiento por falta del requisito de que la negativa a continuar sea en la conciencia de que se podía seguir actuando con posibilidades de éxito²⁵¹.— *Ejemplo de JAKOBS*: El estafador que, tras comenzar a engañar a la víctima, desiste de continuar porque ha creído que ésta se ha dado cuenta de la maniobra, cuando en realidad estaba prácticamente convencida, no está desistiendo voluntariamente, sino porque cree que el resultado no es posible debido a circunstancias ajenas a su voluntad.

245

2. La decisión de no seguir actuando en los casos de tentativa inacabada debe ser determinante de que no sobrevenga el resultado. Esta exigencia ha de ser entendida en el sentido de que, de haber continuado actuando el autor (que desiste), el

246

²⁵¹ JAKOBS, PG, 904; BACIGALUPO, PG⁵, 350. *Vid.* también BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 330; WELZEL, PG, 233; STRATENWERTH, PG, 301. Sobre la “decisión de abandonar” *vid.* la riquísima casuística de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 93 ss.

resultado habría sobrevenido (*desistimiento eficaz*)²⁵². *Ejemplo*: La dosis de veneno suministrada por el autor a la víctima ya empieza a dañar el organismo, con lo que, sumada a las que habrían venido después, y no vinieron por el desistimiento del autor, habrían causado, la suma de ellas, la muerte de la víctima.

247 Aunque, en principio, el requisito considerado parece excluir del desistimiento los casos en que consta que aun en el supuesto de haber seguido actuando el autor, el resultado no habría sobrevenido, ya que choca contra el requisito de que haya sido la evitación del resultado consecuencia de su no hacer, aspecto, éste, que el StGB alemán (§ 24. 1) contempla expresamente, extendiendo el efecto del desistimiento al esfuerzo del autor por evitar el resultado que ya no puede evitar porque una circunstancia ignorada por él lo ha evitado, puesto que el resultado no se ha producido y el autor dejó de seguir actuando conforme a su plan y el desistimiento ha sido libre, debe dársele relevancia (*desistimiento inidóneo*)²⁵³.— La cuestión es si resulta aplicable la construcción en el derecho español, donde el CP no ha previsto expresamente esta situación y sí la exigencia de que la evitación del resultado haya sido consecuencia del desistimiento del autor, lo que debe responderse afirmativamente entendiendo el requisito legal de “evitar voluntariamente la consumación del delito, desistiendo de la ejecución ya iniciada” en clave *subjetiva*²⁵⁴: Quien desiste de la ejecución ya iniciada, creyendo evitar con ello la consumación del delito (no si sabe que la consumación entretanto es ya imposible) y el delito no se ha consumado, desiste eficazmente²⁵⁵. De la misma forma que existe ya tentativa cuando el sujeto inicia la comisión del delito sin consumarlo, ni poderlo consumir *ab initio*: tentativa imposible, desiste cuando da marcha atrás y el resultado no se ha consumado, cualquiera que sea la razón por la que el resultado no se ha producido, siempre que el autor lo ignore²⁵⁶. Una vez más: papel decisivo de los conocimientos subjetivos en derecho penal.

²⁵² Vid. al respecto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 91 ss, con amplia casuística. Vid. ya MEZGER, PG, II, 236; WELZEL, PG, 233.

²⁵³ JAKOBS, PG, 904. Vid. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 585, 586; STRATENWERTH, PG, 303. En contra del desistimiento de la tentativa inidónea acabada MEZGER, PG, II, 236. Con mejor criterio WELZEL, PG, 233, 235.

²⁵⁴ CEREZO MIR, PG, III, 70 s., que quiere contemplar también este caso, lo compara con la regla del desistimiento cuando intervienen varios, que parece ampararlo. En realidad, ambas reglas contemplan casos diversos (diferencia de la que tampoco es consciente SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 143 ss., lo que le lleva a una gran confusión sobre la eficacia del desistimiento en la tentativa, en general, y las peculiaridades del desistimiento en caso de pluralidad de sujetos; *vid. infra* XIII 282 ss.). La idea de CEREZO MIR, en cambio, de fundamentar la relevancia del desistimiento en la adecuación de la conducta objetivamente *ex ante* para evitar el resultado, es acertada.

²⁵⁵ En contra CEREZO MIR, PG, III, 194, por considerar inviable la aplicación de eximentes por analogía.

²⁵⁶ Se explica así la relevancia del desistimiento de la tentativa inidónea que atormentaba a la doctrina española; *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 105 s. *Vid.* también BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (co-ords.), CPC, com. art. 3, 16.

MUÑOZ CONDE, Desistimiento, 138 ss., que admite, con buen criterio, el desistimiento de la tentativa imposible, condiciona su efecto excluyente de la punibilidad por tentativa a que la acción de desistimiento hubiera evitado el resultado de ser la tentativa idónea y no inidónea, aludiendo expresamente al caso de un desistimiento muy posterior a la acción de tentativa que, de ser eficaz, habría producido el resultado antes de intentar desistir el autor; en realidad, éste es un caso de desistimiento ineficaz por representación del autor de una situación de consumación irreversible. Por lo demás, la eficacia del desistimiento se basa en la representación de un curso causal que evite el resultado idóneo (*ex ante*), no necesariamente real.

248

ALCÁCER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba?, que argumenta, como ya se ha visto (*vid. supra* XIII 217), con criterios de imputación objetiva, que extrapola del injusto, su sede por antonomasia, al desistimiento de la tentativa, extrema los requisitos del desistimiento que eviten la conclusión del “Ende gut, alles gut”, exigiendo: 1) en aplicación estricta de la regulación del desistimiento en nuestro derecho (*vid. art.16.2: “quien evite voluntariamente la consumación del delito”*), que la acción de desistimiento, tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, haya evitado el resultado; si no es así, bien porque el resultado se ha producido (desistimiento malogrado; *vid. infra* XIII 251), bien porque ha sido otra circunstancia ajena a la acción de desistimiento la que lo evitó (desistimiento ineficaz), sigue habiendo responsabilidad por tentativa [1 ss.]; y 2) que la acción de desistimiento represente un alto grado de probabilidad de evitación del resultado, lo que le lleva a excluir la relevancia del desistimiento en el caso ya visto del torniquete en el desierto [83 s.]. Todavía juega ALCÁCER GUIRAO con otro requisito del desistimiento: el autor del desistimiento, para merecer su privilegio, ha de optimizar la acción de salvamento [60 ss., 78 ss.], requisito sumamente importante que, sin embargo, ahora no interesa. Lo relevante es que el propio ALCÁCER GUIRAO reconoce la conveniencia de superar la rigidez del CP español, sin impedir que la no evitación del resultado estando presentes los restantes requisitos del desistimiento obligue a dejar de aplicar el privilegio de la impunidad [91 ss.].

249

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPCr, 86, 2005, 65 ss., por su parte, tras rebatir la tesis de la responsabilidad por delito consumado que sostienen algunos en caso de desistimiento ineficaz de la tentativa inacabada (por su escasa atención al dolo de la concreta causalidad) [70 ss.], y tras manifestar lo artificioso de la responsabilidad por delito intentado con la atenuante de arrepentimiento, muy extendida [80 ss.], defiende la tesis de la relevancia del desistimiento ineficaz en la tentativa inacabada salvando el obstáculo de la regulación legal entendiendo que no es lo mismo consumación que delito consumado, no cabiendo dudas de que el autor que desiste en la tentativa inacabada no ha producido el resultado de la forma prevista en el tipo. En cambio, respecto al desistimiento ineficaz de la tentativa acabada [85 s.], coincide con la doctrina dominante = responsabilidad por delito consumado con atenuación por reparación del daño, ya que al fin y al cabo el dolo del autor se desarrolló completo y además, sólo después de actuar éste reparó [86 ss., 89 s.].

250

251 Más complejos son los casos del denominado *desistimiento malogrado*, es decir, aquellos en los que con los primeros actos ejecutivos del autor se ha producido o se producirá de forma inevitable el resultado, sin que aquél pueda evitarlo dejando de realizar los actos que faltaban para la consumación según su plan. Aquí, a su vez, pueden presentarse diversas circunstancias: 1) Si el autor se ha dado cuenta de lo ocurrido, puesto que sabe que la no evitación del resultado no será retrotraíble a su dejar de continuar actuando, el hacerlo no exime de responsabilidad por tentativa debido a que no hay desistimiento idóneo (ni creencia en ello), y, puesto que el resultado se ha producido de forma diversa a la prevista por el plan del autor (consumación prematura), el resultado será imputable a título de imprudencia (*vid. infra*). 2) El mismo tratamiento merece el caso donde es el autor, subjetivamente, quien ha creído que ya ha fracasado, esto es, que el delito se va a consumir anticipadamente y que él no puede hacer nada por evitarlo. 3) Si el autor, en cambio, cree que todavía puede seguir actuando en orden a la consumación y que, por tanto, con el desistimiento, evitará su producción, constelación muy semejante a la vista en el párrafo anterior (XIII 247), con la diferencia de que mientras allí no se puede producir ya el resultado aquí se ha producido entretanto, aunque faltan plenamente los elementos caracterizadores del desistimiento: la evitación del resultado y su retrotraimiento a la voluntad libre del autor, como quiera que éste no se ha representado el resultado, el resultado no es imputable a título de dolo [sí, en cambio, como *supra* 1) y 2), a título de imprudencia], quedando un resto de responsabilidad a título de delito doloso intentado, que, mientras que la doctrina mayoritaria lo estimaría suficiente para hacer responder por tentativa (pese al desistimiento ineficaz) (delito doloso consumado para quienes no creen en el efecto de inimputabilidad objetiva en los casos de consumación anticipada en la fase de tentativa), es susceptible de amparo en el desistimiento conforme a las representaciones subjetivas del autor, tal como se hacía en el supuesto contemplado en el párrafo anterior (XIII 247), tesis defendida casi en solitario por JAKOBS²⁵⁷.

252 MUÑOZ CONDE, *Desistimiento*, 144 ss.²⁵⁸, el primer autor español que se ocupó ampliamente del tema, tuvo el acierto, máxime en esa época de inspiración del derecho español en la responsabilidad por el resultado, de excluir la imputación a título de delito doloso consumado allí donde el autor no se representó un curso causal idóneo que

²⁵⁷ JAKOBS, PG, 905. *Vid.* en contra de admitir el desistimiento en casos de consumación (aunque el autor lo ignore): JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 586. *Vid.* la posición matizada de STRATENWERTH, PG, 303 (si el resultado es imputable a título de dolo no cabe la solución de la imprudencia más desistimiento de la tentativa, de JAKOBS).

²⁵⁸ *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 488; MUÑOZ CONDE/DÍAZ PITA, EPB, 585 s. Siguiendo a MUÑOZ CONDE, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 461 s. y SÁINZ CANTERO, PG, III, 171 s.

causó el resultado²⁵⁹, caso, p. ej., de la consumación anticipada; en este sentido, ciertamente, fue pionero. En cambio, por lo que se refiere al tratamiento de los casos de desistimiento malogrado (descartada la hipótesis del delito doloso consumado), donde después de pasar revista a las diferentes alternativas doctrinales y su encaje en el CP de la época, se inclina por la tesis del delito imprudente (por lo que se refiere al resultado no evitado) en concurso con la tentativa de delito doloso que el autor comenzó a cometer y quiso interrumpir mediante desistimiento, porque, según él, requisito del desistimiento es que haya evitado el resultado. Esta tesis no es afortunada, pues no es necesario que el desistimiento, para ser relevante, haya evitado real y exclusivamente el resultado, bastando con que haya representado un desistimiento idóneo *ex ante*.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Desistimiento, 80, 81²⁶⁰, en cambio, se opone terminantemente a la tesis de MUÑOZ CONDE, de querer beneficiar al autor de la tentativa acabada o frustración que realiza actos de desistimiento activo sin conseguir evitar el resultado, no compartiendo siquiera que su responsabilidad no sea por delito consumado sino por frustración con la atenuante de arrepentimiento, oponiéndose al argumento (desafortunado) de MUÑOZ CONDE, del *versari in re illicita*, inaplicable al caso, y sosteniendo además que esa solución, la de MUÑOZ CONDE, supondría una doble valoración de la tentativa de desistimiento (como contrapartida aboga en este caso de desistimiento malogrado de la tentativa acabada por la punición por delito consumado con la atenuante de arrepentimiento). A su vez, por lo que se refiere al desistimiento malogrado de la tentativa o tentativa inacabada, defiende MARTÍNEZ ESCAMILLA [93 ss.], aplicando la tesis correcta del resultado como concreción del dolo, que la penalidad habría de serlo, esta vez sí, por tentativa del delito que el autor se propuso cometer, y no cometió conforme a su plan, en concurso con el delito imprudente correspondiente al resultado que sí causó. Con rechazo de la solución alemana, propugnada además por el StGB, de permitir en estos casos el desistimiento con plenitud de efectos (también para la exclusión de la responsabilidad por tentativa).— En realidad, ambas tesis se basan en una no muy afortunada extrapolación de construcciones sobre el injusto al desistimiento. El desistimiento se guía por sus propias reglas, en cuya aplicación analógica, se puede extender la regla del desistimiento eficaz al desistimiento ineficaz.

En la línea de MUÑOZ CONDE, de atenuar sensiblemente la pena del autor en el desistimiento malogrado, se ha pronunciado ÁLVAREZ VIZCAYA, ADP, 1996, 875 ss., 889 ss. El camino que esta autora elige pasa por 1º no atenuar la pena en algunos casos que pretende MUÑOZ CONDE, como el del aviso de la colocación de la bomba al periódico, y 2º, exigir una acción de desistimiento que sustituyendo el riesgo inicial de la tentativa por otro (el que no logra evitar el resultado pese a perseguirlo), permita la atenuación por la vía de la pura tentativa: castigo sólo a título de tentativa, con exclusión de la tesis mayoritaria, del delito consumado más atenuante de arrepenti-

²⁵⁹ En el mismo sentido, siguiéndole, BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 330. *Vid.* ya JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 828

²⁶⁰ En el mismo sentido, siguiéndole ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 143.

miento, y la de MUÑOZ CONDE, de tentativa en concurso con delito imprudente más atenuación por arrepentimiento, sobre la base de que, puesto que al disvalor-acción de la tentativa ha de sumarse el disvalor-resultado del delito consumado para que el delito esté completo, en aplicación de la concepción de su maestro GÓMEZ BENÍTEZ, cabe disminuir la gravedad del injusto todavía no agotado (j) haciendo [907 s.] algo entre la tentativa y la consumación, como ocurre con el desistimiento.

255 ALCÁCER GUIRAO, AP, 2001-3, 1040 ss., ha criticado a esta autora poniendo de relieve que no cabe explicar, en contra de lo que ÁLVAREZ VIZCAYA pretende, que el riesgo creado con la tentativa (conforme a la doctrina de la imputación objetiva que ALCÁCER GUIRAO defiende: 1047 s.) quepa contrarrestarlo con el riesgo creado por la acción de salvamento, que, además, no logra evitar el resultado; alineándose con la doctrina dominante en la materia, partidaria de ver en el desistimiento malogrado de la tentativa acabada un delito consumado con la atenuante de reparación [[1052 s.]].

256 En realidad esta polémica es muestra de lo inadecuado que resulta argumentar con criterios extrapolados del injusto.

257 Para reconducir estos casos al concepto de desistimiento de la tentativa, no sólo debe modificarse el requisito de que la evitación del resultado sea retrotraíble objetivamente al desistimiento, sustituido todo por la representación subjetiva del autor, como *supra* XIII 247, sino también el requisito de que se haya evitado la misma consumación del resultado, para lo que hay que hacer una lectura, ciertamente facilitada por el tenor literal del mismo, en el sentido de que *el único supuesto en que la no evitación del resultado cierre el paso a la posibilidad del desistimiento relevante sea aquel en el que el autor se ha representado que la producción del resultado es consecuencia de su acto ejecutivo, lo que únicamente ocurre en la tentativa acabada, pero no en la inacabada, que, así, admitirá el desistimiento relevante aun en caso de producción del resultado* (desistimiento inidóneo).

D. El desistimiento de la tentativa acabada

258 El hecho de que la tentativa acabada se defina como realización por parte del autor de todos los actos que, conforme a su plan, deberían producir el resultado del delito justifica que el art. 16. 2 se refiera específicamente a su desistimiento exigiendo que el autor no sólo deje de realizar actos necesarios para la consumación, sino que realice actos tendentes a evitar la consumación de los hechos susceptibles de causarla y puestos en marcha, salidos de sus manos²⁶¹.— *Ejemplo*: El

²⁶¹ *Vid.*, muy atinadamente, RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 787 s., referido además en la a. r. a la frustración. *Vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 99, extrayendo la conclusión de que por regla general aunque no necesariamente el desistimiento de la tentativa acabada consistirá en una acción, no en una omisión.

autor, que ya ha envenenado mortalmente a la víctima, la traslada urgentemente al hospital en el espacio de tiempo que el veneno tardará en hacer efecto. Allí, tras un lavado de estómago, logran salvarle la vida. Desistimiento eficaz.

El primer caso problemático que presenta el desistimiento de la tentativa acabada es el de la tentativa que, además de acabada, ha devenido inidónea (*desistimiento de la tentativa acabada inidónea* o frustración propia).— *Ejemplo*: El autor que quiere matar de un disparo a la víctima, lo realiza, no alcanzándole; el autor, después, desiste de realizar un segundo disparo.— En estos casos, a pesar de que el injusto se da completo, a la luz de la doctrina del injusto personal, con lo que parecería que no cabe ya marcha atrás, es excesivo y desaconsejado a la luz del fundamento del desistimiento (no se olvide: incentivar al autor a no lesionar el bien jurídico) descartar la posibilidad del desistimiento, sobre todo cuando repetir la acción, como en el caso del ejemplo, es muy fácil, puede que incluso previsto en el plan del autor (que se otorgue posibilidades de fallar, y, por tanto, la necesidad de repetir)²⁶². De ahí que cuando hablamos de concepción del desistimiento como desandar el injusto, debemos entenderlo en el sentido más amplio posible, de evitar la consumación o lesión del bien jurídico (*vid. supra* XIII 214).

259

De la misma forma, es decir, con la máxima generosidad, debe resolverse el caso donde el peligro desencadenado con la tentativa acabada es tan grande que el autor no puede asegurar con lo que haga la evitación de todos los riesgos que previamente desencadenó. En estos casos, deben ponderarse los riesgos creados con los atajables, debiéndose huir de cerrar demasiado pronto la posibilidad del desistimiento, pues por ese camino, dado que nunca existe la seguridad absoluta de contrarrestar un peligro, los límites al desistimiento se ampliarían desmesuradamente²⁶³. En el ejemplo utilizado por JAKOBS²⁶⁴, para defender su tesis contraria al desistimiento en estos casos, el de quien ha intentado matar causando lesiones muy graves, que según él obligan a calificar los hechos de tentativa de homicidio más lesiones graves, no tiene en cuenta que ya la punición de las lesiones graves incluye, por eso son graves, riesgos elevados de muerte, que no deben ser contabilizados también para desestimar el desistimiento de la tentativa de homicidio. Por tanto, el esfuerzo por anular los peligros desencadenados, puede ser suficiente para estimar el desistimiento²⁶⁵.— La cuestión cambia cuando el

260

²⁶² En el mismo sentido, ya JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 824; BACIGALUPO, PG⁵, 349, 350: desistimiento de la tentativa inidónea.

²⁶³ Según MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 100, basta con que el autor haya previsto una condición de las muchas que evitan el resultado.

²⁶⁴ JAKOBS, PG, 909 ss.

²⁶⁵ *Vid.* al respecto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 101.

autor ha creado varios riesgos claros y no hace o no puede hacer nada por evitar alguno de ellos, aun en el caso de que fortuitamente ese riesgo no haya desembocado en el resultado (entonces tentativa). *Ejemplo de JAKOBS*²⁶⁶: Quien, para asegurar el homicidio, envenenó a la víctima y además la arrojó al mar, no desiste si le lanza un salvavidas pero no hace nada, o no puede hacerlo, para extraerle el veneno: tentativa de homicidio si la víctima no muere y homicidio si muere.

261 Por lo que se refiere al *desistimiento malogrado*, al igual que ocurría con la tentativa inacabada (*vid. supra* XIII 251), en virtud del requisito común a ambas, de que con su característico no continuar actuando o actuación en contrario, respectivamente, se haya evitado la consumación del delito, entendida como causación del resultado de la forma prevista por el autor, cabe la posibilidad de extender, aunque la ley no lo diga expresamente, al autor de la tentativa acabada que desconoce su inidoneidad el privilegio del desistimiento si, entre tanto, se ha esforzado por evitar el resultado conforme a su representación, siempre y cuando haya actuado con seriedad respecto a los elementos que, de ser ciertas sus suposiciones, habrían sido necesarios y suficientes para evitar el resultado²⁶⁷.

262 Con buen criterio, STRATENWERTH, PG, 307, sostiene que no deja de jugar el privilegio del desistimiento en la tentativa acabada por el hecho de que hayan sido otras las circunstancias ajenas a la voluntad de desistir del autor las que evitaron el resultado si conforme a su representación hizo lo que lo habría evitado desconociendo él su imposibilidad (anterior o sobrevenida); y, no con tan buen criterio [306 s.], que si el autor hizo todo lo que estaba en sus manos para consumir el delito (tentativa acabada) dolosamente, y después se esmera en evitarlo sin conseguirlo (puede que propiciando él mismo su producción: al trasladar al herido al hospital causa un accidente mortal), responderá por delito consumado (según STRATENWERTH el desvío será la mayor parte de las veces inessential) (dudoso) lo que vuelve a cambiar cuando, no esmerándose demasiado, aunque siempre que le sea imputable: STRATENWERTH piensa en casos como el de ALCÁCER GUIRAO, del torquete, lo consigue (correcto).

E. La voluntad libre del desistimiento

263 Según la definición del art. 16. 2, la evitación del resultado característica del desistimiento ha de tener su origen en un acto *voluntario*. Con este requisito, aña-

²⁶⁶ JAKOBS, PG, 911.

²⁶⁷ Sobre toda esta problemática *vid.* convincentemente JAKOBS, PG, 911 ss. De otro parecer, MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 751, aunque termine por proponer muy certeramente, en estos casos, la aplicación de la norma del desistimiento por analogía *in bonam partem*. Muy restrictivos MAURACH/GÖSEL/ZIPF, PG, 2, 102.

dido a los anteriores, que serían el presupuesto fáctico de este fundamental²⁶⁸, del desistimiento, lo que se exige es que el autor evite la consumación de un modo en el que predomine como motivación de su actuar la voluntad espontánea de volver a la senda del derecho²⁶⁹. De ahí que sus mayores problemas, como se verá a continuación, surjan en aquellos casos en que esa vuelta a la senda del derecho esté muy condicionada por un motivo que el derecho penal no pueda aprobar a estos efectos²⁷⁰.

Puesto que la decisión de desistir siempre tendrá un motivo, o varios, no pudiéndose pretender que la exigencia de voluntariedad opere al modo de un imperativo categórico²⁷¹, hay que distinguir entre motivos compatibles con la libertad del desistimiento y motivos incompatibles con esa libertad, debiéndose admitir que se trata de una cuestión axiológica respecto a la cual hay que pensar en casos dudosos y en hacer una interpretación generosa del requisito²⁷².

264

MUÑOZ CONDE, Desistimiento, 69 ss., 79 ss., 83 ss., 88 ss., 96 ss., 122 ss., después de realizar una excelente exégesis de los términos “causa independiente de la voluntad del agente” y “libre y voluntario desistimiento”, que obligan a concluir que sólo será involuntario el desistimiento cuando el agente se vio ante la “*imposibilidad absoluta de seguir actuando*”, y de acudir a la regulación legal de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, como criterio heurístico, que obligaría a experimentar un “*sentimiento moral elevado*”, conclusiones ambas insatisfactorias²⁷³, se apresta a, tras situar el problema entre los extremos representados por la exclusión del desistimiento en los casos de imposibilidad absoluta y su plena eficacia en caso

265

²⁶⁸ El intento de ALCÁ CER GUIRAO, ¿Está bien lo que bien acaba?, 153 ss., de objetivar el desistimiento, configurándolo con criterios axiológicos extraídos de la doctrina de la imputación objetiva, con independencia de su valor intrínseco, no puede servir, en contra de lo que él pretende, sin demasiada fe, para objetivar el elemento de la voluntariedad característico del desistimiento que en la tentativa acabada no aportaría nada (salvo quizá excluirlo, el desistimiento, cuando la acción de salvamento la realizó coaccionado). La voluntariedad del desistimiento no es el elemento subjetivo del desistimiento (en contra de lo que también, al igual que ALCÁ CER GUIRAO –al menos terminológicamente–, entiende POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictiva, 125) sino el motivo de la acción dirigida subjetiva y objetivamente a evitar el resultado.

²⁶⁹ Sobre lo definitivo del desistimiento, distinguiendo entre renuncia al fin (relevante) y renuncia a los medios (irrelevante), siguiendo a CARRARA, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 826.

²⁷⁰ Sobre los términos “circunstancias independientes de la voluntad”, *vid.* también POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictual, 129 ss.

²⁷¹ Atinadamente CEREZO MIR, PG, III, 194.

²⁷² QUINTERO OLIVARES, PG³, 598, avisa, muy oportunamente, sobre la tendencia restrictiva del TS a la hora de estimar el desistimiento, debido a la confusión reinante sobre su concepto y sus casos. *Vid.* también la amplitud de criterio de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 584 s.

²⁷³ *Vid.* las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 99, 133, contrarias a extrapolar al desistimiento de la tentativa y de la frustración los argumentos éticos del arrepentimiento posterior a la consumación. Así ya QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 230. *Vid.* también GIMBERNAT ORDEIG, PG, 111.

de sentimiento moral de arrepentimiento, pasar revista a los intentos doctrinales, teóricos, de dilucidación de la voluntariedad²⁷⁴, que están representados por las posturas extremas de FRANK²⁷⁵, que se conforma con estimar la voluntariedad cuando hubo posibilidad de seguir actuando para el fin que el agente se propuso, y BOCKELMANN, que exigiría que el motivo que llevó a desistir pueda ser uno asumido por el ordenamiento jurídico, añadiendo todavía el criterio de ROXIN, que sitúa la problemática de la voluntariedad del desistimiento en la razonabilidad del delincuente: sólo cuando seguir actuando sería racional es el desistimiento voluntario²⁷⁶, no cuando la decisión de seguir actuando sería irracional para cualquier otro en su lugar, posturas, todas, que MUÑOZ CONDE desecha porque contemplan sólo aspectos parciales del problema, llegando a la conclusión de que su solución requiere más bien una consideración global, que obliga a distinguir entre el aspecto psicológico del desistimiento, en el que la imposibilidad final de continuar actuando es causa de involuntariedad (el shock psíquico o la impotencia que impide la consumación de la violación, p. ej.) y su aspecto valorativo, circunscrito a los motivos que llevaron a desistir allí donde no hubo imposibilidad física de continuar, a cuyos efectos distingue a su vez MUÑOZ CONDE entre²⁷⁷: 1) motivos éticos, que hacen siempre voluntario al desistimiento, 2) miedo, que puede serlo a) a la pena en general, en cuyo caso el desistimiento es voluntario²⁷⁸, b) a la pena en concreto, bien en el sentido de ser descubierto con seguridad, de seguir actuando, en cuyo caso el desistimiento es involuntario, bien en el sentido de que le importe o no al agente su descubrimiento porque p. ej. está ya identificado por la policía, en cuyo caso es voluntario el desistimiento, salvo que vaya a ser apresado irremisiblemente, bien porque existe la posibilidad de ser atrapado posteriormente, aspecto en el que la doctrina está dividida, inclinándose MUÑOZ CONDE, siguiendo a ROXIN, por negar la voluntariedad del desistimiento en este caso (los gritos de la víctima, p. ej., pueden atraer a la gente), c) miedo a la propia realización del delito, en cuyo caso, si se trata de peligros sobrevenidos con los que no contó el agente, el desistimiento es involuntario (desistimiento de actuar dada la corpulencia de la víctima, p. ej.), d) miedo a causar un mal de mayor gravedad que el previsto, los autores, p. ej., deciden desistir del aborto dado lo avanzado de la gestación, que puede suponer un peligro añadido para la embarazada, en cuyo caso el desistimiento es voluntario. 3) Motivos interesados, o posibilidad de lograr el mismo

²⁷⁴ *Vid.* también al respecto, ampliamente, POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictiva, 137 ss., inclinándose por la normativización [214].

²⁷⁵ Siguiéndole WELZEL, PG, 233.

²⁷⁶ En Problemas básicos, 248 ss., aborda ROXIN la cuestión de la voluntariedad del desistimiento de la tentativa, contraponiendo las tesis psicológicas a las tesis normativas sobre su fundamento, acuñando él desde una posición normativa una que requeriría el deseo firme de la vuelta a la legalidad, a no confundir con la mera inutilidad de continuar actuando desde la óptica de la “profesión criminal” [254], aprovechando la ocasión para criticar a la doctrina dominante que se conforma con que el delincuente dejase de violar porque la víctima consintió en yacer después [256].

²⁷⁷ *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 487.

²⁷⁸ *Vid.* ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 136; PUIG PEÑA, PG, II, 268; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 611s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 445.

objetivo porque la víctima promete entregarse después, que al parecer de MUÑOZ CONDE no merecen el privilegio del desistimiento²⁷⁹.

Al sostener sagazmente QUINTERO OLIVARES, PG³, 600, que el desistimiento es voluntario cuando de forma semejante a lo que ocurre con el *iter criminis* el autor puede seguir actuando = no se detiene la tentativa, en realidad lo que está es siguiendo a FRANK, esto es, la teoría psicológica del desistimiento. **266**

Aunque MARTÍNEZ ESCAMILLA, Desistimiento, 25, confiese que su concepción puramente psicológica del desistimiento no es novedosa, inspirándose en la de ZU DOHNA, sí lo es el hecho de que se oponga rotundamente a recortarlo con criterios normativos, del tipo valoración de los motivos. Para ejemplificarlo, sostiene que quien se propuso no asesinar a la mujer a quien le habían encargado asesinar, por su extraordinaria belleza y la esperanza de seducirla, no puede verse privado del privilegio del desistimiento, dado que la redacción legal se conforma con un criterio puramente psicológico y objetivo de poder seguir actuando. Recortes al desistimiento de índole valorativa de los motivos requerirían una intervención del legislador [24]²⁸⁰. Sólo cuando se trate de un impedimento psíquico absoluto: el asesino en el momento de proponerse disparar observa el extremado parecido de la víctima con su padre, lo que le impide disparar [23], o de impedimento objetivo también absoluto: los útiles para el robo son totalmente inadecuado, el violador no experimenta la erección, etc. [24]; sólo en esos casos, el desistimiento ha sido involuntario. MARTÍNEZ ESCAMILLA considera que en muchos casos ese criterio puramente psicológico coincidirá con el de la racionalidad de los motivos de ROXIN, pero no puede comprender que ya se decida la involuntariedad del desistimiento, en contra de lo que quiere ROXIN y quienes le siguen, cuando el violador renuncia a violar porque la víctima le ha prometido entregarse después [26 ss.]. Con interesantes consideraciones sobre el tratamiento de esta problemática en la jurisprudencia del TS [30 ss.]. **267**

Una buena exposición sobre la naturaleza psicológica o axiológica del desistimiento en el debate doctrinal actual puede verse en MIR PUIG, PG⁵, 358 ss. *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 194 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 100 ss, 133, a favor de introducir elementos valorativos en la voluntariedad del desistimiento; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 811 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 103 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 267 s.; STRATENWERTH, PG, 304; JAKOBS, PG, 917 ss. (excelente). **268**

Así, son casos claros de motivos compatibles con la libertad del desistimiento, los siguientes²⁸¹: **269**

²⁷⁹ *Vid.* también siguiéndole OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 459 s.

²⁸⁰ En esta línea ya MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 752 s.

²⁸¹ Sigo a JAKOBS, PG, 920 ss., en lo fundamental.

270 1. Aquellos en los cuales no están presentes circunstancias ajenas al autor y que puedan condicionar el propósito delictivo en su realización más concreta²⁸². De ahí que pueda ser un motivo válido el simple capricho del autor, que ya no tiene más interés (incluido el olvido) en consumar el delito²⁸³, los remordimientos de conciencia, e, incluso, la decisión de cometer delito distinto al inicialmente previsto²⁸⁴, lo que, por cierto, evidencia que el motivo relevante no está impregnado éticamente²⁸⁵.

271 Como problema de lo definitivo del desistimiento, MUÑOZ CONDE, Desistimiento, 112 ss.²⁸⁶, ha estudiado el del violador que desiste de violar porque la víctima ha prometido entregarse después. Para resolverlo, propone MUÑOZ CONDE, en primer lugar, proceder conforme a una consideración concreta, no abstracta, según la cual hay que colocarse en el momento de actuar, y en ese momento, ciertamente, se ha desistido de continuar; ahora bien, ello no quiere decir que el desistimiento haya sido voluntario, para lo que es necesario acudir al proceso de motivación que lleva a desistir, ámbito en el que hay que plantear si en un caso como el de la violación hubo abandono del primer hecho o existe más bien una conexión temporal y espacial constitutiva de unidad natural de acción, pues en el segundo caso no cabe hablar de desistimiento, si p. ej. el agente deja en el lugar de los hechos los útiles del robo que continuará mañana, cuando no haya gente en la casa²⁸⁷.

272 2. Cuando el motivo para desistir obedece a una causa externa²⁸⁸, hay que distinguir a efectos de tenerlo por relevante o irrelevante de cara al requisito de la voluntariedad. Así:

273 a. No excluye la voluntad libre de desistimiento el miedo a ser descubierto. Sólo se excluirá cuando el autor, una vez comenzada la tentativa, descubre una circunstancia que aumenta casi hasta la seguridad que va a serlo²⁸⁹. – *Ejemplo*: El

²⁸² *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 230; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 62; BACIGALUPO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), CCP, com. art. 3, 16; PG⁵, 349.

²⁸³ *Vid.* JAKOBS, PG, 904.

²⁸⁴ En contra STRATENWERTH, PG, 306.

²⁸⁵ *Vid.* también BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 329.

²⁸⁶ *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 486 s. y siguiéndole SÁINZ CANTERO, PG, III, 171.

²⁸⁷ Distinguiendo JAKOBS, PG, 903. *Vid.* ya MEZGER, PG, II, 232; WELZEL, PG, 234 s. Negando la voluntariedad del desistimiento en casos de aplazamiento: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 137; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 53s.) dice muy gráficamente que es “inmoral” admitir el desistimiento de quien dejó de robar la caja fuerte forzada porque esperó al día siguiente a que hubiera más dinero dentro. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 302 s. *Vid.* Por el contrario la posición más favorable al desistimiento en caso de interrupción de una tentativa luego continuada, de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 583.

²⁸⁸ Sobre la “causa externa” como motivo del desistimiento y su efecto *vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 108 ss.

²⁸⁹ Así también QUINTERO OLIVARES, PG³, 597 s. Ya: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 136; WELZEL, PG, 233.

autor de la violación, descubre, una vez iniciada ésta, que la víctima no es una desconocida sino alguien que le conoce perfectamente y le identificará²⁹⁰.

b. No estamos ante un desistimiento voluntario de cometer el delito cuando su comisión se interrumpe una vez que al autor le ha sobrevenido una incapacidad física o psíquica absoluta de continuar cometiéndolo; sí, en cambio, cuando el desistimiento ha venido precedido de una alteración psíquica originada por la circunstancia externa que influye somáticamente, como el temblor.— *Ejemplo*: Quien tiembla en el momento de disponerse a realizar el disparo homicida o pierde la *potentia coeundi* antes de consumar la violación, por el estado lastimoso de la víctima, puede haber desistido voluntariamente. **274**

c. Cuando surgen dificultades (que no es lo mismo que la imposibilidad²⁹¹, en cuyo caso estamos ante los supuestos ya vistos de imposibilidad del desistimiento de la tentativa fracasada) para continuar realizando la misma acción inicialmente propuesta que debe ser cambiada por otra para realizar el propósito más semejante, JAKOBS ha propuesto la muy interesante solución siguiente: **275**

1) Cuando la única forma de poder seguir actuando en orden a conseguir el propósito inicial pasa por realizar mayor injusto y culpabilidad que el planeado inicialmente, el desistimiento es involuntario. *Ejemplo*: Cuando el autor se ha propuesto cometer un hurto, pero en un momento determinado no puede conseguir el apoderamiento sin emplear violencia (robo), el desistimiento es involuntario: tentativa de hurto; **276**

2) Cuando es neutro o incluso disminuye el injusto y la culpabilidad, el desistimiento es voluntario²⁹²; **277**

3) El principio seguido, involuntariedad cuando continuar aumenta el injusto y la culpabilidad, vale también para la tentativa acabada. *Ejemplos*: El asesino salva a la víctima envenenada cuando ésta comienza a sufrir grandes dolores por el envenenamiento = desistimiento involuntario, porque los sufrimientos aumen- **278**

²⁹⁰ Vid. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 585, 587 s., con interesantes consideraciones sobre la relevancia del descubrimiento a los efectos de descartar el desistimiento.

²⁹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 103 s., 133 s., que distingue entre impedimento absoluto, en el que no cabe desistimiento, e impedimento relativo, en el que hay que distinguir, anticipando soluciones como las que siguen. Vid. también ANTÓN ONECA, Derecho penal, 445.

²⁹² RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 105, cita un ejemplo de desistimiento voluntario cuando el mal causado es igual: A lanza al mar a B para que se ahogue; después y, arrepentido, lo salva, arrebatándole al salvavidas a C, que por ello muere ahogado: homicidio consumado de C; desistimiento de la tentativa de homicidio de B.

tan el injusto y la culpabilidad (ensañamiento). El homicida salva a la víctima que arrojó al agua para violarla = desistimiento voluntario.

279 d. La misma solución propone JAKOBS para los casos en que el autor constata que puede conseguir el mismo fin sin necesidad de seguir cometiendo el delito. En tal caso el desistimiento será involuntario si no puede sumar ambos resultados, ya que entonces optar por el delito es más grave para él: realizar un injusto y una culpabilidad frente a no realizarlos. *Ejemplo*: La víctima de la violación accede al instante al yacimiento²⁹³. Cuando, en cambio, puede acumularlos, el desistimiento es voluntario, siempre que con ello no aumente el injusto y la culpabilidad. *Ejemplo*: Quien intenta cometer un robo en una administración de lotería comprueba que le ha tocado el gordo = desistimiento voluntario. Si el autor, en cambio, acometió el robo por necesidad y comprobó después el premio que había obtenido, su desistimiento ha sido involuntario, pues el robo por necesidad habría disminuido su culpabilidad.

280 Frente a este parecer tan elaborado, debe hacerse alguna objeción correctora. En este sentido, no debe bastar con la diferencia de injusto y culpabilidad legal en abstracto, sino que el criterio, que es válido, debe completarse con el criterio según el cual sólo anulará la voluntariedad del desistimiento el elemento agravante de injusto y culpabilidad que, para producirse, necesita de un nuevo actuar delictivo del autor, no aquél que se desencadena sin necesidad de que el autor siga actuando delictivamente. De esta manera, casos que JAKOBS excluye de la voluntariedad del desistimiento, como el del acceso al yacimiento de la mujer, la tentativa acabada de asesinato o el robo iniciado por necesidad, anteriormente aludidos, pueden volverse a incluir en su ámbito²⁹⁴.

281 POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictual, 252 ss., por su parte, propone una clasificación de los casos que cuando menos tiene la virtud de sistematizar una materia tan heterogénea, resbaladiza y polémica como ésta. De más clara voluntariedad a menos clara ubica POZUELO PÉREZ los siguientes casos: 1) Desistimiento por convicción interna; 2) Desistimiento por pérdida de interés; 3) Desistimiento por riesgo de ser descubierto; 4) Desistimiento por coacción, de los que el último es el más problemático, y para el que POZUELO PÉREZ, siguiendo a JÄGER,

²⁹³ En este sentido, de negar voluntariedad al desistimiento en estos casos, ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CP, I, com. art. 3. 2 y 3, 137. Por el contrario, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 583, ponen de relieve cómo la jurisprudencia alemana, en contra de la doctrina, admite desistimiento en estos casos (de no emplear violencia para el acceso carnal). *Vid.* las interesantes consideraciones matizadas de WELZEL, PG, 234, sobre la mujer que accede al yacimiento.

²⁹⁴ *Vid.* también las consideraciones en la materia de STRATENWERTH, PG, 304 s., que en la línea del TS alemán, huye de soluciones drásticas, del tipo motivos autónomos y heterónomos, prefiriendo hablar de grados para referirse a que los peligros o desventajas de continuar sean desproporcionados en comparación con las ventajas de hacerlo.

propone extrapolar los criterios del estado de necesidad que, entre otras cosas, permite ponderar el mal que amenaza al autor si decide continuar actuando y el bien al que renuncia si deja de hacerlo como consecuencia de la continuación de su comportamiento, etc. Todo lo cual le lleva a concebir la voluntariedad del desistimiento como “imputación personal de la no consumación del delito” [261], reduciéndose así el ámbito del desistimiento voluntario.— Merece la pena continuar discutiendo propuestas como ésta.

F. El desistimiento del partícipe (incluida la participación intentada). Remisión

El art. 16. 3 incluye por primera vez en nuestro derecho una regla específica, complementaria de las contenidas en los párrafos 1 y 2, del desistimiento para los casos en que en el delito intervengan una pluralidad de personas, como autores y/ o como partícipes²⁹⁵.— El fundamento de esta nueva norma estriba en que cuando intervienen en el delito una pluralidad de personas, y no un autor único, supuesto más simple en el que piensan los párrafos anteriores²⁹⁶, no basta con centrar en lo que a su conducta respecta lo exigible de cara a evitar la consumación en que consiste el desistimiento, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes²⁹⁷. **282**

Precisamente, la mayor peculiaridad del desistimiento del partícipe, que consiste, como el propio art. 16. 3 establece expresamente, en que no es requisito de su estimación, a diferencia de lo que ocurre en los párrafos anteriores, la evitación mediante el desistimiento de la consumación del delito, bastando con “intentar impedir, seria, firme y decididamente, la consumación”, estriba en que, por intervenir en los hechos otras personas que libremente se proponen cometer el delito, es muy posible que, por más que haga quien desiste de participar, no logre que quien se mantiene en su propósito consume el delito, no debiendo aquél, quien desiste, verse perjudicado por lo que es una decisión inquebrantable de cometer el delito. El partícipe, pues, desiste con efectos eximentes cuando, eso sí, antes de consumarse el delito, deja de ejecutar su parte, si todavía quedaba **283**

²⁹⁵ Sobre esta problemática *vid.* ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 133.

²⁹⁶ Esto no lo ven claro (la muy diferente naturaleza del desistimiento del art. 16. 3, respecto al autor único de los números 1 y 2) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 285 s. Con mejor criterio, aunque de forma inexacta, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 488, asocian la nueva regla del art. 16. 3, con el desistimiento malogrado.

²⁹⁷ De tener en cuenta la solidarización con el quebrantamiento de la norma por otros partícipes habla JAKOBS, PG, 914, para justificar la especificidad de este desistimiento frente al común (de autor único). *Vid.* también, muy atinadamente, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 427, 428 s.

algo de ella por realizar, y se esmera en evitar la consumación²⁹⁸, p. ej., denunciado los hechos para que la policía intervenga, si es todavía posible, o tratando de influir psicológicamente sobre quienes todavía han de realizar su participación, etc.

284 A los efectos de esta regla específica del desistimiento, los varios sujetos que intervienen a que se refiere, incluye no sólo al inductor y al cómplice, sino también al coautor. E, incluso, a los que intervienen en los actos preparatorios de la participación: conspiración y proposición²⁹⁹. Las posibles peculiaridades del desistimiento de cada un de estos intervinientes deben reservarse al estudio de cada una de las figuras.

285 En su excelente y pionero estudio sobre el desistimiento del conspirador, FARRÉ TREPAT, ADP, 1992, 711 ss., ya sostuvo la tesis de que aunque no lo previera el legislador expresamente, la regla del desistimiento de la tentativa del art. 3 a. r. era extensible por analogía al conspirador, siempre y cuando se tuvieran en cuenta algunas peculiaridades derivadas del hecho de que éste es un caso de pluralidad de intervinientes, siendo así que la regla expresa del art. 3 pensaba en el autor único (por eso la aportación específica de FARRÉ TREPAT al desistimiento del conspirador ha sido tenida en cuenta por quienes posteriormente se han ocupado del desistimiento de cualquier partícipe) [719].— Para ello, después de pasar revista a las distintas posibilidades de establecer requisitos para el desistimiento del partícipe, en su caso el conspirador [719 ss.], llega a la conclusión de que el desistimiento del conspirador exige, pero basta con ello, “que anule por completo su aportación anterior” [724], no bas-

²⁹⁸ Vid. ya en este sentido BLECUA FRAGA, CPCr, 20, 1983, 331. Ya antes JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 85 s.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 3, 67, quien, acertadamente, además, justificaba muy bien porqué no merece el privilegio de la impunidad quien desistió de continuar, pero no impidió que los demás aprovecharan su aportación anterior para intentar consumir el delito sin conseguirlo. Vid. las muy atinadas consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 591 ss., sobre lo exigible (y sus límites) del desistimiento en estos casos; JAKOBS, PG, 915 s., pone de relieve muy acertadamente que a veces el mero no seguir actuando del partícipe (la desolidarización) puede ser suficiente para el desistimiento del partícipe; acertadamente también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 426 s.

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 145 s., que no los considera incluidos en la regla del art. 16. 3, que habla de “desistimiento de una ejecución ya iniciada”, desearía verlos regulados a través de regla específica del mismo tenor que los restantes casos de pluralidad de sujetos (con el mismo criterio ya MIR PUIG, citado por SILVA SÁNCHEZ). GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 267 s., que lo propicia (la posibilidad del desistimiento de quienes intervienen en los actos preparatorios), cree sin embargo necesario acudir para ello a la aplicación de esta norma por analogía (es decir, a quienes inicialmente no son abarcados por el tenor literal de la norma). Admiten el desistimiento de la tentativa de participación por un argumento *a maiore ad minus*, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 377. Vid. también JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 806. Vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 302, que habla muy certeramente de que el desistimiento de los actos del art. 16 puede exigir algo más que la anulación de su contribución; y, de forma no tan certera, huye de asimilar el desistimiento de esos actos al de los partícipes en el delito, por entender [979 s.] que el “desistan de la ejecución ya iniciada” sólo puede hacerlo el cooperador ejecutivo que, además, anule su contribución a la lesión del bien jurídico, lo que a veces es posible sin impedir la consumación.

tando lo que sostiene otra doctrina defendida en España, que se conforma con que el conspirador se esfuerce en esa línea.— Como consecuencia de esta premisa, contempla los siguientes grupos de casos [729 ss.]: 1) Si el conspirador anula su aportación, tanto en el caso de que con ello evite también la consumación del delito, como si no, él queda impune, aun en el caso, en esta última variante, en que hubiese podido evitar también el resultado sin riesgo alguno de su parte o denunciando el delito [731]. 2) Si el conspirador no logra neutralizar su aportación ni evitar el hecho, continuando la actuación de los restantes intervinientes, el intento de desistimiento del conspirador no anula su responsabilidad por el hecho principal a título que corresponda (coautor o partícipe), considerando que, aunque simpatiza con ello, *de lege lata* no es posible conformarse con el mero esfuerzo, dado que el derecho español, según FARRÉ TRÉPAT, concede relevancia al disvalor-resultado, evidenciada en la relevancia que concede al hecho de que el sujeto “tenga o no suerte” de que sobrevenga el resultado, como corrobora la frustración.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Desistimiento, ha sido la primera autora que en España ha desarrollado ampliamente el problema del desistimiento del partícipe. Comenzando con el del cómplice y el inductor, que MARTÍNEZ ESCAMILLA hace extensivo al coautor, aunque en el momento en que ella escribe no estaba contemplada expresamente su punibilidad en el CP, llega a la conclusión de que si está prevista la del autor, quien realiza lo más en el delito, sería incoherente no admitirlo también en el partícipe [109 ss.].— Por lo demás, MARTÍNEZ ESCAMILLA ha hecho un estudio minucioso y muy esclarecedor de las distintas alternativas existentes en orden a los requisitos del desistimiento del partícipe [115 ss.]. Sin poder entrar ahora en mayores detalles (la crítica de las teorías por ella desechadas es excelente), de las tres posibilidades extremas: 1) la que exige que el partícipe evite la comisión del delito; 2) la que se conforma con que el partícipe neutralice su aportación al delito, anulando el peligro de consumación que supone su acto de participación; 3) la que se conforma, pero lo exige, con el serio esfuerzo por parte del partícipe por evitar la comisión del delito, aunque no lo consiga (prevista ya en los proyectos de reforma del CP existentes cuando MARTÍNEZ ESCAMILLA escribe), se inclina la autora por la segunda alternativa, pues sólo ella es coherente con la tesis de la responsabilidad por los propios actos, y los de participación se caracterizan muy bien por el aumento de peligro de que se consume el delito.— Por su parte, por lo que se refiere al desistimiento de quienes realizan actos preparatorios de la participación, conspiración, proposición y provocación, después de hacer un excelente estudio crítico sobre la naturaleza jurídica de estos actos [142 ss.], fundamenta MARTÍNEZ ESCAMILLA la relevancia de su desistimiento al igual, con mayor razón, que el del partícipe en el delito comenzado a ejecutar, en la menor gravedad de sus actos respecto a los del autor; por lo que si se justifica su desistimiento eximente de punibilidad, lo estará también el de estos sujetos, excepción hecha de la provocación pública, por su naturaleza especial de peligro muy genérico y diferido de que se cometa el delito. En cuanto a los requisitos del desistimiento del conspirador, el proponente y el provocador privado a inducción intentada, aplica, adaptándola a sus peculiaridades, su tesis de que basta con que reti-

ren su aportación, que, por cierto, al estar basada fundamentalmente en la influencia psíquica sobre otro u otros, exigirá un comportamiento activo, del tipo p. ej., para la conspiración, de hacer llegar a los demás su renuncia a seguir actuando en el futuro [157 s.].— Concluye la autora su estudio de esta problemática con una crítica rotunda a lo que después ha sido la regulación del desistimiento del partícipe en el CP de 1995 [173 ss.].— A MARTÍNEZ ESCAMILLA hay que objetarle: Nadie entendería que quien ha participado en una tentativa de asesinato, p. ej., pueda desistir retirando su aportación si, además, no evita el asesinato, lo que todavía es posible, p. ej., avisando a la policía.

287

A pesar del obligado reconocimiento al mérito de la doctrina que con anterioridad a 1995 se ocupó de este tema, proponiendo la aplicación por analogía de la norma del desistimiento entonces vigente referida exclusivamente al autor, aquella doctrina, que se debatía entre exigir que el desistimiento del partícipe habría de evitar el resultado para alcanzar relevancia, tesis de MARTÍNEZ ESCAMILLA (quien había seguido a FARRÉ TREPAT, como MIR PUIG, PG³, 361, con FARRÉ TREPAT y MARTÍNEZ ESCAMILLA; en el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 143 ss.), o conformarse con la anulación de la propia aportación al delito del partícipe aunque no lo evitase, tesis de GÓMEZ RIVERO, referida a la inducción (Inducción, 316 ss.)³⁰⁰, no acertaba con el fundamento del desistimiento ni agotaba todas las posibilidades de configurar el del partícipe: De la misma manera que el desistimiento del autor obliga a que aquél ataje consecuencias de su actuar no previstas por él en el momento de actuar delictivamente (*vid. supra* XIII 210), habrá de esmerarse el partícipe por atajar efectos derivados de lo que otros hicieron a partir de lo que él aportó, limitando el CP de 1995 el esfuerzo exigido del partícipe a lo humanamente posible, pero desde luego exigiendo algo más que la mera retirada o anulación de su aportación³⁰¹.— *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto de QUINTERO OLIVARES, PG³, 601, con alusión

³⁰⁰ Le sigue M^a LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997, 287 ss. GÓMEZ RIVERO, además, APen, XV, 1995, 201 ss., ha estudiado el desistimiento de la conspiración, llegando a la conclusión de que este sólo requiere “*que los demás conspiradores en el momento previo al comienzo de la fase ejecutiva conozcan que no cuentan con la voluntad delictiva de aquél*” [211], lo que a su vez debe distinguirse de la aportación adicional que haya hecho como cómplice o cooperador necesario [216], que puede quedar subsistente.

³⁰¹ El parecer de VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 15-16, 101 s., según el cual para que sea relevante el desistimiento del partícipe es preciso que: 1) se pueda hacer algo para evitar la consumación, y 2) su intento aún no haya acabado, de manera que si falta alguno no se produce en puridad el efecto del art. 16. 3, aunque si logra evitar la consumación después de actuar puede todavía ser alcanzado por el privilegio (*ratio* del precepto), con lo cual se ha creado un problema imaginario (aunque resoluble por interpretación), es sólo un “problema” para quienes, como VIVES ANTÓN, distinguen entre desistimiento y arrepentimiento activo (lo mismo cabe decir del parecer de JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 16, 806 ss., quien por lo demás realiza excelentes consideraciones sobre el desistimiento del partícipe) (*vid. supra* XIII 231); lo que no es necesario: hay sólo un desistimiento, con requisitos diferentes, eso sí, en razón de lo acabado o no de la tentativa.— Tampoco es afortunada, por exagerada, la tesis de POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 863, según la cual la norma del desistimiento del partícipe implica una responsabilidad por hecho ajeno.

incluso al caso en que el partícipe se esfuerza *torpemente* en evitar el resultado, sin conseguirlo; *vid.* también muy certeramente RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, com. art. 16, 79 s. *Vid.* ya SÁINZ CANTERO, PG, III, 173.

Sobre el desistimiento de los actos preparatorios de la participación, con especial alusión a la tentativa de inducción en el derecho alemán, amplia y convincentemente, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 476 ss.

288

XIV. EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN (SEXTA PARTE): LA INTERVENCIÓN DE VARIOS EN EL DELITO. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

BIBLIOGRAFÍA: Kai AMBOS, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones, RDPC, 2ª época, 3, 1999, 133 ss.; Avelina ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades, 1996; Enrique BACIGALUPO ZAPATER, La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales alemanes y en el nuevo CP alemán, EPH-Antón Oneca, 29 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Notas sobre el fundamento de la coautoría en Derecho penal, PJ, 2ª época, 31, 1993, 31 ss.; Francisco BALDÓ LAVILLA, Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos), ADP, 1989, 1091 ss.; BALDÓ LAVILLA y otros, Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ, 2ª época, 27, 1992, 189 ss.; Soledad BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación, 2004; Mª Paz BATISTA GONZÁLEZ, Provocación y apología. El artículo 18 del nuevo Código penal, RFDUC, 88, 1997, 63 ss.; Isidoro BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, 2001; BLANCO CORDERO, El error *in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor, H-Barbero Santos, I, 823 ss.; Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, 1995; Carolina BOLEA BARDÓN, Autoría mediata en Derecho penal, 2000; BOLEA BARDÓN, La autoría mediata en algunos supuestos de error, RDPC, 2ª época, 12, 2003, 11 ss. (= amplio resumen de Autoría mediata); BOLEA BARDÓN, La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencia, 2004; Antonio CALDERÓN CEREZO, Responsabilidad criminal en delitos cometidos por medio de difusores mecánicos, CDJ, XXXIX, 1995, 233 ss.; Juan Carlos CAMPO MORENO, Actos preparatorios punibles, CDJ, XXXIX, 1995, 278 ss.; CAMPO MORENO, Los actos preparatorios punibles, 2000 (= ampliamente CDJ, XXXIX, 1994, 278 ss.); María del Mar CARRASCO ANDRINO, Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria, 2002; José CEREZO MIR, La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal, ADP, 1975, 41 ss. (= ZStW, 84, 1972, 1033 ss. = NPP, 2, 217 ss.); CEREZO MIR, Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal, ADP, 1979 (= Problemas fundamentales, 333 ss. = Estudios, 31 ss.); CEREZO MIR, Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990, Presupuestos para la reforma penal, 39 ss. (= Estudios, 183 ss.); José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio, AP, 1995, 95 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, ¿Es el delito de violación un delito de propia mano? A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1994, AP, 1996, 39

ss.; CHOCLÁN MONTALVO, La autoría y la participación, LL, 1996, 1642 ss.; Joaquín CUELLO CONTRERAS, La conspiración para cometer el delito (Los actos preparatorios de la participación), 1978; CUELLO CONTRERAS, La jurisprudencia del T.S. sobre los actos preparatorios del art. 4 del CP: conspiración, proposición, conspiración y provocación, ADP, 1981, 535 ss.; CUELLO CONTRERAS, La estructura ontológica de la autoría y la participación y su correspondencia axiológica, EPR-Ruiz Antón, 275 ss.; Antonio CUERDA RIEZU, Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español, ADP, 1992-2, 491 ss. (= Struktur der Täterschaft bei Begehung und Unterlassung im spanischen Strafrecht, en: Bausteine des europäischen Strafrecht, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Bernd SCHÜNEMANN y Jorge DE FIGUEIREDO DIAS eds., 259 ss.); Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho Penal, 1991; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto de la Parte General de un nuevo Código Penal de 1990. Algunas observaciones, LL, 1992-2, 1029 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría y participación, LL; 1996, 1283 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Coautoría” alternativa y “coautoría” aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, LH-Roxin, II, 295 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, LH-Cerezo Mir, 645 ss.; José Luis Díez RIPOLLÉS, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, RDPC, 2ª época, 1, 1998, 25 ss.; Edgardo Alberto DONNA, El concepto de autor, LH-Bacigalupo, I, 176 ss.; DONNA, El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, Modernas tendencias, 533 ss.; Isabel DURÁN SECO, Recensiones, RCP, 2, 1, 1999, 322 ss.; DURÁN SECO, Reflexiones sobre la coautoría en los supuestos del tirón. A propósito de la STS 8 julio 1998 (RJ 1998, 5816), TSJyAP, 19, 2000, 10 ss.; José María ESCRIVÁ GREGORI, La participación del “extraneus” en el parricidio y del “intraneus” en el homicidio, EJH-Pérez Vitoria, I, 224 ss.; Patricia FARALDO CABANA, Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español, RDPC, 2 época, 16, 2005, 29 ss.; Elena FARRÉ TREPAT, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, EPC, XIII, 1990, 43 ss.; FARRÉ TREPAT, Algunos aspectos del desistimiento de la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987), ADP, 1992, 711 ss.; Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Límites a la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite penal del tipo en derecho penal?, 1999 (= Comportamiento de tercero en Derecho penal, 2002, 19 ss.); Eva FERNÁNDEZ IBAÑEZ, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2006; Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, La instigación como autoría. ¿Un *requiem* por la “participación” como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?, H-Rodríguez Mourullo, 343 ss.; M^a Victoria GARCÍA DEL BLANCO, El mutuo acuerdo: problemas de imputación objetiva y subjetiva en coautoría, Respuesta del Derecho penal, 285 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, Las agresiones en grupo en la jurisprudencia del TS (Comentario a la STS 474/2005, de 17 de marzo), RDPC, 2ª época, 17, 2006, 315 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, La coautoría en Derecho penal, 2006; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; GIMBERNAT ORDEIG, Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, ADP, 1966, 13 ss. (= Autor y cómplice, 54 ss.); GIMBERNAT ORDEIG, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW, 80, 1968, 915 ss. (= resumen de Autor y cómplice); GIMBERNAT ORDEIG, ¿Las exigencias dogmáticas funda-

metales hasta ahora vigentes de una Parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?) Responsabilidad por el producto, accesoriedad del Derecho Penal y decisiones colegiadas), *Modernas tendencias*, 355 ss. (= ADP, LII, 1999, 51 ss. = *Krise des Strafrecht und der Kriminalwissenschaften?* [ed. Hans-Joachim HIRSCH], 2001, 151 ss.); José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, ADP, XXXVII, 1984, 103 ss.; Víctor GÓMEZ MARTÍN, *La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31. 1 y 65. 3*, en: Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO (directores), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al CP español de 1995*, 2006, 49 ss. (= EPH-Cobo del Rosal, 421 ss.); GÓMEZ MARTÍN, *Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano*, RDPC, 2ª época, 17, 2006, 11 ss.; Manuel GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masa*, 1998; GÓMEZ TOMILLO, *Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva*, RDPC, 2 época, 10, 2002, 73 ss.; M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995; GÓMEZ RIVERO, *Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación*, LL, 1996, 1624 ss.; Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *¿La coautoría como fundamento de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados?*, LAH-González-Cuellar García, 191 ss.; Antonio GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el Proyecto de Código penal*, CPCr, 1982, 213 ss.; Juan José GONZÁLEZ RUS, *Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría*, CDJ, XXXIX, 1995, 59 ss.; Luis GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, *Teoría general*, 1985; II, *Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, 1986; GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, 1986; María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, 2001; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *¿Autoría material del delito mediante suministro de instrumentos necesarios para la comisión delictiva? Comentarios a la decisión contenida en el Auto del Tribunal Supremo 1856/2001 de 21 de septiembre de 2001*, RCP, 4, 2001-2002, 181 ss.; José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Imputación objetiva versus dominio del hecho*, LH-Cerezo Mir, 735 ss.; Rolf Dietrich HERZBERG, *La inducción a un hecho principal indeterminado* (trad. M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO), ADP, XLVIII, 1995-II, 553 ss.; Hans-Joachim HIRSCH, *Acerca de los límites de la autoría mediata* (trad. Esteban SOLA RECHE y M. KLEIN), *Presupuestos para la reforma penal*, 1992, 105 ss.; Günther JAKOBS, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), 1996; JAKOBS, *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, en: JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), 2001, 63 ss. (= *La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación*, *Modernas tendencias*, 619 ss.); Ángel JUANES PECES, *La autoría y la participación a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho*, LL, 1997, 1675 ss.; Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *La compli-*

cidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”, 2002; Heiko H. LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva (trad. Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES), 1995; LESCH, Fundamentos de una teoría de la intervención delictiva en sentido normativista, en: Intervención delictiva e imputación objetiva, 13 ss.; LESCH, El fundamento de la responsabilidad a título de coautoría, como momento de la imputación objetiva, en: Intervención delictiva e imputación objetiva, 81 ss.; Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, La participación y los delitos especiales, CDJ, XXXIX, 1994, 138 ss.; M^a Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, LL, 1986, 535 ss.; LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADP, 1989, 889 ss.; María Luisa MAQUEDA ABREU, Los delitos de propia mano, 1992; Mario MARAVER GÓMEZ, Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad, H-Rodríguez Mourullo, 627 ss.; Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en los delitos especiales (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994), APen, 1996, 19 ss.; Javier MIRA BENAVENT, ¿Ha despenalizado el CP de 1995 la inducción frustrada?, EPM-Valle Muñiz, 507 ss.; Emilio MORENO Y BRAVO, Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), 1997; Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA, Punición o despenalización de la proposición para delinquir, ADP, 1989, 989 ss.; Francisco MUÑOZ CONDE, Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio, ADP, 1987, 301 ss.; MUÑOZ CONDE, ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?, Modernas tendencias, 501 ss.; Juan MUÑOZ SÁNCHEZ, La moderna problemática jurídico penal del agente provocador, 1995; Miguel Domingo OLMEDO CARDENETE, La inducción como forma de participación accesoría, 1999; Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, La autoría conforme al CP, EPM-Valle Muñiz, 575 ss.; Enrique PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990; PEÑARANDA RAMOS, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), H-Rodríguez Mourullo, 411 ss.; Esteban Juan PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal, 1998; Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación, DP, 9, 2002, 106 ss.; Teresa PIZARRO BELEZA, La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿Titularidad *versus* dominio del hecho? (trad. David FELIP I SABORIT), LH-Roxin, I, 337 ss.; Sergio POLITOFF LIFSCHITZ, “Cometer” y “hacer cometer”: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, H-Barbero Santos, I, 1231 ss.; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español, 1974; QUINTERO OLIVARES, Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral, LH-Cerezo Mir, 919 ss.; Rafael REBOLLO VARGA, La provocación y la apología en el nuevo Código Penal, 1997; Ricardo ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003; Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el

seno de órganos colegiados, RDPC, 2ª época, nº extraordinario 1, 2000, 171 ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, La punición de los actos preparatorios, ADP, 1968, 277 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, El autor mediato en Derecho Penal español, ADP, 1969, 461 ss.; Juan DEL ROSAL, Coparticipación culposa y determinación del autor, ADP, 1961, 264 ss.; Bernardo DEL ROSAL BLASCO, La provocación para cometer delito en el Derecho Español, 1986; DEL ROSAL BLASCO, Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, CPCr, 40, 1990, 97 ss.; DEL ROSAL BLASCO, La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el CP, CDJ, XXXIX, 1995, 184 ss. (= en parte, CPCr, 1990, 97 ss.); DEL ROSAL BLASCO, La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995, H-Rodríguez Mourullo, 949 ss.; Raquel ROSO CAÑADILLA, Autoría mediata, imputación objetiva y autopuesta en peligro. A propósito de la STS 26-2-2000 (A1149), Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, RDPC, 2 época, 12, 2003, 357 ss.; Claus ROXIN, Sobre la autoría y la participación en Derecho penal (trad. Enrique BACIGALUPO), PACPFDH-Jiménez de Asúa, 55 ss.; ROXIN, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada (trad. Enrique ANARTE BORRALLO), RP, 2, 61 ss.; ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2000; Mª Ángeles RUEDA MARTÍN, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública, RDPC, 2ª época, 8, 2001, 127 ss.; RUEDA MARTÍN, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP, 9, 2002, 1223 ss.; Luis Felipe RUIZ ANTÓN, El fundamento material de la pena en la participación, CPCr, 11, 1980, 47 ss.; RUIZ ANTÓN, El agente provocador en el Derecho Penal, 1982; RUIZ ANTÓN, El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del TS, ADP, 1982, 119 ss.; RUIZ ANTÓN, La autoría y la participación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, PCRPHM-Del Rosal, 961 ss.; RUIZ ANTÓN, Del agente provocador y del delito provocado, CDJ, XXXIX, 1994, 336 ss.; Marcelo A. SANCINETTI, El ilícito propio de participar en hecho ajeno, 1996 (= Ilícito penal y participación, 1997, 57 ss.); Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994, AP, 1997, 37 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, ¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, 2004; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “trascendencia”, ADP, LI, 1998, 319 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, 2002 (= ampliamente, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassung, 1999); Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, ¿“Pertenencia” o “intervención”? Del delito de “*pertenencia a una organización criminal*” a la figura de la “*participación a través de organización*” en el delito, EPR-Ruiz Antón, 1069 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ¿Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal? Un recorrido desde la participación del *extranei* hasta la imposición de los intereses de demora, EPH-Cobo del Rosal, 899 ss.; Klaus TIEDEMANN, La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), RP, 5, 2000, 90 ss.; Tomás S. VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), 1977; Thomas WEIGEND, Los lími-

tes de la complicidad punible (trad. Fernando Guanarteme SÁNCHEZ-LÁZARO y Nicole MUTSCHKE), RDPC, 2ª época, 10, 2002, 199 ss.; José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (análisis del art. 65. 3 del Código penal), EPH-Cobo del Rosal, 965 ss.

1. PANORÁMICA GENERAL

1 La segunda mitad del siglo XX ha estado dominada en lo que se refiere a capítulo tan fundamental de la teoría del injusto y su desarrollo como el de la autoría y la participación por la gran monografía de Claus ROXIN *Autoría y dominio del hecho*, que supo sintetizar lo mucho que con anterioridad se había escrito sobre la materia, al tiempo que ha sabido contrastar los resultados que él obtuvo con las numerosísimas tomas de posición de la doctrina posterior en sucesivas nuevas ediciones de su monografía¹.— Analizar lo que la *teoría del dominio del hecho* de ROXIN ha supuesto y supone en la continua evolución de la dogmática penal, tanto en sus aspectos metodológicos a lo hora de acuñar los conceptos de autor y partícipe (y sus diversas subcategorías) como en contraste con las teorías que quiso superar y sintetizar —fundamentalmente la objetivo-formal, que tantos seguidores tiene en España, donde la teoría del dominio del hecho no se ha convertido en hegemónica pese a la influencia incommensurable que ha ejercido y ejerce ROXIN, y la finalista, que ya habló de “dominio del hecho” para referirse al concepto fundamental de la autoría— y en contraste, también, con lo que se adivinan que son nuevos cauces de desarrollo de la discusión sobre estos conceptos —como el normativo de autor, de JAKOBS, que introduce en la materia el importante debate general que se está suscitando entre normativismo y naturalismo, o la concepción de las figuras que aquí aparecen como tipos de imputación, de autoría y participación, independientes—; analizar esos aspectos, como decimos, es imprescindible para darse cuenta del estado actual de la teoría de la participación.

2 Anticipando la concepción que aquí quiere defenderse, la teoría de la participación debe construirse sobre unas bases que, situadas *más allá del normativismo y el ontologismo*, atiendan a los fines de la regulación jurídica, como quiere el normativismo, pero sin forzar la realidad; lo que obliga a tener en cuenta elementos ontológicos mínimos, a los que el normativismo puro de JAKOBS tilda de naturalísticos, como la causalidad y el dolo o elemento subjetivo (psicológico), que lejos de dificultar la concreción de los fines normativos del derecho penal, ayudan muy plásticamente a precisarlos sobre la realidad que a la postre se quiere regular². Esta faceta, en la que el pensa-

¹ Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la sexta edición alemana [1994] por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1998.

² *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), 1 ss.

miento de ROXIN puede ser matizado, dado que para distanciarse de WELZEL, acentuó los aspectos normativos de su teoría del dominio del hecho, colocando en un segundo plano sus aspectos ontológicos que él supo muy bien respetar³, y que ahora sirve a JAKOBS para acusar a la concepción de ROXIN de excesivamente apegada al naturalismo⁴, es la que puede ser alumbrada por un finalismo renovado que prescindiendo del planteamiento ontológico más ambicioso, el que extrae los conceptos de autoría y participación de la realidad regulada en lugar de condicionarlos a la acotación que de la realidad haga la norma jurídica (aunque una vez hecha sí quepa distinguir aportaciones principales de autor y aportaciones subordinadas de partícipe ¡con la ayuda de criterios ontológicos complementarios de los normativos!)⁵, se sirve de la causalidad y el dolo a ella referido para distinguir entre autoría y participación, sin condicionar para nada al legislador a la hora de tipificar conductas que convierten en autor a quien la lleva a cabo o completar la tipificación de acciones en su propiedad de lesivas o peligrosas para los bienes jurídicos con otros elementos que precisen la autoría.

Esta *teoría lógico-funcional* además de constituir el sustrato de la del dominio del hecho de ROXIN, es apta para oponerla a la teoría objetivo-formal, todavía dominante en España, a la teoría de los tipos de imputación, surgida en la órbita de la por lo demás, en otros ámbitos, fecunda doctrina de la imputación objetiva, y a la concepción puramente normativa o de responsabilidad por el rol, de JAKOBS y su escuela, que representa el mayor ataque a la doctrina del dominio del hecho en la actualidad: 1) En efecto, la teoría formal-objetiva es más bien una antiteoría⁶, pues para lo único que sirve es para considerar autor a quien es tenido por tal en el derecho positivo, sin pretender siquiera precisarlo, pues constituiría una ampliación *extra legem* de lo punible. El hecho de que el CP español contuviese (y siga haciéndolo) un cooperador necesario considerado autor⁷, y haya prescindido durante mucho tiempo de la punición expresa de la coautoría y la autoría mediata, ha sido decisivo para oponerse, desde una amplia y cualificada doctrina, durante mucho tiempo también (hasta que se resolvió expresamente por el legislador)⁸ a algo tan

3

³ Hasta el punto de que ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 36, concibe “el concepto de autor como síntesis de planteamientos captadores de sentido [*plano ontológico*] y determinantes de fines [*plano axiológico*]”. Los corchetes son míos: JCC.

⁴ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 63 ss.

⁵ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), 3. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 693, 696; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 733 s.

⁶ En este aspecto de la fundamentación, que no como límite que ha de respetar cualquier teoría que pretenda fundamentar la autoría.

⁷ “También serán considerados autores:...b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”: art. 28 II. Sobre los antecedentes históricos del peculiar concepto de autor del derecho español, procedente del CP de 1848, *vid.* CEREZO MIR, *Problemas*, 333 s.

⁸ “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”: art. 28 I (redacción de 1995).

elemental como que ambas figuras son claros ejemplos de autoría, salvo para quienes parten de la premisa, presumida que no fundamentada, de que autor, en principio, únicamente lo es quien actúa solo y de propia mano⁹. Frente a este parecer, cabe defender la teoría del dominio del hecho, y su pretensión legítima, especialmente frente a la objetivo formal¹⁰, con el argumento de que persigue dotar de contenido lo acotado por los tipos penales¹¹, lo que la teoría formal-objetiva soslaya reduciendo al mínimo el contenido del tipo a interpretar¹², algo que en materia de participación habría sido catastrófico (muchos comportamientos graves serían según ella atípicos) si no fuese porque acude a utilizar groseramente la participación como auténtico cajón de sastre, sin dar cumplida cuenta de la gravedad efectiva del comportamiento llevado a cabo¹³. 2) Por lo que se refiere a la teoría de los tipos de imputación, según la cual autoría y participación son tipos autónomos de imputación, tiene el mérito de haber “dignificado” a la participación respecto a la autoría, de la que aquélla parecía depender demasiado. El precio, sin embargo, es excesivamente elevado, porque ha sido a costa de la pérdida del auténtico significado que para el fundamento, propio, del injusto del partícipe tiene no obstante el comportamiento principal, desde el punto de vista

⁹ Así parece entenderlo CEREZO MIR, PG, III, 214. Con buen criterio, sostiene CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996-1, 1642, que el CP de 1995 ha abolido la posibilidad de esta interpretación de la autoría.

¹⁰ Como bien dice BACIGALUPO, PG⁵, 369, difícilmente se puede justificar la autoría mediata si no es con la doctrina del dominio del hecho. *Vid.* también las atinadas consideraciones de MAQUEDA ABREU, Delitos de propia mano, 18 ss., sobre la construcción de la autoría mediata a la luz de las teorías objetivo-formal y del dominio del hecho. *Vid.* también CEREZO MIR, Presupuestos para la reforma penal, 40.

¹¹ Como acertadamente opina DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 35, “la letra del CP español es lo suficientemente amplia o, si se prefiere, ambigua, para permitir optar por el concepto de autor que se considere más conveniente”. *Vid.* también sus muy atinadas consideraciones de LL, 1992-2, 1032 ss. En el mismo sentido, referido a la regulación de la autoría mediata, BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 170. En cambio, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 281 s., arremete contra la teoría del dominio del hecho etiquetándola de analogía suprallegal, ejemplificándolo con el caso del vigilante que él resuelve con la cooperación necesaria. DURÁN SECO, RCP, 2, 1, 1999, 322 ss., ve incompatible la teoría del dominio del hecho con la regulación española, por su reconocimiento de la cooperación necesaria (324). Sostiene también que la regulación española es incompatible con la teoría del dominio del hecho, GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 91.

¹² En esta línea ya HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 27, 29.

¹³ Aunque es una exageración afirmar, como hace JUANES PECES, LL, 1997-2, 1676, que la regulación de la autoría de 1995, con el reconocimiento de la autoría única, mediata y coautoría, se inspira en la doctrina del dominio del hecho, es lo cierto que como ROXIN ya persiguió, incluso metodológicamente, esta doctrina es la que mejor explica y se adapta a las figuras de genuina autoría que vienen reconociendo desde antaño los códigos penales.— Exagera también CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996-1, 1643, cuando afirma que el CP de 1995 sigue la teoría del dominio del hecho y excluye la objetivo-formal, pero acierta (1644) al resaltar que aquélla permite resolver mejor los casos de quien sujeta a la víctima o la distrae y quien vigila.— Más prudente y acertadamente, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 399 s.— Muy ecuanímicamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 28, 168 ss. (¡leer!).— Con buen criterio, sostiene QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 28, 304, que la nueva regulación de la autoría descarta la tesis jurisprudencial del acuerdo previo.

axiológico y ontológico, convirtiendo lo que es un sistema interrelacionado, el de la autoría y la participación, en un sistema monádico en el que se pierde la referencia del comportamiento (¡con todos sus ingredientes, incluidos los psicológicos!) de otro u otros que también intervienen en los hechos que se analizan¹⁴. 3) Finalmente, el sistema normativo de JAKOBS, de cuyo valor como ampliación del horizonte de la teoría de la participación no cabe dudar, no puede prescindir sin embargo de una consideración naturalística, ni en la autoría ni en la participación; ni a la postre quiere, como el propio JAKOBS reconoce a veces puntualmente.

La teoría de la participación, a su vez, se beneficia del modelo lógico-funcional aún más que la de la autoría. Basta pensar en el concepto tradicional fundamental en materia de participación, el concepto de accesoriadad (cualitativa), precisamente y no por casualidad comenzado a cuestionar ahora por parecer fundamentar la responsabilidad del partícipe en la del autor y no en la suya propia, de ahí el relativo éxito de la participación como tipo de imputación, para darse cuenta de que, ciertamente, la responsabilidad del partícipe debe ser responsabilidad por hecho propio, que para él es principal, sin que ello implique, en contra de lo que dicen los enemigos de la accesoriadad, que se pueda prescindir del hecho capital según el cual la participación no puede construirse sin tener en cuenta otro hecho, el realizado por el autor, con su correspondiente representación subjetiva o dolo, respecto al cual valorar el hecho propio del partícipe, con su correspondiente representación subjetiva referida a hechos que, entre otras cosas, incluye lo que está haciendo o va a hacer otro, con su correspondiente representación subjetiva. Por eso, el de accesoriadad, mínima, es un concepto ontológico, del que no se puede prescindir; no siendo necesario ni conveniente hacerlo si se quiere proceder a llevar a cabo la valoración, pura, de un comportamiento como participación de forma adecuada a la realidad.— Como muestra la concepción normativa de la participación de FRISCH¹⁵, aunque él no lo reconozca, los conocimientos subjetivos del autor y el partícipe facilitan considerablemente sus respectivas valoraciones. ¿Por qué, entonces, prescindir, calificándolo como naturalístico, de un elemento que será de ayuda decisiva para la imputación penal más adecuada?

Una vez más, pues, de lo que se trata es de que se armonicen elementos objetivos y subjetivos, ontológicos y axiológicos, de ninguno de los cuales se puede

¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 408, realizan una interesante consideración crítica (ahora se está viendo que necesaria en España) de esta teoría desde el principio de legalidad, ya que ampliaría el ámbito de lo punible (al considerar que el tipo de la PE contempla la conducta del partícipe). *Vid.* también ya RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 250.

¹⁵ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2004, 300 ss., 357 ss.

prescindir, siendo este el fin al que sirve el modelo lógico-funcional defendido en esta obra (*vid. supra* VII 14 ss.).

2. LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

- 6 Al concepto ontológico de acción le es inherente el de *autor* de la acción. No cabe pensar la acción sin un sujeto que la lleve a cabo y a quien imputársela¹⁶. En este sentido habló ya Hans WELZEL¹⁷ del concepto ontológico o finalista de autor, para poner de relieve que, de la misma manera que el concepto de acción es previo a la valoración jurídica, también lo son los conceptos de autoría y participación reconocidos históricamente por los ordenamientos jurídicos para esclarecer los supuestos en que varios intervienen en un hecho delictivo. De aceptarse este planteamiento, la doctrina de la autoría y la participación en el derecho penal constituirá desarrollo y manifestación de la doctrina de la acción (final), y, en terminología más moderna, de la doctrina del injusto personal¹⁸.
- 7 Para trazar los perfiles de la delimitación entre autoría y participación es necesario justificar, con los conceptos básicos de la doctrina del injusto personal, tanto la razón por la cual respecto a un hecho aparecen sujetos a los que se imputa a título de autor o de partícipe lo que permite explicar lo insatisfactorio de una noción de autor consecuentemente extraída del concepto causal de acción y su manifestación más interesante y reciente: el concepto unitario de autor del derecho administrativo sancionador, como el mismo título de esas dos clases de imputación que se establecen legalmente, sin necesidad de prescindir por completo de planteamientos ontológicos o naturalistas que condicionan y completan la solución de un problema en última instancia, ciertamente, normativo.
- 8 Las categorías en que se resume actualmente la intervención de varios en el delito: *autor inmediato*, *autor mediato*, *coautor*, *inductor* y *cómplice*, a la luz de los dogmas de la causalidad y el dolo (referidos, claro está, a la tipicidad), a los que el finalismo refunde en una unidad a la que denomina injusto personal, compuesta de elementos objetivos y subjetivos inescindibles, se explican, *inicial que*

¹⁶ *Vid.* ya CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 310 s. *Vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 796. A efectos procesales, incluso, el hecho presuntamente delictivo no es indagable sin el conocimiento del sujeto que lo llevó a cabo, sobreseyéndose provisionalmente el asunto cuando su autor es desconocido. Por qué esto es así lo explica muy bien QUINTERO OLIVARES, PG³, 611. Por qué a pesar de que el autor de la acción es elemento esencial de la acción típica y, por tanto, de la tipicidad, no debe ser estudiado al comienzo de la teoría de la tipicidad sino después de la antijuricidad y la culpabilidad, lo explican muy bien OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 471.

¹⁷ PG, 118, 120, 121.

¹⁸ *Vid.* al respecto PÉREZ ALONSO, Coautoría, 169.

no definitivamente, como ocurre con la tentativa y la consumación (*vid. supra* XIII 9) ontológicamente, sobre la base de esa unidad mínima constituida por la acción final que está en el centro del tipo. De esta manera, contemplado sólo del lado de la causalidad, no cabe negar que todo partícipe (inductor y cómplice) causa también el resultado, pudiéndosele reconocer a los adversarios de la idea de ver en la causalidad un criterio de distinción entre las formas de intervenir varios en el delito que así no cabe establecer diferencia alguna. Ahora bien, respecto a quienes han pretendido decir lo mismo del dolo: que también, p. ej., el partícipe actúa con dolo de matar, con lo que el dolo no permite distinguir entre autor y partícipe, no cabe asentir¹⁹. Naturalmente, detrás de esta cuestión está la de cómo se entienda el dolo. Si el dolo no se concibe como mera voluntad de resultado, desentendiéndose de su concreta producción, cuyos eslabones debió abarcar también el dolo, además de acompañar a la acción que los va produciendo (*vid. supra* VIII 224), la cuestión cambia considerablemente, hasta el punto de que, ya en el plano objetivo, se puede distinguir muy claramente la aportación causal del sujeto al que denominamos partícipe y la del sujeto al que denominamos autor²⁰. El cómplice que ha proporcionado al autor el arma con que éste ejecutó el asesinato, ha causado la muerte, esto es cierto, lo mismo que lo ha hecho el autor que disparó sobre la víctima; pero no deja de constituir una simplificación, basada en el dogma causalista, que hoy sólo se mantiene a efectos dialécticos, decir que este hecho, evidente, más la voluntad tanto del cómplice como la del autor, de matar a la víctima, impide establecer una separación entre ellos a no ser que se acuda a criterios axiológicos. Antes bien, con el dolo, fundido con la acción que se ejecuta, penalmente relevante por estar dirigido a la producción del resultado típico, ambas figuras se pueden deslindar perfectamente: La acción del cómplice y la del autor son acciones completamente distintas, hasta el punto de que puede decirse, simplificando mucho la cuestión, que la de uno, autor, comienza donde termina la del otro, cómplice, aunque lo que se imputa a ambos sea algo que ocurrirá, si ocurre, posteriormente (el resultado)²¹.— Esta sencilla explicación se ha visto enturbiada recientemente en la discusión doctrinal en torno a la intervención de varios en el hecho delictivo, porque nunca se quiso contemplar la problemática a la luz de la acción realizada por cada uno de ellos,

¹⁹ Aunque lo sustenten por lo demás autores tan prestigiosos como ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 35.

²⁰ Apuntando ya en esta línea, MEZGER, PG, II, 246, 289. *Vid.* también FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 12, 8, 14; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, 244, que alude muy oportunamente a la distinción de SILVELA entre autor y partícipe en función de su aportación eficiente o no, y a JIMÉNEZ DE ASÚA, que puso en relación esta distinción con la doctrina del dominio del hecho, junto con BOCKELMANN, en el Congreso de Atenas de la AIDP, de 1957, aunque el propio QUINTANO rechaza la construcción.

²¹ Incluso la complicidad posterior a la consumación es sólo relevante como aportación a los efectos aun no desencadenados y derivados de la acción del autor, a los que ayuda.

ni se desmenuzaron las particularidades del dolo (diferente) respectivo, sino que se separó una parte de esta amplia constelación, consistente en la representación del resultado, que ciertamente, es común a todos los que intervienen. A partir de ahí, los intentos de delimitación, cada vez más sofisticados, se han ido multiplicando, con fines cada vez más abstractos e imprecisos.

- 9 ¿Por qué hay necesidad de elaborar una doctrina sobre la autoría y la participación? ¿Por qué no basta la simple lectura de los tipos de la PE, para extraer de ella la responsabilidad (o no responsabilidad) de quienes han intervenido, en el sentido de realizar algo, en un tipo delictivo? ¿A qué nos referimos cuando afirmamos que los de autoría y participación son conceptos con una componente marcadamente prejurídica? Todas estas cuestiones van de la mano y necesitan una explicación que, al parecer, nunca se ha planteado en derecho penal pese a su importancia (quizá por su evidencia): Los nexos causales a través de los cuales un sujeto puede causar un resultado son infinitos, y su naturaleza variada. La necesidad de distinguir entre formas distintas de intervenir varios en un mismo hecho, *pero con acciones distintas*, estriba en que el derecho penal selecciona los procesos causales mediante los tipos de injusto, con lo cual acota, de entre los infinitos nexos causales, los que considera relevantes, y, por ello, típicos. Esos nexos causales típicos constituyen sistemas de referencia conforme a los cuales acotar títulos de imputación en función de las muy variadas formas de realizar aportaciones causales a la realización de la totalidad de los elementos típicos que configuran el resultado (típico también) a imputar. De esta manera, los diversos nexos causales puestos en marcha por los distintos sujetos que, con su actuar, *interfieren* en los nexos causales puestos en marcha por otros, la relevancia que cada uno obtiene a la luz del tipo de injusto, son los que permiten clasificar las distintas formas de intervención. La imputación, en cualquier caso, se basa en la contribución de cada uno de ellos al hecho delictivo, y, en su configuración, el legislador, que sí es libre para construir los tipos, no lo es para designar a una y otra aportación como de autor o de partícipe, ya que está condicionado por estructuras lógicas mínimas. Lo mismo que la acción, la participación es participación típica, pero dentro del tipo quién sea partícipe y quién autor lo proporciona la estructura de la aportación de cada uno.— Lo que ocurre, en definitiva, es que cuando, en el plano prejurídico, se entrecruzan acciones, el tipo, que acota la materia (prejurídica) de prohibición, selecciona las acciones que han intervenido (la misma conducta del mismo sujeto puede ser incardinada en tipos diferentes): la adquisición de la cosa hurtada puede ser a la vez complicidad en el hurto y receptación en autoría (*vid. infra* XIV 330 ss.), dando lugar al tipo de imputación correspondiente, de manera que la acción causal de quien aparece como cómplice es tal porque, en función del marco en que tuvo lugar, causó el resultado a través de otra acción, realizada por otro sujeto, que en la configuración del tipo

aparece como autor de la acción típica principal. De esta subordinación de su acción a la del autor, por lo demás, es consciente el propio cómplice, que sabe que entre las propiedades de su acción de complicidad se encuentra la de facilitar la acción realizada por el autor; lo que no se ve afectado, antes bien configura su responsabilidad como cómplice, por el hecho de que conozca y quiera la producción del resultado a través de la acción que lleva a cabo el autor.— Puede decirse, en suma, que lo que diferencia y explica el papel asignado por el derecho positivo a las respectivas figuras de la autoría y la participación es que, puesto que los hombres no constituyen sólo meros eslabones de una cadena causal (a veces sí), y puesto que, en principio, las normas penales, en los delitos de resultado al menos, tienen a todos los ciudadanos por destinatarios, para que se abstengan de poner en marcha (o enrolarse en) nexos causales susceptibles de producir el resultado típico, cuando alguien cuenta con que su acción dirigida a ese fin pasa por la intervención de otros sujetos, su saber ontológico y nomológico es el que determinará de qué naturaleza (autoría o participación) es la contribución de cada uno²².

3. EL FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA

Desde la ya aludida investigación de Claus ROXIN, Autoría y dominio del hecho, que ha desarrollado exhaustivamente y perfeccionado en términos deslumbrantes un concepto que estaba prefigurado en el concepto finalista de autor, de WELZEL, concretamente el de *dominio del hecho*, de las pocas cuestiones generales que quedan por precisar quizá una de ellas (sobre la base, claro está, de que se acepten sus premisas) puede ser la de los criterios en que haya de basarse el dominio del hecho fundamentador de la autoría, o, dicho de otra forma, qué elemento o elementos sirven de enlace entre el dominio del hecho, de los *delitos de resultado*, que ROXIN asocia con la causalidad, el *dominio del instrumento* característico de la autoría mediata y el *dominio funcional* característico de la coautoría, permitiendo, a su vez, deslindar la autoría, basada en el dominio exclusivo del hecho, de la participación²³.— Pues bien, la respuesta a esta pregunta remite a los aspectos esenciales del injusto, del que la problemática de la autoría y la participación no son más que manifestaciones, como ya se ha dicho: El concepto de autor lo proporciona el conocimiento y la voluntad referidos a *la causalidad* (*vid. supra* VII 4), con las restricciones y ampliaciones que el legislador haya tenido a bien establecer en la tipicidad. Causalidad y tipicidad son los crite-

10

²² Acierta en resaltar el elemento subjetivo del partícipe, referido al acto que ejecutará otro, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 27, 919.

²³ Autoría y dominio del hecho, 149 ss.

rios que permiten decidir el dominio del hecho característico de la autoría. Esos mismos criterios, como se verá, permiten fundamentar la punición del partícipe y decidir su carácter accesorio respecto a la autoría. Así, en los delitos de dominio, en que la tipicidad no establece ninguna cualidad específica de la autoría, autor es quien tiene en sus manos los eslabones últimos de la causalidad, de tal manera que sin su decisiva intervención el delito no se habría cometido. Él es quien determina la producción del concreto resultado. Por eso puede decirse que es autor (por más que hayan intervenido otros), y que ha causado el resultado y lesionado el bien jurídico. Ese mismo criterio explica también, sin salir de los delitos de resultado, la autoría mediata y la coautoría²⁴. La autoría mediata, porque en ella, el instrumento, en virtud del defecto que padece (de una u otra naturaleza), sólo aparece para el autor (mediato) como un objeto más (como cualquier otro objeto de la naturaleza) dominado por el conocimiento de las leyes causales y dirigido a la causación del resultado, que, efectivamente, obtiene así en su concreta causación. La coautoría, en fin, porque precisamente el conocimiento de la causalidad es el que permite aquí, a diferencia de los casos de la doble causalidad (suma de dos dosis de veneno, insuficientes para matar por separado, desconociendo quienes las suministran el suministro del otro) (*vid. supra* VIII 151) imputar mutuamente, y por tanto con plena realización de la causalidad, aportaciones causales parciales de cada coautor.— En cambio, por lo que se refiere a la participación, ni el inductor ni el cómplice realizan aportaciones causales decisivas, lo que sólo hace el autor. Es cierto que la aportación causal del inductor es tan importante como para que se equipare su penalidad a la del autor, con base, se dice, en que su influencia es determinante en la decisión por el hecho del autor, hasta el punto de que sin la inducción el delito no habría tenido lugar. Ocurre sin embargo, que esa determinación causal tiene lugar al principio de la ejecución del hecho, y ya se ha dicho que lo que define a la autoría es el dominio del último eslabón, patrimonio exclusivo del autor. Lo mismo puede decirse del cómplice, cuya aportación sólo influye sobre el modo de la causación, no sobre el sí.— De ahí cabe extraer la conclusión de que el fundamento de la pena del partícipe es también la causalidad.

- 11 A los delitos de dominio, la mayor parte de los tipos de la PE, por la índole preferente del derecho penal como protector de bienes jurídicos atacados por comportamientos que causan resultados lesivos, añade Claus ROXIN²⁵ nuevas modalidades de autoría caracterizadas por la necesidad que en ellas ha sentido el legislador de atender, además, a otros criterios: 1) Así ocurre con los denominados delitos *de*

²⁴ VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 280, sostiene que autor único, mediato y coautor *realizan* el delito.

²⁵ Autoría y dominio del hecho, 365 ss.

propia mano, cuya peculiaridad estriba en que en ellos tan decisivo y caracterizador (o más) de su relevancia típica como el resultado lo es que el autor haya realizado personalmente la conducta principal tipificada, con el consiguiente problema para estimar la autoría mediata²⁶. 2) También presentan peculiaridades respecto a la autoría, y están dando más juego que los anteriores, delitos de propia mano, en la dogmática penal actual, frente a los delitos de dominio, los denominados por ROXIN delitos consistentes en la *infracción de un deber especial* que sólo alcanza a un círculo determinado de autores, entre los que destacan los delitos especiales, del tipo delitos de funcionario, caracterizados por que en ellos sólo puede ser autor quien reúna en su persona la cualidad exigida, lo que significa que quien no la posea no puede ser autor (ni inmediato ni mediato) y que el obligado siempre es autor cualquiera que haya sido su aportación al hecho.

Se trata, pues, de *peculiaridades típicas sobre la persona del autor y la forma comisiva con las que el legislador atiende a exigencias casi siempre muy razonables de política criminal, que subordinan en cualquier caso la causalidad a otros criterios de imputación, pero que de ninguna manera invitan a ni permiten modificar la estructura genuina del injusto (de resultado) y de la autoría basadas en el dominio de la causalidad típica*²⁷. 12

Una buena aplicación de esta compatibilidad entre los delitos de dominio y los delitos de deber es la presentada por BACIGALUPO, PG⁵, 361 s., 364 ss., 372 s., quien no sólo la ha defendido en la ciencia penal sino que también ha sido el artífice de que hoy por hoy pueda decirse que el TS sigue más de cerca la teoría del dominio del hecho que la doctrina científica²⁸.— Una buena muestra de todo lo cual lo constituye la monografía de MORENO Y BRAVO, Autoría en la doctrina del TS: sobre el dominio del hecho en la coautoría: 29 ss; en la autoría mediata: 67 ss. Sobre autoría y participación en los delitos de omisión como delitos consistentes en la infracción de un deber: 127 ss., 140 ss., 144 ss. 13

Que los delitos de dominio no sólo pueden compatibilizarse con los de deber sino que deben, lo ha mostrado claramente PIZARRO BELEZA, LH-Roxin, I, 337 ss., que inspirándose en la norma del art. 28 CP portugués, según el cual, en la codelinuencia, si el injusto dependiera de alguna cualidad de la persona, bastará que concurra en alguno de los intervinientes para que el tipo sea aplicable a todos (con posibilidad de atenuar la pena de aquellos en quienes no concurra la cualidad personal exigida), resalta la contra- 14

²⁶ De otro parecer HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 282 ss., 303.

²⁷ *Vid.* sobre la relación delito de dominio/delito de deber, acentuando un tanto las diferencias mejor que la complementariedad, como en el texto y (creo) en el pensamiento de ROXIN, GÓMEZ BENÍTEZ, ADP, XXXVII, 1984, 107 s., 117, 118. *Vid.* también, con mejor criterio, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 497 ss.

²⁸ Sobre la influencia de la doctrina del dominio del hecho (en competencia con la teoría subjetiva) en la jurisprudencia del TS alemán, *vid.* ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 109 ss.

dicción en que puede caer la construcción de ROXIN sobre los delitos consistentes en la infracción de un deber cuando por un lado sostiene que en estos casos el obligado es siempre autor y por otro se ve ante dificultades para admitir la autoría tanto allí donde el partícipe sí la reúne pero no ocurre lo propio con el autor, y allí donde a la inversa el *intraneus* no domina el hecho y el que lo domina carece de la cualidad exigida para la autoría (sobre estos casos *vid. infra* XIV 137 ss.), llegando a la conclusión de que normas como la del art. 28 CPP y el § 28 StGB alemán sólo son inteligibles partiendo de la premisa según la cual los delitos especiales propios requieren ambas cosas para fundamentar la autoría: infracción de un deber extrapenal y dominio del hecho. PIZARRO BELEZA cree con ello no oponerse al pensamiento de ROXIN, sino todo lo contrario, cuando sostiene (PIZARRO BELEZA) que sólo así se explican las lagunas a que lleva entender el pensamiento de ROXIN (por el mismo ROXIN incluso) de otro modo (como si los delitos de deber barriesen a los de dominio). Como dice plásticamente PIZARRO BELEZA [347], es inimaginable el art. 28 CPP sin representarse a alguien que realizó el comportamiento legalmente descrito, es decir, que cometió el hecho dominándolo o codominándolo antes de determinar quién es el obligado por el deber que “transmite” a los otros la capacidad de responder por el delito²⁹.

4. EL FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA³⁰

15 El criterio esbozado, del dolo referido a la causalidad típica, constituye el sustrato de la teoría del *dominio del hecho* para fundamentar la autoría y delimitarla con respecto a la participación, al tiempo que permite ver cuáles eran los déficits de otras teorías³¹ a la hora de enfrentar ese problema: 1) Así, al *concepto*

²⁹ *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB 169.

³⁰ HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 1 ss.; BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 35 ss. *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 208 ss.; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 280 ss.; JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 14, 117 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CCP, I, com. art. 27, 915 ss.; GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 61 ss.; CUERDA RIEZU, ADP, XLV, 1992-II, 494 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 368 ss. (¡excelente!), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 496 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 694 ss. (¡excelente!); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 735 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 612 ss. (¡excelente!); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 287 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 471 (muy amplia); BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, PG, 395 ss. (¡excelente!); GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 118 ss. (con una excelente crítica a la teoría objetivo-formal desde la teoría del dominio del hecho); STRATENWERTH, PG, I, 310 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 12, 796 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 296 ss. (amplísima); JAKOBS, PG, 719 ss., 733 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 187 ss. (breve y excelente); MEZGER, PG, II, 284 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 27, 123 ss.; DONNA, LH-Bacigalupo, I, 180 ss. (ampliamente); Jaime HERRÁIZ PAGES, en: Carlos GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes en el CP de 1995. Personas criminalmente responsables, 2000, 387 ss.

³¹ *Vid.*, al respecto, Erich SAMSON, SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 6 ss. *Vid.* también OLMEDO CARDENETE, Inducción, 157 ss., y en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. artículos 27, 28 y 29, 187 ss.; ROXIN, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 55 ss.

causalista de autor le faltaba toda posibilidad delimitativa porque, al partir de la mera tipificación de un resultado, toda aportación causal convertía en autor a quien la realizara, con lo que la distinción entre autoría y participación era inviable. 2) Se explica, de esta manera, el éxito de la *teoría subjetiva*, surgida precisamente del seno del causalismo para propiciar la diferenciación buscada en el ánimo. Autor sería quien actuó con *animus auctoris*, y cómplice quien lo hiciera con *animus socii*, cualquiera que fuese su aportación al hecho. Su ilustración la proporciona el célebre caso de la bañera, de la jurisprudencia alemana, en el cual se sostuvo que mientras que la hermana de la parturienta sería cómplice en el infanticidio a pesar de haber ahogado al recién nacido con sus propias manos, la madre sería autora, pues al fin y al cabo la primera sólo quiso ayudar a la segunda³². La doctrina del acuerdo previo de la jurisprudencia española, hoy en franca decadencia³³, según la cual todos los que han preparado el delito son autores, incluso quien después no ha intervenido en la ejecución, se inspiraba también en esta teoría subjetiva³⁴. Que quien realiza dolosamente todos los elementos del tipo de propia mano es siempre autor demuestra que en la definición de la autoría y su delimitación con la participación no se puede prescindir de la tipicidad, que la tipicidad no es el único pero sí elemento imprescindible para definir la autoría. 3) Que no basta con la acotación típica de la causalidad como criterio de delimitación de la autoría lo corrobora el fracaso de la denominada *teoría formal-objetiva*, según la cual la autoría la proporcionaría la intervención decisiva en el hecho que constituye el núcleo del tipo. Conforme a esta teoría, p. ej., intervenir en la acción principal del apoderamiento en el hurto, o de alteración de un documento en las falsedades, sería requisito esencial de la autoría, pero hacerlo sólo con anterioridad, en la preparación de la tinta o del papel para la falsificación, no. A esta teoría le falta, con independencia de lo que sí permite acotar perfectamente, que es mucho, la noción de lo delimitado por la causalidad típica, el contenido de lo típico o su sustrato, que sólo puede proporcionarlo la forma concreta de producción de la causalidad típica o cadena causal desencadenante del resul-

³² Sobre la resistencia de los tribunales alemanes, incluido el TS, a renunciar a una teoría subjetiva de la autoría a pesar de las críticas doctrinales y la intervención del propio legislador para combatirla, BACIGALUPO, EPH-Antón Oneca, 29 ss.

³³ No se sostiene ya por el TS: BACIGALUPO, PG⁵, 366.

³⁴ *Vid.* al respecto CEREZO MIR, PG, III, 234. *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 349 ss, ampliamente; PÉREZ ALONSO, Coautoría, 111 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 198 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 521 ss., que realiza una exposición excelente acerca de la naturaleza subjetiva de la doctrina del acuerdo previo, cómo ha ido abandonando el TS la doctrina del acuerdo previo manteniendo, claro está, su carácter de requisito necesario (sólo que no suficiente, que era el defecto de aquella teoría) y su postura tras 1995, punto en el que demuestra convincentemente la autora que el TS está asumiendo la doctrina del dominio del hecho para fundamentar la coautoría, pero puede estar abusando puntualmente de ella, entre otras cosas para ahorrarse problemas de prueba sobre la aportación de cada coautor (*vid. infra* XIV 195).

tado por quienes realizan aportaciones a la misma, de manera que dominan la cadena, aunque no actúen directamente en el ámbito de lo típico (*autoría mediata*) o no lo hagan en todos sus aspectos (*coautoría*) (los talones de Aquiles de la teoría formal-objetiva)³⁵, por lo que pueden ser autores. Ese dominio de la causalidad típica característico de la autoría lo proporciona el dolo referido a la causalidad. Por eso se decía que la tipicidad es elemento necesario definidor de la autoría (prueba de lo cual lo constituye el hecho de que quien realiza todo el tipo de propia mano es siempre autor: en este aspecto sigue siendo válida la teoría formal-objetiva), pero no suficiente, por no tener en cuenta el dominio de la acción que sólo lo proporciona el dolo referido a la causalidad típica. Puede decirse que quien actúa de propia mano es autor porque con el dominio (dolo) de la causalidad (típica) realiza plenamente el tipo, esto es, que la tipicidad en derecho penal la cumple quien domina (dolo) la causalidad, siendo, ambos, elementos complementarios (*relación de congruencia*). 4) Lo dicho respecto a la teoría formal-objetiva debe decirse también de la *teoría material-objetiva*, que modificaría a aquélla circunscribiendo la autoría a la actuación en el núcleo del tipo que suponga un peligro real e inminente para el bien jurídico, es decir, de que se produzca el resultado. Como también puede decirse de teoría semejante en la tentativa (*vid. supra* XIII 36), la peligrosidad no es definible sin las representaciones del autor, sin atender a su plan, pues sólo él proporciona el dominio, con independencia de que tenga que ir referido al núcleo de lo típico, que es tal precisamente por su peligrosidad (por eso es en parte correcta la teoría formal-objetiva) sin necesidad de añadir demostración alguna de la peligrosidad.

- 16 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría³⁶, artifice de una exposición sistemática de las teorías sobre el autor sin parangón en la ciencia penal española y alemana, aborda una cuestión sobre la que se han escrito ríos de tinta, contraponiendo los dos grandes modelos de acometer el estudio de la intervención de varios en el delito, que son el concepto unitario de autor y el concepto diferenciado [47 ss., 253 ss.]. De esta cuestión, a la que en otro lugar habrá que aludir (*vid. infra* XIV 56 ss.), interesa retener en este momento que es preferible el concepto diferenciado porque en un derecho penal que quiere ser aplicado con rigor dogmático, esencial para la seguridad jurídica, es mejor (lo que no quiere decir que el modelo alternativo sea inviable o adolezca de defectos insalvables) partir del concepto de autor más restringido que quepa pensar; y sólo a partir de ahí, ampliar la imputación del hecho a otros por vía extensiva, entendiéndose en este sentido el hecho de que los códigos penales contengan normas sobre participación [41].— Se explica así, además, el paso siguiente de DÍAZ Y GARCÍA

³⁵ Por eso ANTÓN ONECA, Derecho penal, 469, 470, se ve obligado a reconducir los casos de autoría mediata por inimputabilidad más allá de la *vis compulsiva* (art. 12. 2 r. a.) a la inducción o a la cooperación necesaria.

³⁶ *Vid.* también el excelente resumen de EPB, 140 ss. (¡leer!).

CONLLEDO consistente en exponer las teorías que, pese a reconocer, como los códigos penales, distintas formas de participar en el delito, no todas las cuales constituyen autoría, sin embargo, por la hegemonía en algún momento del dogma causal, tienden a extender el concepto de autor: el cómplice, al fin y al cabo, también ha causado el resultado [283]. De ahí, a su vez, el éxito de las teorías subjetivas: si objetivamente, causalmente, no se diferencian autoría y participación, acúdase al elemento subjetivo (voluntad de autor/voluntad de cómplice) para esclarecer la diferencia legal [289 ss.]. La conclusión para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO es clara [407 s.]: la teoría extensiva acaba desembocando en la misma fórmula indiferenciada de participar varios en el delito de la concepción unitaria, y las críticas que se le pueden hacer son las mismas³⁷.— Llegados a este punto, y marcando el paso del concepto extensivo de autor al restrictivo, sitúa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO muy acertadamente el punto que marca el giro de las concepciones anteriores a la dominante, la concepción restrictiva del autor, en el principio de accesoriedad [408]. A partir de aquí, serán consideraciones normativas y de merecimiento y necesidad de pena las que lleven a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a perfilar el concepto de autor, ciertamente; pero, establecido ese concepto, de tal forma, el resto de intervinientes en el delito serán partícipes porque su conducta sólo es explicable por referencia a la conducta principal del autor. Esto conviene subrayarlo.— Dentro del concepto restrictivo de autor, que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO comparte por las razones aludidas antes, al criticar el concepto unitario (y por las mismas razones el extensivo), expone el autor, en primer lugar, el concepto objetivo-formal [411 ss., 442 ss.], del que destaca tanto aspectos positivos, como el de la fidelidad a los términos típicos, esencial para la seguridad jurídica, como aspectos negativos, con consideraciones críticas sobre posiciones anteriores de la ciencia penal española que simpatizaban ampliamente con esta teoría, destacando, junto al ya tópico de que esta teoría, por la formalidad (excesivo apego a los términos típicos: positivismo extremo) de su concepto de ejecución, no explicaría satisfactoriamente ni la autoría mediata ni la coautoría, lo que ya comienza a ser exposición de la propia teoría, que tomaría pues elementos de la teoría objetivo-formal sin ser una teoría de esa naturaleza, pues ni hace falta *ejecutar* de propia mano para ser autor, ni basta con realizar algún acto típico para serlo [456 ss., 478, 482 s.]. De donde se atreve ya a anticipar su propia teoría, que va a requerir realizar de propia mano o a través de otro (autoría mediata) actos de dominio objetivo y positivo (que si no son realizados de propia mano no pueden fundamentar coautoría) [466, 485 ss., 494 s., 513 s., 530 ss.].— Con posterioridad, tras un breve repaso a las teorías objetivo-materiales anteriores a la del dominio del hecho [538 ss.], aborda DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO esta teoría dominante en Alemania, y que se comienza a introducir en España. Después de exponer ampliamente el pensamiento de ROXIN [545 ss.], y el de a su parecer posiciones un tanto heterodoxas del dominio del hecho, entre las que incluye las de BLOY y MIR PUIG, además de la de LUZÓN PEÑA, que él comparte, procede a criticar la concepción de ROXIN [675 ss.] por la amplitud desmesurada a que lleva, al concebir funda-

³⁷ Sobre la necesidad de rechazar el concepto extensivo de autor *vid.* también ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 45 ss.

mentalmente el dominio funcional de la coautoría³⁸. El dominio negativo del hecho de alguno de los intervinientes, que ROXIN considera suficiente para fundamentar la coautoría, es la piedra de toque para argumentar su posición sobre el dominio objetivo y positivo del hecho como fundamento exclusivo de la autoría. Sólo quien viola es autor de la violación, y no coautor quien sujeta a la víctima.

- 17 Dejando para otro momento la exposición más detallada y la crítica al pensamiento de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (*vid. infra* XIV 40 ss.), lo que sí debe decidirse ya es cuál sea la naturaleza de la teoría que defiende este autor y, sobre todo, si son superiores las semejanzas o las diferencias entre su pensamiento y el de ROXIN, del dominio del hecho ortodoxo. Responder a esta cuestión resulta difícil, y sería mejor que lo acometieran sus defensores, para evitar tergiversaciones. A riesgo de hacerlo sin pretenderlo, cabe decir ya que la teoría de LUZÓN PEÑA y su escuela, que tanta influencia está alcanzando en la doctrina española, no es ni una teoría formal-objetiva ni material-objetiva, lo primero porque no requiere actuar de propia mano y lo segundo porque no hace de la peligrosidad para el bien jurídico de la acción criterio definidor de la autoría. Pero tampoco es una teoría del dominio del hecho, como la del WELZEL o ROXIN, ni siquiera entendida como fórmula correctora de esta última cuya base compartiera. Basta pensar en la irrelevancia del elemento subjetivo como elemento configurador de la autoría para darse cuenta de lo mucho que separa a ambas teorías, y para comenzar a comprender que mientras la teoría del dominio del hecho fundamenta la autoría, la de LUZÓN y su escuela la restringe. Lo que queda es un vago caracterizar la autoría desde el delito consumado, al que se le ha sustraído el comportamiento previo, incluido el plan del autor, que no puede por menos que recordar el *Leitbild* belingniano que tan estéril fue en su día (*vid. supra* VIII 10).

5. EL SUSTRATO ONTOLÓGICO DE LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO

- 18 La teoría aquí esbozada es, ya se ha dicho, el sustrato (ontológico) de la teoría del dominio del hecho. En ella, se deduce de la noción de injusto personal finalista, basada en la causalidad típica dominada por el dolo que forman la unidad inescindible característica de la doctrina del injusto personal, qué conducta sea de autor y cuál de mero partícipe en los delitos de dominio de la acción (de la causalidad). Es cierto que existen otras formas de fundamentar la autoría; pero o son reconducibles al dominio de la causalidad, caso de la autoría mediata y la coautoría, o representan complementos al dominio de la causalidad, caso de los delitos de infracción de un deber y de propia mano, que en ningún caso modifi-

³⁸ También cuestiona el fundamento de la autoría mediata, aunque no la estructura, por cuanto, si bien es cierto que los casos más claros de autoría mediata en la concepción de ROXIN soportan también el criterio del dominio objetivo y positivo del hecho, en cuyo caso es autor, no lo será si la acción del autor detrás del autor no puede fundamentar ese dominio objetivo y positivo [645 ss.].

can el aspecto esencial de la autoría y la participación constituido por el dominio de la causalidad. Con lo cual se muestra una vez más que si *causalidad, dolo y tipicidad* son los elementos que permiten abordar los problemas de la autoría³⁹ es porque los enfoques ontológicos y axiológicos no sólo son compatibles sino que se complementan⁴⁰.

Y es que la soberbia construcción de ROXIN del “autor como figura central del acontecer en forma de acción”⁴¹ se explica mejor y más directamente con el por lo demás tan denostado concepto ontológico de autor del finalismo, que, concretamente, por lo que se refiere a la participación, acuñó el posteriormente muy fructífero, aunque también ahora comenzado a cuestionar, concepto accesorio de la participación, según el cual no cabe concebir la participación sin un acto principal de determinadas características.

Empleando conceptos del finalismo renovado, basta con la causalidad y el dolo a ella referido, para resolver todos los problemas de autoría y participación suscitados en los delitos de resultado. A partir de ahí, los problemas que surjan, por la técnica del legislador a la hora de configurar los tipos (p. ej., los basados en la infracción de algún deber) o por tratarse de supuestos que no somos capaces de resolver con esos elementos, se solucionan mediante interpretación teleológica, *por analogía con los casos que claramente se resuelven con el modelo de la causalidad y el dolo a ella referido.*— También el autor mediato por dominio de la voluntad, por mencionar un supuesto al que ROXIN ha acudido gustoso para explicar su concepción, domina exclusivamente la causalidad. Es cierto que pueden darse casos dudosos (qué problema jurídico no los arroja); pero siempre el referente es el dominio de la causalidad. Cuando ROXIN⁴² dice que ante el caso de quien crea una situación que constriñe la voluntad del autor directo sin llegar a excluirla, habrá que decidir si imputamos el hecho al autor de detrás a título de autoría mediata o de inducción, ciertamente estamos planteando una cuestión axiológica, no ontológica, pero *resuelta con elementos extraídos* (no quiere decirse que en exclusividad) *del planteamiento ontológico finalista*: en su caso fundamentaremos la autoría mediata en el hecho de que el sujeto de delante, en tanto en cuanto experimenta una merma de su libertad, y en su proporción, pasa a convertirse en un objeto en manos del autor de detrás, que, así, causa.

³⁹ Que la teoría de la autoría y la participación es faceta fundamental de la teoría del tipo lo reconoce la doctrina mayoritaria. *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 692 s. Ya MEZGER, PG, II, 249, decía que “en el autor encuentran aplicación *inmediata* los diversos preceptos penales”.

⁴⁰ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse, en: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 16, 2005, 11 ss., 15, 27.

⁴¹ Autoría y dominio del hecho, 42 ss.

⁴² Autoría y dominio del hecho, 349.

19

20

- 21** Por lo que se refiere a la participación, podrá discutirse la caracterización jurídica de la realidad preexistente a su inicio, como asimismo las limitaciones posibles a la imputación a ese título; pero es indiscutible que la participación requiere, conceptualmente, un elemento de accesoriedad, ontológica, no meramente jurídica, por lo demás, que viene dado, básicamente, por la acotación de la realidad que hace el tipo correspondiente dentro del cual señala, a través de la caracterización de la acción dirigida al resultado, a un autor (caso claro) que es lo que convierte a quien no lo es en partícipe (en su caso). Lo que, dicho sea de paso, explica muy bien la función que también cumple la teoría de la participación, de instrumento para colmar las lagunas intolerables de punición que se podrían producir en un derecho penal que castigase sólo la autoría. En cualquier caso, el partícipe sabe, dolo, que dirige su acción, ¡de la que sería autor!, a lesionar el bien jurídico a través de y colaborando en la acción principal del autor, de quien sabe que también actúa con ese mismo fin⁴³. En este sentido hablamos del papel hegemónico de la finalidad o dolo dirigido a la lesión del bien jurídico.
- 22** Las distinciones de MIR PUIG, PG⁷, 365 s., entre concepto legal y concepto doctrinal de autor, concepto doctrinal y concepto ontológico de autor, según las cuales los tipos de la PE que contienen formas de participación autónomamente configuradas no contemplarían a un autor (de la conducta allí descrita) y las categorías de autor único, autor mediato y coautor (no, en cambio, el inductor), forman parte de un concepto doctrinal de autor, que no ontológico (que los conceptos sean convencionales no quiere decir que no se puedan concebir conforme a convenciones prejurídicas), no es afortunada; con mejor criterio: 366 s.

6. NORMATIVIZACIÓN DE LA AUTORÍA

- 23** El ensayo de innovación más relevante en materia de autoría con posterioridad a la consolidación del concepto de autor en la obra de ROXIN, prácticamente el único, junto con el de FRISCH, aunque referido el de este último autor más bien a los límites de la participación, por lo que será considerado en otro lugar, y ubicables, ambos, en lo que se ha dado en llamar *normativización* del derecho penal, es el protagonizado por JAKOBS y su escuela.
- 24** Para JAKOBS⁴⁴, ha llegado la hora de convertir también a los delitos de dominio en delitos de deber, dado que no es conveniente clasificar los delitos conforme a paradigmas heterogéneos. Se trata, pues, de convertir los delitos de

⁴³ Vid. ya MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 401 (contra las concepciones dualistas de la participación), 416, 417 (¡enfáticamente!)

⁴⁴ Injerencia y dominio del hecho, 63 ss. Vid. ya PG, 718 s.

dominio en delitos de deber, con independencia de que algún problema de la autoría se resuelva con el criterio del dominio. Ello es posible, la conversión de los delitos de dominio de ROXIN en delitos de deber, porque lo importante no es que el autor domine el hecho, sino que tenga la competencia organizativa para que en su ámbito de responsabilidad no ocurran cosas [66]. El empleado de la fábrica que abre la compuerta tiene el dominio (ontológico) del vertido contaminante, pero no es autor, pues lo es el ingeniero que ni actúa [70]. Coautor no es quien domina junto a otro, también autor, el hecho principal, sino quien, con independencia de que actúe antes o durante el hecho [83], realiza una aportación decisiva al mismo, bien porque enlaza directamente con ese hecho posibilitándolo, p. ej., entregar un cuchillo a quien se propone matar a otro, bien porque realiza una conducta lo suficientemente peligrosa como para constituir delito de peligro abstracto, aunque la actuación no se produzca en un contexto delictivo [76 ss.]. No hay diferencia entre la coautoría y la participación; todo injusto es injusto propio, también el de participación. La diferencia entre ambos, coautoría y participación, es cuantitativa, no cualitativa [85], pudiendo aquí ser útil todavía el concepto naturalístico de dominio del hecho: proximidad o lejanía de la aportación a la acción principal [84 s.]⁴⁵. Decisiva sigue siendo la competencia organizativa [93, 95]. Ya se ha visto: el ingeniero es autor del vertido, el empleado que abre la compuerta mero partícipe. Autor mediato, que por cierto, es autor directo [93], con la única particularidad de que por la presencia de una persona que actúa como instrumento puede que su competencia organizativa (del instrumento) cierre el paso a la autoría de quien actúa desde atrás, lo es: 1) quien realiza una aportación dirigida directamente a que otro cometa un delito, no cayendo dentro de la competencia del instrumento evitar el resultado (en otro caso sólo complicidad): el dueño del arma de fuego cargada se la enseña en su casa a un invitado inexperto en armas [95]; 2) los casos tradicionales de error o coacción del instrumento los resuelve JAKOBS no por el dominio del hecho del hombre de atrás sino por la competencia [98 s.]: el maestro de obra que erróneamente le dice cómo ha de preparar el material al peón, que cumple la orden a pesar de saber (por sus estudios de invierno de ingeniería) que eso es incorrecto, es autor mediato del daño al constructor, del que no responde por su error; el peón no responde porque no es competente pese al dominio del hecho; 3) respecto a menores e incapaces cualquiera que los utilice es autor mediato [100 s.].

Sin quitar mérito a quienes abogan por la *normativización* del derecho penal, sobre todo en materias muy apegadas hasta ahora legal y doctrinalmente a la denostada consideración naturalística, como ésta, de autoría y participación (lo mismo ocurre con la tentativa) (*vid. supra* XIII 39 ss.), dado que pueden iluminar

⁴⁵ *Vid. ya* PG, 744.

aspectos oscuros de cuestiones tan complejas, es lo cierto que lo más llamativo de lo aportado hasta ahora no es sino un cambio de perspectiva para observar lo mismo, y, por tanto, confirmar lo descubierto con el otro enfoque, el tradicional o naturalístico, es decir, el de la perspectiva del autor⁴⁶.— Así, la conversión de los delitos de dominio en delitos de deber que pretende JAKOBS, es perfectamente viable. Por una razón muy sencilla: en todo delito de dominio hay la infracción de un deber (desde la perspectiva del ordenamiento jurídico). Lo que JAKOBS no dice es que en todo delito de deber hay o bien un delito de dominio o *algo análogo* a un delito de dominio (en la omisión: la omisión de la acción que habría evitado el resultado y en ese sentido se puede hablar de dominio en la omisión, como demostró SCHÜNEMANN⁴⁷).— Se explica, así, que JAKOBS no vea diferencia cualitativa entre la coautoría y la participación, por la sencilla razón de la abstracción que supone contemplar en el delito, en toda forma de participación en él, la infracción de un deber. Por eso se ve en la necesidad de recuperar la idea de dominio del hecho para comprender la distinción entre coautoría y participación. Ahora bien, puesto que el partícipe domina su hecho, el de participar, se explica mejor que el injusto propio de participación sea participación (y no coautoría) por la subordinación consciente y dirigida del partícipe a la acción del autor principal, con lo que tenemos reproducido el denostado esquema naturalista en la fase de la normativización del derecho penal.— De la misma manera que, en fin, la autoría mediata es autoría directa, también en la concepción de JAKOBS porque, con independencia del amplio horizonte que abre su sugestiva concepción, no hay mejor forma de representar la autoría del autor mediato que por los casos en donde domina lo que no domina el instrumento.

- 26 En suma, hay una tendencia creciente a normativizar también y especialmente esta materia, que en el futuro dará frutos. Sería deseable, no obstante, que todo lo que se ensaye se contemple también desde la posición de los destinatarios de las normas de participación. Entonces se verá la confluencia de ambas perspectivas, conforme a los postulados de un sistema lógico-funcional⁴⁸.

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN COMO CRITERIOS DE IMPUTACIÓN. OTRAS FORMAS DE FUNDAMENTAR LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

- 27 El panorama sobre el debate actual acerca de la fundamentación de la autoría y su delimitación con la participación no estaría completo si no se aludiera todavía a

⁴⁶ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), 2 ss.

⁴⁷ Bernd SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 229 ss.; vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 24.

⁴⁸ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), 18.

otros ensayos nuevos de delimitación: 1) Algunos autores pretenden aplicar directamente a la teoría de la participación criterios de imputación objetiva (SCHAFFSTEIN siguiendo a SALAMON)⁴⁹, que, más allá de la autoría, permitirían fundamentar la participación también en la aportación al hecho principal de algo que a la postre haya significado la creación y concreción de un peligro relevante para la lesión del bien jurídico, lo que entre nosotros han hecho para la inducción y la complicidad respectivamente GÓMEZ RIVERO y LÓPEZ PEREGRÍN⁵⁰, si bien como criterios a añadir (no con los que suplir como en el caso de SCHAFFSTEIN) a los tradicionales de la participación, de ataque accesorio al bien jurídico; 2) Otros autores, de una forma que combina criterios procedentes de la doctrina de la imputación objetiva con criterios directamente normativos, pretenden concebir la intervención de varios en el delito como formas de imputación autónomas; es el caso de BLOY y STEIN en Alemania⁵¹, en tanto que en España pretende lo propio MIR PUIG⁵², de manera esbozada, y más amplia y concreta ROBLES PLANAS⁵³, referida sobre todo a la participación; 3) Todavía existen otras formas de concebir la participación, como la de SCHMIDHÄUSER⁵⁴, en Alemania, cuya consideración globalizadora haría tediosa la exposición: 1) Fundamentar la participación en la creación de un riesgo que se haya materializado en el resultado, por más que parezca lo contrario, no deja de constituir un empobrecimiento de la teoría (no un enriquecimiento de la misma) (siempre desde la política criminal), en cuanto que minimiza el papel del riesgo principal para la lesión del bien jurídico, que es el que concreta el autor principal. De ahí que la teoría haya tenido poco recorrido en Alemania, donde pronto se desechó la fundamentación de la participación en la doctrina del aumento del riesgo. 2) Por otra parte, argumentar con criterios de imputación objetiva aquí (aunque sea como requisito añadido a los tradicionales de la participación; fundamentalmente: causalidad) adolece de lo mismo que querer excluir ya del tipo, como pretende FRISCH⁵⁵, determinados riesgos, sin esperar al resultado: hay riesgos que no pueden ser reconocidos sino *ex post*. Ejemplo de LÓPEZ PEREGRÍN⁵⁶: que la aportación de una ligera escalera no constituya complicidad por no haber aumentado considerablemente el riesgo del resultado, sólo puede saberse *ex post*, no *ex ante*, pues aquélla puede haber

⁴⁹ Friedrich SCHAFFSTEIN, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, en: Festschrift für Richard M. Hömig, 1970, 169 ss.; Jochen SALAMON, Vollendete und Versuchte Beihilfe, 1968.

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO, Inducción, 65 ss., 71 ss., 78 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 230 ss., 236 ss.

⁵¹ René BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; Ulrich STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988.

⁵² MIR PUIG, PG⁷, 373 s.

⁵³ ROBLES PLANAS, Participación en el delito, 215 ss., 219 ss.

⁵⁴ Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2ª ed., 1975, 500, 575 ss.

⁵⁵ FRISCH, Comportamiento típico e imputación objetiva, 84 ss.

⁵⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 239 ss.

sido a la postre decisiva⁵⁷. 3) Y por lo que se refiere a la idea de concebir formas autónomas de imputación para cada uno de los partícipes en el delito, basta pensar en planteamientos como el de MIR PUIG⁵⁸, para quien, primero, hay que comprobar si hubo causalidad y dolo para estimar que hubo participación en el delito, y sólo después acotar normativamente cada aportación como de autoría o participación en función del significado de lo aportado: el autor único es autor en los dos planos, los coautores son autores aunque ninguno de ellos haya desarrollado solo toda la acción típica, como el autor mediato, que no causa y sin embargo se le imputa el hecho como autor; basta pensar en este modelo para percibir que se basa en una reducción insufrible de lo acotado en el primer escalón, sin reflejar precisamente la realidad acotada por el tipo innecesariamente, para proceder a hacerlo en el segundo escalón, puramente normativo, sin sentirse constreñido ni auxiliado por la concreta causalidad y el dolo a ella referido, que hacen innecesaria la división en la teoría del dominio del hecho⁵⁹.

8. IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN

28 De la determinación de los conceptos fundamentales de la autoría y la participación conforme a criterios de imputación objetiva, debe distinguirse la cuestión sobre la aplicación en materia de participación (sus formas más allá de la autoría única) de criterios de imputación objetiva que recorten la responsabilidad establecida conforme a sus criterios propios.— En este sentido, es de destacar el esfuerzo hecho por JAKOBS, Autoría mediata, para recortar la autoría mediata por error del instrumento conforme a criterios de esa naturaleza.— A tal efecto, después de recordar su concepción del desconocimiento por indiferencia y sus repercusiones en la participación y la autolección [11 ss.], reconoce que el riesgo permitido también ha de excluir la imputación objetiva del partícipe [13], ciertamente, pero además es posible que no haya que apelar al riesgo permitido si, con criterios de imputación objetiva, no cabe ni estimar el error que abre la puerta a la autoría mediata [14].— Varios son los casos en que el contacto social puede determinar que un tercero responda del error de otro: 1) Quien hace algo que permite el error, responde por “haber entrado en el contexto específico de ese otro” [17]. 2) Quien es competente por el error de otro es competente también por su comportamiento errado [18 s.], lo que se fundamenta porque: a) se asumió el cometido de responder del defecto cognitivo del otro; b) se introdujo al otro en el propio ámbito espacial de organización [20 s.]; c) el hombre de atrás y el otro acordaron

⁵⁷ Se han adherido a la doctrina del aumento del riesgo como fundamento de la participación BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 293.

⁵⁸ MIR PUIG, PG⁷, 373 s.

⁵⁹ Las limitaciones de la concepción de MIR PUIG se observan muy claramente en su crítica a la doctrina del dominio del hecho, respecto a la cual entiende que también el inductor y el cooperador necesario, el mismo cómplice e incluso un tercero, pueden interrumpirlo: PG⁷, 373.

que el comportamiento del otro apareciera como libre de consecuencias negativas. JAKOBS reúne estos supuestos bajo el principio de *no vulneración del derecho a la verdad*, que permite incluir en el ámbito de la responsabilidad por error de otro a quien “dispone de modo engañoso la realidad exterior” [23]. 3) Finalmente, quedan razones especiales de imputación en los casos de deberes de garante [24] y de tercero en situación de inferioridad constitucional (menores e incapaces) [25].— Todavía aborda JAKOBS los casos de error que generan una autolesión o que terceros lesionen bienes propios en contextos de justificación putativa [29 ss.].— En todos estos casos, no debe resolverse la participación “con retazos de causalidad” y las representaciones subjetivas del partícipe y el autor principal, sino con el criterio de lo que “una persona racional en el rol respectivo tomaría como significado” [9].— *Ejemplos de JAKOBS*: Si un vecino le pide a otro vecino que le deje una herramienta para derribar la puerta de un tercer vecino porque ha creído oír a un niño desvalido dentro, el segundo no se convierte en autor mediato por habérsela dado a pesar de saber que el ruido lo ocasiona el aparato de refrigeración [29]. Implicado en la extinción de un incendio lo está quien hace indicaciones sobre en que dirección ha de orientarse el chorro de agua, pero no quien se limita a abrir la llave de paso cuando se le pide [31].— Las propuestas de JAKOBS son asumibles. Lo único que ocurre es que, a su vez, la competencia por el error del otro establecida al modo de JAKOBS requerirá la representación subjetiva de las circunstancias que la fundamentan, vía por la que, junto a la exigencia de dolo (no cabe participación imprudente), otras concepciones realizan una restricción aún mayor de la responsabilidad por la participación en hecho de otro. Quizá por eso dice al final JAKOBS: “Cualquier análisis del lado subjetivo se ve precedido del análisis de la imputación objetiva. En este sentido, la autoría mediata (con instrumentos que actúan por error), es un problema de la imputación objetiva” [34]⁶⁰.

En LH-Cerezo Mir, 735 ss., HERNÁNDEZ PLASENCIA, después de criticar a la doctrina (creciente) terndente a acotar la materia de autoría y participación con criterios de imputación objetiva [744 ss., 748], entiende que sin negar importancia y función delimitativa de la responsabilidad a la imputación objetiva, la autoría exige dominabilidad, una categoría acuñada por HASSEMER que determina que la autoría no se circunscriba ni al dolo ni al resultado sino al “hecho típico en su conjunto” [754, 755], al dominio de “la cualidad lesiva de la acción” [757] (*vid. infra* XIV 78).

29

9. LA CUESTIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA⁶¹

1. La premisa metodológica de que parte ROXIN, Autoría y dominio del hecho, para trazar un concepto tan ambicioso como el de autor, es la que arranca del rechazo

30

⁶⁰ El subrayado es nuestro. JCC.

⁶¹ *Vid.* CEREZO MIR, PG, III, 208 ss.; PÉREZ ALONSO, Coautoría, 22 ss. (desde la óptica de la distinción coautoría-cooperación necesaria), 133 ss., 165 ss., y en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 726 ss., 731 ss. (¡excelente!); BACIGALUPO, PG⁴, 355 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 33 ss., 93 ss.

a concepciones metodológicas anteriores por basarse puramente en el causalismo, el teleologismo y el ontologismo [21 ss.], apuntando ya, desde la premisa metodológica, a un concepto sincrético (aunque no meramente acumulativo) que, a la vez, capte el sentido (de la realidad previa) y determine los fines de regulación (y, por tanto, teleológico) [36 ss.]. ROXIN, en efecto, propone un concepto de autor desde premisas metodológicas que sintetizan los aspectos ontológico y teleológico de esta parcela de la teoría del delito. La relación entre ambos enfoques sirve para evitar extralimitaciones que se han dado y se dan a la hora de acuñar el concepto de autor y diferenciarlo del de partícipe. Así: 1) Debe rechazarse tanto el concepto causalista tradicional como cualquier otro tan abstracto “como los de lesión del bien jurídico, lenguaje común, merecimiento de pena, peligrosidad, estructura final, etc. (*nota bene*)” [39], y, en su lugar, con un método captador de sentido y determinante de fines, atenernos a los preceptos de la PG del CP sobre autoría y participación y los tipos de la PE; pero sin deducir de ahí un concepto de autor válido para todas las formas de comisión (delito doloso e imprudente, de comisión y omisión) y sí individualizadamente pero conforme “a puntos de vista metodológicos unitarios (*nota bene*)” [39 s.]. 2) Debe huirse de considerar plenamente estructurada de antemano la realidad a regular, en cuyo caso las figuras serían poco claras, pues a la postre no se podría saber si quien contrata a un matón para un asesinato es autor mediato, coautor o inductor [40]. En su lugar, con un criterio captador de fines, se deben prever conceptos que no impidan extenderse por sus márgenes (no acotados por el concepto) conforme a criterios valorativos (no ontológicos). Pero, por otro, es erróneo entender que el núcleo de la materia no está articulado previamente; por eso no puede definirse la autoría como “merecimiento de punición” a ese título [41]. 3) Los criterios de captación de sentido y determinante de fines se interpenetran de manera que el concepto inicialmente elaborado conforme a un punto de vista, pero fecundado por el otro, experimenta una ampliación [42], en base a la regulación legal de la materia (formas de autoría principalmente) y a un baremo de diferenciación prejurídica lo más simple posible, necesitado, claro está, de desarrollos posteriores particularizados.

31 ROXIN no es el fundador de la doctrina del dominio del hecho, pero la enriquece y perfila de tal modo que bien puede ser tenido como su principal artífice. La teoría del dominio del hecho de ROXIN se basa en haber puesto de relieve la unilateralidad (que no invalidez) de las teorías anteriores sobre la autoría (lo que le permite afirmar que aquella teoría se ha impuesto en la doctrina): causal, subjetiva, formal y ontológica⁶², y en la mayor concisión y precisión que él le ha dado a la teoría del dominio del hecho (lo que explica que no sea un mero continuador sino un refundador)⁶³. Para lograrlo se propone dos tareas: 1) describir los casos de autoría, y 2) desarrollar un concepto general de autor [127 s.], objetivos nada brillantes si no fuese porque él ha

⁶² Una deslumbrante exposición crítica de las teorías puede verse en Autoría y dominio del hecho, 51 ss.

⁶³ Una excelente exposición sobre los antecedentes de la teoría puede verse en Autoría y dominio del hecho, 79 ss.

logrado convencer de que ambas tareas se refunden en una a través de lo que considera un concepto *abierto*: Mediante el procedimiento descriptivo enumera los casos dados (p. ej. las figuras ya acuñadas doctrinal y legalmente de autoría directa, mediata y coautoría) y que puedan darse. Mediante la introducción de un principio regulativo se crea la posibilidad de considerar como autoría “hechos” dejados de lado por una regulación que, a la vez que permite generalizar, se sabe incapaz de abarcar todos los casos (formas) de autoría que puedan darse [147].— A tal fin, ROXIN, siguiendo las fórmulas legales de la autoría única [149 ss.], la autoría mediata [163 ss.] y la coautoría [303 ss.], realiza un estudio exhaustivo y monográfico de cada una de ellas que le permite hablar de dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional, respectivamente, y le sirve para hacer un balance de la fertilidad de la teoría del dominio del hecho.— Finalmente, procede ROXIN a verificar su concepto de autor como figura central del acontecer [335 ss., 366], abundando, además, en las concretas regulaciones legales, en los delitos de comisión [365 ss.] y omisión [495 ss.], lo que revela, dada la especificidad de la omisión frente a la comisión, un mundo propio que obliga a configurar la autoría y la participación del modo específico al que aludiremos cuando estudiemos los delitos de omisión, y revela, también, que respecto a los delitos de comisión, hay en su seno, junto a los delitos de dominio, hegemónicos en la materia, dos grupos de delitos con características específicas respecto a la autoría, los delitos consistentes en la infracción de un deber [383 ss.] y los delitos de propia mano [432 sss.].— Por lo que se refiere a los delitos de infracción de deber, se trata, según ROXIN, efectivamente, de que la posición central en el tipo del autor no se deriva del dominio del hecho, sino, directamente, de un deber jurídico previo a lo penal [385], que convierte en autor a quien, siendo titular de aquél, interviene de cualquier forma en los hechos, con consecuencias para la participación y para las restantes formas de autoría además de la directa [386 ss.]. ROXIN, que reconoce que su fundamento es distinto al del dominio del hecho, ve salvable la unidad sistemática en torno a la caracterización, también suya y extraída de los casos de dominio del hecho, del autor como “figura central del suceso de la acción”, suficientemente abstracto como para asegurar su generalidad (para permitir inclusiones de formas específicas, como ésta), la necesidad de compatibilizar el sistema doctrinal con las regulaciones del legislador y compatibilidad con lo que no deja de ser un cuerpo extraño heterogéneo reducido, a su vez, a unidad mediante el concepto de “delito consistente en la infracción de un deber” [411 s., 429 s.].— Por lo que se refiere a los delitos de propia mano, ROXIN reconoce, a pesar de lo dudoso de la figura, un grupo reducido de tipos en los que, efectivamente, la autoría sólo se fundamenta con la realización personal de la acción típica [483], sin que, por otra parte, quepa reducirlas a delitos consistentes en la infracción de un deber [444], lo que ocurre con los delitos que tipifican una serie de acciones que revelan una determinada actitud (p. ej. receptación habitual) y tipos (algunos sexuales) que tipifican una acción deshonesto no necesariamente lesiva de bien jurídico alguno [444 ss.], a pesar de ello, con su efecto característico de no posibilidad de la autoría mediata. Ello no obstante, sus peculiaridades no dan para fundamentar una teoría que se pueda contraponer a la de los delitos de dominio e infracción de deber [468]. Al final, ROXIN se conforma con esta distinción tripartita, dándose

por satisfecho (lo que realmente merece) de haber establecido la distinción trimembre anterior, e, incluso, experimentando si cabría añadir alguna más [469 ss.]⁶⁴.

- 32** De la imponente y exhaustiva teoría de ROXIN, dejando aparte las diferencias puntuales que cabe pensar y deben mencionarse en su lugar oportuno, la única objeción general que cabe hacerle quizá estribe en su construcción del dominio del hecho de segundo o ulterior grado, siendo así que en realidad todos los casos de dominio del hecho son de primer grado, o auténtica y primigenia autoría.
- 33** 2. El gran reto de futuro a la teoría del dominio del hecho será probablemente una teoría puramente normativa que, iniciada por JAKOBS, Injerencia y dominio del hecho, 63 ss., fundamenta la autoría en la infracción de un deber especial.— Mientras que otras teorías que no reconocen la hegemonía de la del dominio del hecho, aunque sea con matices, se basan en teorías anteriores, fundamentalmente la objetivo-formal, la normativa de JAKOBS y sus seguidores pretende ser una superación de ella.— Concretamente, JAKOBS, que reconoce el mérito de ROXIN al incluir un concepto de autor por infracción de deber junto al de autor por dominio del hecho, desarrollándolo en unos términos que el propio JAKOBS admira, ha comenzado más recientemente a apuntar hacia una posible superación de la teoría del dominio del hecho, que sería absorbida por la de la infracción del deber como fundamento único de la autoría, con lo que el concepto unitario de autor, de ROXIN, de figura central, que difícilmente puede absorber al mismo tiempo un concepto ontológico, como el de dominio del hecho, en los delitos de dominio, junto a otro normativo, el de los delitos de infracción de deber, podría obtenerse, mejor, convirtiendo a los delitos de dominio en delitos de deber [66].— En la autoría directa, sostiene JAKOBS, no basta el dominio de la causalidad para fundamentar la autoría; hace falta que, además, el sujeto sea competente, es decir, obligado a evitar el delito. *Ejemplo*: El empleado que tiene el cometido de abrir una compuerta de agua cuando alcanza un determinado nivel, aunque causa el vertido contaminante, no es autor, y sí los ingenieros que contaminaron el agua [69 s.].— En la coautoría, la única forma de alterar el principio de auto-responsabilidad hasta el punto de permitir imputar a un sujeto lo realizado por otro plenamente responsable, en lugar de seguir el principio de división del trabajo [73], es haciendo posible la conducta del segundo en actuar con significado objetivo [76], lo que sólo se consigue por una de estas dos vías: Actuando en un contexto no caótico, sino conectado ya con la comisión posterior de un delito (no es lo mismo vender un cuchillo a alguien que entra en la tienda a comprarlo, que hacerlo a quien se presenta exaltado, pide un cuchillo de enormes proporciones y está dispuesto a pagar el precio que sea) o realizando una conducta en sí ya lo suficientemente peligrosa como para constituir delito de peligro abstracto, aun en el caso de no producirse en contexto delictivo.— Toda participación es injusto propio a través de otro [78], siendo más clara, que no decisiva, la proximidad de la aportación a la ejecución principal [79].— También es

⁶⁴ Sobre la doctrina del dominio del hecho *vid.* también HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 67 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 583 ss.

de ejecución la conducta de crear el marco de la ejecución, no sólo la de quien la ha llenado de contenido [83].— Distinguir entre coautoría y participación es una cuestión cuantitativa, no cualitativa; para determinar esa cantidad de injusto que permite elevar la participación a autoría, es útil todavía la doctrina del dominio del hecho [85], como evidencia la proximidad o lejanía a la acción principal.— Importante para fundamentar la distinción entre autoría, participación y coautoría, es la competencia; de ahí que sean coautores los ingenieros que omitieron evitar el vertido contaminante y mero partícipe el empleado que se limitó a abrir la compuerta, sin que entre sus obligaciones estuviera la de comprobar la calidad del vertido [89 s.].— Finalmente, por lo que respecta a la autoría mediata, la premisa es la de que la autoría mediata es autoría directa, con la única peculiaridad de quien, puesto que el instrumento de comisión del delito no es un objeto inanimado sino una persona, y cuando la persona interviene en un hecho el principio de autoorganización puede impedir dirigir la responsabilidad más allá de quien actúa directamente, hay que distinguir (93).— Al efecto, JAKOBS, construye tres grupos de casos problemáticos de autoría mediata.— El primero de ellos plantea cuándo el comportamiento propio puede fundamentar una imputación por el comportamiento de otro. Aquí la respuesta de JAKOBS es la misma que en la coautoría: cuando realiza una aportación dirigida directamente a que el instrumento cometa el delito y no cae dentro del ámbito de autoorganización del instrumento (en otro caso sólo complicidad de aquél) evitar ese resultado. *Ejemplo de JAKOBS*: El dueño de las armas exhibe ante su visita un arma cargada sin que la visita conozca ni sea competente para conocer las características del arma. De ahí también que tanto quien se ampara en la legítima defensa como quien participa en la defensa sean instrumentos del autor de la agresión (94 ss.).— El segundo grupo de casos de autoría mediata en la concepción de JAKOBS, es el de lo que denomina “competencia por la condición (defectuosa) del instrumento”, que engloba los casos tradicionalmente estudiados en el capítulo de la autoría mediata, como casos de error y coacción del instrumento. La peculiaridad en el tratamiento de JAKOBS está en que los considera de autoría mediata no por el dominio del hecho del autor mediato sino por su competencia. Allí donde el autor mediato es competente para que la víctima no sufra menoscabo, su comportamiento más allá del riesgo permitido fundamentará la imputación: El vendedor de un producto, p. ej., afirma que la sustancia que vende carece de efectos nocivos, lo que no es el caso. Es más, no se trata de que el instrumento carezca de determinados conocimientos o se sienta coaccionado, sino de si evitar el riesgo que crea es competencia por su rol. *Ejemplos de JAKOBS*: Si el jefe de obra dice al peón erróneamente cómo se prepara un material, y el peón, por sus conocimientos (ya que estudia ingeniería en invierno), sabe que así el material se estropeará, el peón sigue siendo instrumento de alguien, el jefe de obra, o autor (competente), que no responderá frente a la víctima: el empresario, por su desconocimiento. Que alguien será instrumento de coacción debido a la amenaza a familiar no depende de que sienta en propia carne el mal, sino de si su papel como familiar obliga a apartar ese mal (96 ss.).— Finalmente, en un tercer grupo de casos de autoría mediata se incluyen los supuestos en los que se utiliza a inimputables. Nadie debe dejar cerillas al alcance de un niño. Y si lo hace es responsable en autoría mediata por lo que aquél haga. Hay, pues, casos en que todos

deben responder por los actos de grupos sociales como los niños (100 ss.).— *Vid.* las consideraciones críticas anteriores sobre normativización de la participación en el pensamiento de este autor *supra* XIV 23 ss.

34 3. Es muy difícil clasificar los numerosos posicionamientos de la doctrina española en torno al fundamento de la autoría. Haciendo una simplificación grosera, que a algunos puede incluso molestar, con razón, cabe decir que en España dominan posiciones muy próximas a las teorías objetivo-formales⁶⁵, con muy tímidas aproximaciones al menos hasta ahora (quizá aumentarán en el futuro) a modelos objetivo-materiales, y no se ha impuesto la doctrina del dominio del hecho, que incluso ha encontrado contundentes detractores. Es de destacar que el planteamiento de la cuestión en España ha estado muy condicionado por la regulación específica y peculiar de la materia en el CP⁶⁶.

35 a. La primera gran monografía española sobre la autoría en sentido moderno es la de GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice.— Aunque ha criticado todas las teorías reinantes y desarrollado la suya de forma muy apegada a la regulación del derecho positivo [19 ss., 115 ss.], si de ubicarle se trata ha de decirse que con GIMBERNAT ORDEIG (y con RODRÍGUEZ MOURULLO, que escribe sobre la materia al mismo tiempo) se inicia una tradición española de gran peso que al menos está muy próxima a las tradicionales teorías formal-objetivas de la dogmática alemana⁶⁷.— Las razones de partida por las cuales bautizar así a la teoría de GIMBERNAT ORDEIG estriban en que: 1. Considera autor a quien realiza plenamente la conducta recogida en el tipo de la PE, hasta el punto de que si no existieran reglas generales de la autoría, autor sería sin duda quien realizara el tipo [217, 218 ss.]. 2. Considera que el autor en el que está pensando la regulación de la autoría en la PG es quien ejecuta la acción principal, pero, en cambio, no toda acción ejecutiva es ya de coautoría; de ahí que critique la doctrina del dominio del hecho, de ROXIN [122 ss., 144 ss.], como producto de la coautoría, al considerar, p. ej., de autoría (coautoría) la conducta de quien sujeta a la víctima en la violación, o a quien vigila mientras otro roba [95, 99, 107], proponiendo en su lugar, para la distinción coautoría-complicidad la distinción de los bienes escasos [151 ss., 194 ss.] y una lúcida anticipación de lo que después ha dicho JAKOBS sobre la proximidad o lejanía de la aportación a la ejecución principal [149]. 3. Considera que precisamente porque el llamado autor mediato no ejecuta de propia mano

⁶⁵ Vid. también HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 22, 25; BACIGALUPO, PG⁴, 364.

⁶⁶ Acerca de la cuestión del estado sobre la fundamentación de la autoría y su distinción de la participación tras la promulgación del CP 1995, *vid.* OLMEDO CARDENETE, Inducción, 182 ss., y en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. artículos 27, 28 y 29, 175 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 363 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 52 ss., 59 ss.; BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 124 ss.; PÉREZ ALONSO, Coautoría, 367 ss. (muy amplia y valiosa), y en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 727 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 63 ss.; GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 89 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 619 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 400 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 148 s.

⁶⁷ *Vid.* también GIMBERNAT ORDEIG, PG, 142 s.

la acción típica no es autor (recuérdese que en la redacción anterior el CP no contemplaba expresamente la autoría mediata) [222 ss.].— Por todo ello, puede decirse que GIMBERNAT ORDEIG sustenta una tesis a caballo entre lo objetivo-formal y lo objetivo-material, que pone énfasis en los términos típicos más estrictos. Su teoría sobre la autoría es pues muy rígida.

b. También pionera y de mucha influencia posterior en la concepción dominante sobre la autoría en España ha sido la concepción de RODRÍGUEZ MOURULLO (CCP, I, ss.), quien, al igual que GIMBERNAT ORDEIG, desde una posición muy apegada a la regulación legal del CP, defiende una teoría que, con matices, al igual una vez más que GIMBERNAT, puede ser tenida por una concepción objetivo-formal de la autoría⁶⁸. Los argumentos que permiten esta clasificación son los siguientes: 1. Considera que el concepto de autor lo proporciona la descripción típica de la conducta delictiva en el tipo correspondiente de la PE [CCP, I, 802]; quien realiza todos los elementos del tipo en su persona es autor, en tanto que el art. 14. 1 r. a. consideraba suficiente para la autoría realizar algún (no necesariamente todos) elemento del tipo, con lo que extendía la autoría. 2) Consideraba que la autoría mediata no se contemplaba en el art. 14, siendo sin embargo una figura necesaria; por eso, la extraía sin dificultad, directamente, de la regulación correspondiente del Libro II CP [CCP, I, 807, 811]⁶⁹. 3) Consideraba que la coautoría, entendida como la realización de al menos algún acto ejecutivo o típico (con rechazo de la doctrina del acuerdo previo del TS) [CCP, I, 829 ss.], tenía su anclaje en el art. 14. 1 [CCP, I, 836 s.]⁷⁰.— A RODRÍGUEZ MOURULLO cabe objetarle que juegue con dos conceptos de autoría: uno, que extrae del tipo correspondiente de la PE, y otro, que lo extrae de las normas sobre autoría contenidas en la PG, con normas tan abstractas como la definidora de la autoría como “ejecutar”, que tantos quebraderos de cabeza dio a algunos. Sin que, por otra parte, RODRÍGUEZ MOURULLO pretenda obtener una teoría unitaria producto de la intelección de unas y otras normas, y sí resolver problemas concretos sin más pretensiones.

c. CEREZO MIR, PG, III, 208 ss., que parte de la infundada premisa (de forma semejante, después, OLMEDO CARDENETE: *vid. infra* XIV 48) según la cual un CP que se inspire en la lesión objetiva del bien jurídico tenderá al concepto extensivo de autor en tanto que si se inspira en el injusto personal (como el español, con la punición de la tentativa inidónea) propiciaría el dominio del hecho como fundamento de la autoría (facilitando el fundamento de la coautoría y la autoría mediata como formas

⁶⁸ En el mismo sentido, siguiéndole, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 479 ss.

⁶⁹ *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, ADP, 1969, 462 ss., 467. En el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 486, reclamando su regulación positiva para evitar suspicacias.

⁷⁰ En términos semejantes OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 491 ss., jugando con la norma de la PE, a cuya alusión directa al coautor: quienes realizan el tipo en común (coautoría en sentido estricto), se añade quien realiza actos ejecutivos no típicos e incluso el *extraneus* en delito especial de varios actos algunos de los cuales no requiere propiedad especial de la autoría.

de autoría junto a la indiscutible: material y formalmente, de la autoría directa o ejecutiva) (Problemas, 173, PG, III, 212), entiende que según la regulación actual, con la inclusión en el art. 28 I de la coautoría y la autoría mediata (antes, en cambio, se resistió, por respeto a la positividad del derecho, a reconocer la autoría mediata), autor es tanto quien “realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho” como quien “tenga el dominio del hecho aunque no realice la acción típica (*nota bene*)” [PG, III, 213]⁷¹.— A CEREZO MIR cabe contraponerle que una teoría que pretende basarse en la suma de dos conceptos complementarios que no dan lugar a un concepto único que de alguna manera los refunda, no constituye una auténtica teoría con pretensiones de sistematicidad.

38 d. VIVES ANTÓN, que escribe tras el impacto de la renovación de la materia que habían supuesto los trabajos de GIMBERNAT ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO, con quienes conecta, especialmente con el segundo, corrige muy certeramente su pensamiento sosteniendo que no es necesario, para ser autor, realizar todos y exclusivamente los elementos del tipo, habiéndolo ejecutado (de propia mano), aspecto en el que tanto insistieron GIMBERNAT ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO para justificar la peculiar regulación del art. 14. 1 a. r. De ahí la consecuencia capital de que tan autores *reales* son el autor único o inmediato como el coautor y el autor mediato, pues todos ellos “toman parte directa” en la ejecución de los hechos (Libertad de prensa y participación criminal, 189).— Más recientemente, y con validez también para la nueva regulación de 1995, sostiene una versión específica de teoría objetivo-formal según la cual son los términos típicos los que permiten considerar autor a quien lleva a cabo “la acción que se desprende del injusto tipificado por la Ley” (PG⁵, 747); y, puesto que los tipos son muy diversos, no cabe un concepto unitario material [PG⁵, 746]⁷².— Respecto a la más reciente concepción de VIVES ANTÓN sobre la autoría, renunciando a proporcionar un concepto de la misma que vaya más allá de la alusión de los términos típicos y sugiriendo de que habrá tantas concepciones de la autoría como maneras típicas de aludir a ella, cabe objetar que se trata de la más radical antiteoría inspirada en la teoría objetivo-formal, cuya concepción tradicional al menos remitía a quien ejecutaba los hechos constitutivos del tipo en cuestión. Se trata una vez más de la vuelta a BELING que está suponiendo el pensamiento de VIVES ANTÓN en muchos aspectos de la teoría del delito (*vid. supra* VII 12).

39 e. RUIZ ANTÓN, que entiende que el concepto de autor no cabe obtenerlo de una concepción dogmática determinada, como la del injusto personal o el dominio del hecho, con la que simpatiza, sin tener en cuenta las concretas regulaciones de derecho positivo, como el nuestro, cuya regulación de la autoría y de la participación hace que p. ej. la cooperación necesaria como forma de autoría no admita que sólo cuando dé

⁷¹ *Vid.* también: Problemas, 162 ss., 173, 337 s.; Presupuestos para la reforma penal, 40, 41.

⁷² *Vid.* también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 280; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 746 s.

lugar a dominio del hecho constituya autoría, y algo distinto en caso contrario (tesis de CEREZO), sino que, guste o no guste, la cooperación necesaria, en nuestro derecho, es una norma de autoría que debe respetarse, no valiendo, en este aspecto, la teoría del dominio del hecho, apta quizá para el derecho alemán, por su parca regulación de la materia, pero no para el derecho español, que contiene normas incompatibles con esa teoría.— Partiendo de esas premisas, y del concepto restrictivo de autor, con su correlato, la accesoriedad de la participación, que también deduce de la regulación legal, RUIZ ANTÓN critica muy agudamente la abigarrada doctrina española, para, desde una posición simpatizante con la teoría objetivo-formal, entender que el concepto de autor lo proporcionaba el art. 12. 1 r. a. en relación con el tipo correspondiente de la PE. Y puesto que muchos tipos de la PE pueden cometerse en forma de autoría directa, mediata y en coautoría, no hay para RUIZ ANTÓN mayores dificultades en este aspecto. En cambio, y en contra de un amplio parecer doctrinal, pero como ha sostenido acertada aunque no coherentemente otro sector, el art. 14. 1 r. a. no proporcionaba el concepto de autor, sino que esta norma contenía una forma de participación (como las restantes del art. 14) elevada a autoría (por extensión), concretamente aquellos casos en que alguien llevaba a cabo la ejecución del delito pero no reúne en su persona alguna cualidad de la autoría regulada por el tipo de la PE, como los delitos especiales propios o la antigua violación (la mujer como ejecutora de la acción de sujetar).— La principal objeción que cabe hacer a RUIZ ANTÓN es que entendiéndose que la regulación legal española fuese incompatible con una determinada concepción sobre la autoría que le pareciera válida, pues si para algo están las teorías en derecho es para verificarlas en el derecho positivo, buscando una explicación a fenómenos que aparentemente la contradigan antes de renunciar a aquélla, lo que en la r. a. y en la r. n. del CP ocurría y ocurre con la cooperación necesaria: que cabe encontrarle una explicación (agravación de la responsabilidad en algún caso de complicidad), sin necesidad de modificar el concepto de autoría conforme a la teoría que se estime la concibe mejor.

f. Para LUZÓN PEÑA, autor es quien *determina*, en sentido prejurídico (después corregible normativamente) (Estudios penales, 218), *objetiva y positivamente* el resultado. Ese determinar, característico de la autoría, es común al delito doloso y al imprudente, estribando la diferencia únicamente en el hecho de que mientras en el primer caso (delito doloso), puesto que al dominio objetivo y positivo se añade el dolo, el autor puede corregir algún desvío posterior imprevisto o la víctima, por captar la forma en que el autor dirige el acto, acceder p. ej. a la coacción [208], en el segundo, determinación imprudente, puede hablarse de determinación potencial, en el sentido, y sólo en ese sentido, de que el autor habría podido determinarlo igual dolosamente [207].— El fundamento material de este concepto de autoría lo proporciona la autonomía o no dependencia de otras acciones o circunstancias para que sobrevenga el resultado [217].— Puesto que en todo resultado pueden intervenir otras acciones y factores, humanos o naturales, hay que distinguir entre autoría directa, mediata y accesoria, y participación, estribando la peculiaridad, a título de ilustración de lo anterior, de la autoría mediata en que en ella tanto el instrumento como el autor mediato determinan objetiva y positiva-

mente el hecho [221].— Lo anterior no es un fenómeno especial, pues también el autor directo unipersonal actúa flanqueado por factores naturales y acciones de otros agentes, siendo necesario precisar en qué se basa la autoría, que no es, en contra de una posición extendida, la ejecución de propia mano, sino más bien la ejecución o determinación forzosa; cuestión a dilucidar en cada caso ya que puede haber realización de propia mano sin autoría [222].— Para ilustrar lo anterior y ejemplificar su concepción, LUZÓN PEÑA construye los casos siguientes: a) Quien levanta el pantalón para que un perro muerda más fácilmente no es autor de las lesiones ni partícipe en la acción de lesionar; b) Si el perro ha sido azuzado por un tercero, el sujeto del ejemplo anterior es cooperador; c) Es dudoso que quien sujeta a la víctima para que otro la lesione sea autor, ya que no realiza todos los elementos de las lesiones, y sólo en algunos casos será cooperador (LUZÓN PEÑA no especifica más); d) El trabajador que obstruye con una máquina el espacio por donde otro trabajador ha de huir para que una viga que se ha desprendido sola no le alcance, es autor porque por tratarse de un fenómeno natural él sólo determina el hecho (lo domina) al aprovecharse, aunque no lo haya provocado, del curso peligroso.

- 41 g. En la estela de su maestro, LUZÓN PEÑA, y del maestro de su maestro, GIMBERNAT ORDEIG, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en su profunda monografía estudia ampliamente el fundamento y límite de la coautoría, para defender la tesis de LUZÓN PEÑA sobre la determinación objetiva y positiva del resultado, que comparte (Autoría en Derecho penal, 625 ss., 677 s., 690)⁷³.— DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sólo considera coautores a quienes determinan objetiva y positivamente el resultado, lo que es un concepto más restringido de coautoría que el de dominio funcional de ROXIN. Así, ejemplificado, mientras que para ROXIN tan coautores son A, que vigilará y estará preparado para que todos huyan, como B, que abrirá la puerta con una ganzúa, y C y D, que entrarán en la casa y acuchillarán a la víctima; para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, sólo los dos últimos son coautores⁷⁴.
- 42 h. Con buen criterio, le ha contrapuesto CEREZO MIR, PG, III, 222 s., Presupuestos para la reforma penal, 42 ss., a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la existencia de actos ejecutivos no típicos y que deba procederse a la acotación de la autoría con criterios de merecimiento y necesidad de pena: quien sujeta a la víctima mientras que otro clava el cuchillo realiza parcialmente el tipo de asesinato.— Argumenta muy bien en contra del planteamiento básico de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (extensible al de LUZÓN PEÑA), en el sentido de que no puede utilizarse por prescindir, de entrada, del aspecto subjetivo del tipo, sin cuya presencia no existe, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 39 s.
- 43 i. Para criticar la influyente concepción de la autoría de LUZÓN PEÑA y su escuela, nada mejor que establecer un paralelismo con la tentativa (*vid. supra* XIII 1

⁷³ *Vid.* también EPB, 145 ss.

⁷⁴ A esta concepción del dominio positivo y objetivo del hecho como fundamento de la autoría se han adherido también LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 389 ss.; GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 88 s.

ss.): No se puede partir del delito consumado ni prescindir del elemento subjetivo inescindible del objetivo del comportamiento que se está desarrollando desde el principio, si se quiere comprender el significado de la autoría y la participación en la teoría del delito. Si se procede como hicimos al abordar el problema de la tentativa, cuya culminación es el delito consumado, se derrumba la brillante teoría de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sobre la autoría, que tantos seguidores está obteniendo: Es imposible dar como autor a quien realiza la parte objetiva y positiva del tipo sin considerar ya a la persona que conscientemente ha venido actuando para conseguir eso y lo ha conseguido, a quien se llama autor y, en ese sentido, forma parte del tipo objetivo sin el cual éste no es ni concebible. De ahí, también, el equívoco, y sus consecuencias, de la teoría de estos autores sobre participación en la imprudencia cuyo tipo objetivo sería, según ellos, el mismo del delito doloso (*vid. infra* XV 174).

j. Partiendo de lo limitado del dominio del hecho, un criterio de imputación de la autoría, pero no el único, por su apego ontológico, siendo así que la imputación es un concepto normativo, entiende MIR PUIG, PG⁷, 373 s., que para ser autor (para que el delito le pertenezca como suyo), el sujeto, en los delitos de resultado, es necesario que además de haberlo causado de forma que se le pueda imputar objetiva (relación causal y de riesgo) y subjetivamente (dolo o imprudencia), lo que no basta para fundamentar la autoría, porque todo lo anterior también puede postularse del partícipe, y porque a veces causa pero no domina la producción material del resultado, lo que hace otro (autor mediato), o sólo domina una parte pero no todo el proceso causal (coautoría), se encuentra en una *relación de pertenencia* con el hecho, lo que sólo ocurre cuando o bien él solo domina todo el proceso causal (*autor único*), lo que no hacen su posible inductor y cómplice, bien es un *autor mediato*, “único causante al que puede imputársele (*el hecho*) como propio”, bien un *coautor*, por el reparto a partes iguales del plan global de la ejecución⁷⁵. – *Vid. supra* XIV 27, las consideraciones críticas sobre el pensamiento de este autor acerca de la autoría.

k. Según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EPM-Valle Muñiz, puesto que el CP 1995 no distingue ya, como con anterioridad, entre ejecutar el hecho y realizarlo, lo que daba lugar a una amplia discusión sobre el concepto legal de autor (578 s.), y tras describir las principales diferencias de redacción en materia de autoría y participación del CP antes y después de 1995 (579 ss.), entiende que autor es quien realiza o ejecuta hechos típicos y partícipe quien interviene sin realizar hechos de esa índole, con lo que estaría siguiendo la teoría objetivo-formal (582 ss.); verificando a continuación (583 ss.) si dicho concepto resuelve todos los problemas a que la mencionada teoría se ha visto enfrentada, llegando a la conclusión de que lo hace en términos asumibles. – Ello es así, que la redacción del CP se pliegue a la teoría objetivo-formal, porque esta teoría se adapta a todas las regulaciones. Lo que ocurre es que, por el contrario, no permite explicar, más allá de su reconocimiento legal, la autoría mediata

⁷⁵ *Vid.* la crítica al pensamiento de este autor que realiza HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 48. *Vid.* también la exposición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 613 ss.

y la coautoría (ni siquiera la participación, que requiere proceder ya *ab initio* teniendo en cuenta el elemento subjetivo, como por lo demás también en la autoría).

46 I. Díez RIPOLLÉS, RDPC, 2ª época, 1, 1998, después de mostrar que el CP de 1995 no obliga ya a entender que el concepto de autor remitiría a la PE en tanto que las normas sobre autoría y participación de la PG serían todas extensivas (26) y que parte del concepto restrictivo de autor (28 ss.), llega a la misma conclusión que OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (*vid. supra* XIV 45), acerca de que ya no cabe distinguir entre ejecutar el delito y realizarlo (30), con lo que el CP sigue la teoría formal-objetiva y no la del dominio del hecho (31 s.). Ahora bien, el CP no se conforma, según Díez RIPOLLÉS, con una pauta formal de configuración de la autoría, sino que la completa con otra material, aludiendo al autor único, al mediato y a la coautoría (33). Estas concreciones cumplen la función de precisar el tipo en cuestión, pero no la de seleccionar detro de él; función de precisión en la que se pueden apreciar dos componentes, una de *acceso al tipo*, que actúa como filtro de los comportamientos que caben en su seno, y otra de *control*, con la que “reflejar los diferentes modos de dominio de la producción del resultado” (34 s.). Aplicada a los casos de la autoría contemplados legalmente: 1) En la autoría única, el acceso al tipo se concreta en la realización de todos los elementos del tipo sin intermediarios, y el control en el dominio en solitario del suceso. 2) En la coautoría, el acceso al tipo lo proporciona la realización parcial del mismo, y el control la intervención conjunta de varios. 3) En la autoría mediata, el acceso al tipo tiene lugar por el intermediario y el control se basa en la capacidad de instrumentalizarlo (35 s.). Ambos componentes: acceso y control, permiten excluir otros comportamientos que sólo aparentemente son de autoría, como la cooperación necesaria (36 s., 41 s.).— Una vez más, vemos confirmado que la teoría objetivo-formal es un guante que se adapta a cualquier regulación. Ahora bien, lo que Díez RIPOLLÉS no puede justificar con esa teoría es la autoría mediata y la coautoría, ni su excelente construcción de tales fórmulas legales como claves de acceso y control de la autoría, claves que por cierto responden muy bien a la pretensión de la doctrina del dominio del hecho.

47 m. LESCH, Intervención delictiva, 13 ss., aborda la teoría de la participación desde la contraposición entre la dogmática normativista de su maestro JAKOBS, y la dogmática naturalista, a la que somete a profunda crítica. La primera premisa para ello es la teoría de las normas, ya que, según él, la norma no va dirigida a motivar al ciudadano para configurar su comportamiento, sino que va dirigida a hacerle ver al ciudadano que no debió haber infringido la norma, para que así prevalezca el ordenamiento jurídico [38 ss.]. De ahí la relatividad de distinguir entre autor y partícipe frente a lo común a ellos, que es haber negado la norma [39 ss.]. De ahí salta LESCH a la cuestión dogmática de esta fundamentación. Así, partiendo de la premisa general, que él interpreta “a su manera”, según la cual se identifica el hecho del autor con la realización típica, niega la posibilidad de definir la autoría en los casos de coautoría [47] y en los casos de realización de acciones sucesivas únicas o de varios [47]. *Ejemplificándolo* [51]: Si A y B se han puesto de acuerdo para robar en una casa e incluso

han encargado al cristalero C que fracture con cuidado la ventana por la que entrarán, resultará que el comportamiento de C determinará el comienzo de la ejecución del delito, a pesar de que en ese momento son todos detenidos por la policía aun en el caso de que, de haberse cometido el delito, A y B hubiesen utilizado una ganzúa para entrar por la puerta y no por la ventana.— Incluso la definición convencional de participación, la no ejecución de hecho propio sino de otro, en cualquier caso algo cualitativamente distinto a la autoría [46], también la cuestiona LESCH [51 ss.], pues su fundamentación entonces ha de basarse en el hecho ajeno o ha de determinarse cuál es el hecho propio de participación [52]. LESCH, con buen criterio, se inclina por la creación de un hecho propio, que identifica, en el caso de la coautoría, por el hecho único colectivo, superando la cuestión acerca de si se actúa antes del hecho o durante su ejecución, de propia mano o no, llegando a la conclusión de que la diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y que ha de prescindirse del concepto restrictivo de autor [55]. Conclusión: Debe superarse la concepción naturalística de la que proceden los conceptos de la participación [56] a favor de una imputación normativa (*vid. supra* XIV 23 ss.).— Finalmente, descartada la distinción autoría-participación tanto desde la teoría de las normas como desde la teoría de la tipicidad, hace lo propio LESCH con la teoría del dominio del hecho dominante (en Alemania) en la materia [57 ss.]. Partiendo de la premisa de que el partícipe domina el hecho de su acción, de la que es autor [58], la imputación de lo que han realizado varios: coautoría p. ej., no podrá fundamentarse en el dominio del hecho, lo que sólo podría hacerse con criterios normativos [60], reforzando esta argumentación contra la teoría del dominio del hecho con el mismo argumento de la tentativa que utilizó para la teoría de la tipicidad [62 s.]: En el ejemplo anterior, de la utilización del cristalero, A y B son autores sólo en función del *animus auctoris*, porque autor en la primera fase de la ejecución sólo es C. Si, además, A se fractura el tobillo antes de entrar en la casa, y sólo lo hace B, dejaría de dominar esa última parte de la ejecución.— Sobre cómo pueden establecerse diferencias cuantitativas de carácter normativo entre los diferentes intervinientes en el hecho colectivo: 70 ss., sorprendiendo lamentablemente su enorme ambigüedad.— La concepción de LESCH evidencia que, al igual que ocurría en la tentativa, para penetrar en la problemática de las formas legales de la autoría y la participación, como por lo demás para analizar cualquier problema relacionado con el comportamiento humano, y el delito es eso ante todo, guste o no guste a JAKOBS y los normativistas, es necesario colocarse en una posición *ex ante* y teniendo en cuenta las representaciones subjetivas y propósitos con que actúan los intervinientes. Y ello con independencia de cómo se valoren después los comportamientos correctamente analizados en sí mismos, con su componente objetiva y subjetiva inescindible que, además, se están desarrollando o cuyo desarrollo puede condicionar la valoración jurídica última.

n. Rechazando el dominio del hecho, entre otras razones, por su incapacidad de delimitar autoría y participación ontológicamente, necesitando recurrir al tipo en cuestión, defiende OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 377 ss., la teoría objetivo-formal, enriquecida con la construcción de BLOY sobre la participación como tipo de imputa-

ción; si bien, a diferencia de este último autor en el que se inspira, no utiliza los conceptos de dominio del hecho, accesoriedad y responsabilidad como instrumentos de acotación, sino, más bien, como criterios axiológicos de mayor o menor aportación de peligros para el bien jurídico, acudiendo al efecto a una terminología introducida en la teoría por BACIGALUPO, que le permite acuñar las siguientes categorías: 1) tipos principales o directores, que abarcan al autor único y a los coautores, que realizan, todos, plena y directamente el tipo delictivo; 2) tipos de referencia principales, que alcanzan al autor mediato y al coautor que no ejecuta todos los actos típicos a los que, sin embargo, se les imputa el tipo como si lo hubiesen realizado como autor en sentido propio y real, debido al significado de su aportación como peligro para el bien jurídico; 3) tipos de referencia dependientes o accesorios, que constituyendo la genuina participación, realizan un injusto propio, sólo que incluye la referencia a un injusto realizado por otro u otros como autores.— Se explican así las diferencias entre ordenamientos jurídicos como el alemán y el español, que amplía la autoría, en sentido axiológico, a la cooperación necesaria y a la inducción; y se explica así también la cantidad tan grande de tipos de delitos que contienen una inducción en el libro II del CP.— Se explica así igualmente el escepticismo de OLMEDO CARDENETE frente a la idea de accesoriedad⁷⁶.— Como pone de relieve la adhesión de OLMEDO CARDENETE a la construcción sobre la autoría de BACIGALUPO ZAPATER, un autor que siempre ha defendido la doctrina del dominio del hecho y la normativización de la autoría, en la estela de JAKOBS, ambas teorías, correctamente utilizadas, sin renunciar a lo que cada una de ellas puede aportar, aspecto en el que BACIGALUPO se distancia un tanto de JAKOBS, no hay la incompatibilidad que OLMEDO CARDENETE parece presumir, sino todo lo contrario, como su propia construcción evidencia.

- 49 ñ. *Balance general*: La existencia de la norma sobre autoría del art. 14 r. a., considerando autores del delito a quienes lo ejecutaren, forzaren a otro o le indujeran a cometerlo y a quienes cooperaren necesariamente en él, la fidelidad a la teoría formal-objetiva y el rechazo de la teoría del dominio del hecho, ha determinado que el capítulo de la autoría sea uno de los peor escritos de la teoría del delito en España (lo que ahora comienza a cambiar). Y si bien es cierto que buena parte de los equívocos que provocaba el art. 14 a. r. han desaparecido por su derogación y por la inclusión expresa en el art. 28 n. r. de las figuras de la autoría mediata y la coautoría junto a la autoría única, la doctrina española sigue padeciendo la misma confusión.— No se trata, ni se trataba con la a. r., de tener que acudir a la redacción expresa del tipo de la PE para averiguar quién es autor, diciendo que lo es, conforme a los postulados de la teoría formal-objetiva, quien realiza todos los elementos del tipo; por la sencilla razón de que, de esa manera, la respuesta sólo la va a dar quien realiza de propia mano todos los elementos del tipo⁷⁷ y, además, claro está, actúa dolosamente. Ni se

⁷⁶ OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 206 ss.

⁷⁷ *Vid.* muy elocuentemente RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 828; sobre los vericuetos que el TS hubo de recorrer para incluir en el art. 14 a. r. a la autoría mediata: 829 ss.

trata, a mayor abundamiento, de que los restantes supuestos de autoría, del art. 28 n. r., lo sean sólo por extensión. Se trata, más bien, de que la lectura del tipo particular de la PE no es inteligible sin quien, él solo, a través de otro como instrumento o junto a otro u otros como coautores, *domina de principio a fin mediante el dolo de causar los acontecimientos típicos*⁷⁸. Por eso es más completa la teoría del dominio del hecho que la teoría objetivo-formal.— Los reparos, por su parte, a la teoría normativa de la autoría son en cambio menos drásticos, ya que al fin y al cabo debido al hecho de que esa teoría está todavía en ciernes puede experimentar un desarrollo que no sea incompatible con el dominio del hecho (como ha ocurrido con los delitos de infracción de deber)⁷⁹. A expensas, pues, de lo que el futuro nos depare, sólo cabe advertir de que nuevos desarrollos sobre la autoría y la participación no supongan un paso atrás en la seguridad jurídica de una materia que, como ROXIN advirtió y contrarrestó con su magna obra, se presta mucho a soluciones arbitrarias.

10. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE PROPIA MANO

Son delitos de propia mano aquellos que requieren que la acción típica la lleve a cabo el autor (que siempre, por tanto, habrá de ser autor inmediato). Para reducir al máximo su ámbito, ROXIN, el gran sistematizador de esta modalidad de delito por contraposición (¿o complemento?) a los delitos realizables por cualquiera, ha propugnado, con buen criterio, considerar como delito de propia mano a los que no puedan reconducirse a la lesión de un bien jurídico mediante interpretación teleológica; casos en los que, por otra parte, habría que dudar de su constitucionalidad, precisamente por no contemplar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.— Así, son delitos de propia mano, ante todo, aquellos que no contemplan en el primer plano tanto la realización de una determinada acción como, más bien, una determinada actitud. Tal sería el caso p. ej. de la receptación habitual del art. 299.— Con buen criterio, considera también ROXIN como delitos de propia mano *improprios* a los que, en su terminología (*vid. infra* XIV 54 s.), son delitos consistentes en la infracción de un deber especial, como el falso testimonio (art. 458), la bigamia (art. 217), el abandono de familia (art. 226) y la prevaricación judicial (art. 446).— Se discute si el delito de conducción bajo la influencia de bebida alcohólica (art. 379) es un delito de propia mano (así ROXIN, para quien es paradigmático y prueba de la incompatibilidad con la autoría mediata), un delito consistente en la infracción de un deber especial de la autoría: un deber concerniente a quien se pone al volante (no cabiendo, pues, la autoría mediata) (tesis de SAMSON, SK, I⁵, com. §25, núm. marginal 71) o ni lo uno ni lo otro, cabiendo autoría mediata (del dueño del coche, p. ej., que no impide que un

50

⁷⁸ Ésta sería nuestra tesis principal sobre la autoría.

⁷⁹ Aunque la perspectiva actual no es tampoco halagüeña.

amigo embriagado conduzca su coche) (tesis de JAKOBS, PG, 733).— Más sobre esta vidriosa figura de los delitos de propia mano *infra* XIV 84, en el capítulo de la autoría mediata, donde tiene sus mayores repercusiones.

51 El hecho de que los casos más frecuentes que explican esta figura lo aporten los delitos consistentes en la infracción de un deber especial, que sí contienen un ataque al bien jurídico además de la característica infracción de un deber especial, muestra que ambas modalidades de delito, de propia mano e infracción de deber, no son alternativas sino complementos a los delitos de dominio.

52 En su monografía Delitos de propia mano, MAQUEDA ABRÉU, después de exponer minuciosamente los distintos intentos de fundamentación de esa vidriosa figura de la participación, comenzando por los intentos formales (apelación a la regulación legal de los preceptos de la PE) y deteniéndose especialmente en los materiales (con particular atención a los que cifran su peculiaridad en la caracterización de su autor) [23 ss.], que permite vislumbrar ya lo cuestionable de la figura [68 s.], pasa revista a las consecuencias de la calificación de un delito como de propia mano, comenzando por las limitaciones de las formas de autoría: exclusión de la autoría mediata, aunque MAQUEDA ABRÉU argumenta en contra de extender la excepción también a la *actio libera in causa* (el autor se instrumentaliza a sí mismo) [70 ss.], e imposibilidad de la coautoría [75 ss.]; y siguiendo por la participación en estos delitos, reconociendo que en principio es posible [78 s.], exceptúa a la inducción a un delito de propia mano cuyo autor no actúa dolosamente [79 ss.] dada la impunidad de la inducción a delito imprudente (además de la ya vista inviabilidad de la autoría mediata), que era el problema del célebre caso del burdel de Hamburgo [82 ss.]⁸⁰, pero no de la inducción a un hecho principal de propia mano cuyo autor actúe de forma no culpable (p. ej. menor determinado por la madre a testimoniar falsamente a favor del padre en un juicio por abusos sexuales), en cuyo caso no es posible la autoría mediata, ciertamente, pero sí la inducción (siguiendo a HERZBERG, en contra del parecer de ROXIN) [90 ss.]. Sobre la propia mano en los delitos propios e impropios de omisión: 92 ss. El último apartado de su breve pero denso libro lo dedica MAQUEDA ABREU a rebatir todos los argumentos que las diversas teorías dan en favor de la admisión de esta clase de delitos, propugnando ella su total abolición: 101 ss. Sobre los delitos de propia mano *vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 373 ss.; JAKOBS, PG, 731 ss.; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 789 ss.

53 GÓMEZ MARTÍN, RDPC, 2ª época, 17, 11 ss., después de pasar revista a los criterios formales y materiales para fundamentar la existencia de esta figura [16 ss.], concluye que estos delitos carecen de fundamento por lo que no sólo *de lege ferenda* [37] sino también *de lege lata* no deben representar ningún obstáculo a estimar la autoría mediata [37], con consecuencias sobre el problema del instrumento doloso no cualificado (*vid. infra* XIV 142)

⁸⁰ Un caso semejante de la jurisprudencia española: coacción al yacimiento de la víctima con tercero, que ignora la coacción de la víctima, es el considerado por CHOCLÁN MONTALVO, AP, 1996, 39 ss.

11. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

54

Más proyección que los delitos de propia mano tienen en la dogmática de la autoría los delitos de infracción de deber, que se tratan de contraponer a los de dominio. Hasta el punto de que recientemente JAKOBS pretende reducir a ésta la categoría básica de la autoría en detrimento de los delitos de dominio (*vid. supra* XIV 23 ss.).— Para abrir camino en el marasmo clasificatorio que comienza a ser este grupo de autoría, cabe decir ante todo que en estos delitos el acento no recae, o no tanto, en el dominio sino en el deber infringido. Por decirlo de forma simple: Si todo delito (de resultado) es a la vez un delito de dominio y de deber, los delitos de infracción de deber se definen por que cualquiera que sea la forma de intervenir el sujeto su intervención lo convierte en autor.— Traducido a las categorías tradicionales de participación, hay sujetos que por sus características personales (p. ej. funcionarios), son autores del delito con independencia de que hayan realizado de propia mano la acción típica o simplemente hayan realizado una acción que en otro caso sería de participación (inducción o complicidad) e, incluso, simplemente, hayan omitido evitar la lesión del bien jurídico (mientras que la coautoría y la autoría mediata presentan en estos casos una problemática específica). Esta concepción, simple, la de este grupo de delitos, es la de su creador, ROXIN (*vid. supra* XIV 30 s.), que tuvo muy presente en su configuración, como contrapunto, los delitos de dominio, también acuñados por él.— Con posterioridad, JAKOBS⁸¹ y su escuela, especialmente SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES⁸², han ampliado considerablemente y profundizado en la estructura de este grupo de autoría. La nota más destacada de este enfoque, y en la actualidad objeto de debate, es que el círculo de delitos de infracción de deber debe reducirse al de aquellos donde el sujeto soporta una obligación surgida de una *institución positiva*, de hacer cuanto sea necesario para evitar la lesión del bien jurídico⁸³. De esta manera, p. ej., el homicidio de la madre que deja morir a su hijo de corta edad de inanición es un genuino delito de deber. Pero el resto de omisiones, como p. ej. la del tercero que no hace nada por alimentar al bebé (omisión propia) o la del constructor que ha abierto una zanja por la que alguien cae sin hacer nada por sacarle (omisión impropia basada en la creación de una fuente de peligro), no son delitos consistentes en la infracción de un deber sino mera manifestación, junto a los delitos tradicionales de dominio, de lo que JAKOBS llama competencia organizativa, según la cual cada uno es responsable de lo que ocurre en su ámbito de organización, con independencia de que actúe u omita. Tan autor de lesiones es quien azuza al perro para que muerda como quien

⁸¹ PG, 718 ss., 791 s., 1023 ss.

⁸² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva.

⁸³ *Vid.* al respecto SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber, 93 ss.

no lo llama para evitarlo⁸⁴.— Las consecuencias derivadas de esta nueva concepción de la autoría, sobre todo en materia de autoría no directa, no corresponde estudiarlas aquí. Pero sí debe destacarse ya que la elaboración de esta categoría dogmática está siendo fructífera, y lo será más en el futuro, dada la creciente complejidad de personas implicadas en actividades que pueden resultar lesivas para los bienes jurídicos. De ahí determinadas reformas legislativas que no pueden comprenderse de otra forma. Que, p. ej., un constructor responda de forma equivalente por acción u omisión, para evitar el sarcasmo de que responda el albañil y no él, por un delito urbanístico (vid. art. 319. 3)⁸⁵, o que haya necesidad de fundamentar por qué la madre que no alimenta a su hijo recién nacido responde de la muerte del bebé y no el tercero que omite lo mismo, justifica el interés de las *instituciones positivas* de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES⁸⁶; todas estas son cuestiones de gran interés. Lo que, sin embargo, no está claro es que esta categoría de autoría se convierta en el referente básico de la materia, que lo seguirá siendo la del dominio. Se puede, incluso, partir del deber; sólo que a la hora de concebir el supuesto más simple de infracción del deber “al alcance de cualquiera” se pensará en términos de un delito de dominio.

- 55 La valiosa monografía de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, puede tenerse como un desarrollo de las tesis de JAKOBS sobre los delitos de infracción de deber [37 ss.], especialmente por lo que se refiere a la distinción entre delito de omisión y delitos de infracción de deber, dado que aquél no siempre es un delito de infracción de deber, como pretendió ROXIN [27 ss.], a quien no obstante le reconoce el mérito de haber acuñado el concepto de delito de infracción de deber, y la cuestión de la participación en estos delitos, en la línea del discípulo de ROXIN, CORTÉS ROSAS, además, y sobre todo, a la fundamentación de los delitos de infracción de deber en la doctrina de deberes institucionales. Para justificar la existencia de los delitos de infracción de deber, por cierto un concepto a acuñar interpretativamente, ya que no acuñado legalmente, se sirve SÁNCHEZ-VERA de la existencia de delitos que tanto se pueden cometer activamente como por omisión, como el homicidio o el quebrantamiento de condena, porque tales delitos muestran que si hay casos en los que tanto se puede cometer el delito actuando como omitiendo actuar, los de competencia por organización propia acuñados por JAKOBS, o los delitos especiales acuñados por ROXIN, y casos en los que hacer y omitir no son equivalentes para todos los autores, p. ej. la omisión del salvamento del menor es una

⁸⁴ Vid. al respecto JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), 1996, 20

⁸⁵ “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable del suelo no urbanizable”:

⁸⁶ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, RDPC, 17, 2006, 403 ss., 412.

omisión equivalente a la acción de matar en el caso de la madre y del socorrista, pero no en el del tercero (mera omisión del deber de socorro participación en la comisión por omisión de un garante), entonces no es válida la tesis de ROXIN, que considera que todo delito de omisión es un delito de infracción de deber [49 ss.].— Como consecuencia de lo anterior, concluye SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES en los términos de JAKOBS, que la distinción acción-omisión, a los efectos de la autoría, debe ser sustituida por la distinción dominio-deber, de manera que mientras que hay delitos que tanto se pueden cometer por acción como por omisión, incluidos aquellos que tienen circunscrita la persona del autor (delitos especiales), casos de competencia por organización, no ocurre igual a la inversa, ya que hay delitos que sólo los pueden realizar como autor quienes tengan un especial deber, los delitos de infracción de deber, que tanto pueden cometerlos por acción como por omisión. Así, p. ej., la madre del recién nacido es una obligada por especial deber, pero los demás sólo pueden responder como autores de homicidio del menor si lo hacen activamente [65 ss.].— Muchas páginas de la primera parte de su obra la dedica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES al importante tema de la fundamentación de los llamados *deberes institucionales activos*, que no obligan sólo a omitir dañar sino que obligan a proactuar a favor del bien jurídico protegido [83 ss., 93 ss., 107 ss., 123 ss.].— En la segunda parte de su monografía, se ocupa SÁNCHEZ-VERA del problema de la participación en los delitos consistentes en la infracción de un deber [181 ss., 215 ss.], tema respecto al cual sostiene la tesis de que, tratándose de un auténtico delito de deber, pierde sentido la tradicional distinción delito especial propio-delito especial impropio, de los que mientras en el primer caso la pena del partícipe no especialmente obligado se tomaría del tipo especial (único de posible realización), en el segundo al partícipe no especialmente obligado se le haría responder por el delito común (también realizado), tomando partido en este punto, aunque ampliamente fundamentada en su teoría de los deberes positivos, con las tesis de CORTÉS ROSAS en Alemania y las tradicional española, que, conforme a criterios de jurisprudencia conceptual, nunca fue proclive a la ruptura del título de imputación [231 ss., 249 ss.]. Metida así, de rondón la punibilidad de la participación en los delitos consistentes en la infracción de un deber (después ROBLES PLANAS nos descubrirá la otra posibilidad: la exclusión de la participación del *extraneus* en los delitos de esta naturaleza o semejantes) (*vid. infra* XIV 247), defiende SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES la posible doble atenuación del partícipe no obligado en función de la importancia mayor o menor del aporte y en función de su no cualidad de obligado especial [266 ss.].— Sobre estos delitos, compartiendo esta teoría que él ha alentado: BACIGALUPO, PG⁵, 372 s. *Vid.* también, en la misma línea, PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 748 ss.

12. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

Que es más relevante concebir la autoría y la participación arrancando del concepto ontológico de autor, del que deducir (lógicamente) las formas de la autoría y de la participación, que partir de un puro concepto normativo, según el

cual los tipos de la PE únicamente contemplarían la autoría, en tanto que la participación sólo se introduce en el derecho penal a través de las normas de la PG que la regulan (completando, así, a los tipos de autoría de la PE) –autoría y participación son, más bien, el producto de la aplicación del concepto ontológico, que se corresponde, además, con los conceptos que pueden obtenerse, mediante reducción teleológica, de la interpretación de los tipos de la PE–, lo demuestra la regulación de la participación en la Ley de Contravenciones Administrativas alemana, cuyo art. 14, reconociendo implícitamente que caben diversas formas de participar en un hecho o infracción, sin embargo, las equipara a todos los efectos de la sanción administrativa (“si participan varios en una infracción administrativa todos ellos la infringen”); lo que no impide, evidentemente, que se tenga en cuenta la gravedad, mayor o menor, de cada aportación, a efectos de medir la cuantía de la sanción.

- 57 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 47 ss., ha hecho un estudio concienzudo y exhaustivo en el que demuestra convincentemente que, se parta de la premisa que se parta, concepto unitario o concepto diferenciado de autor, siempre se acaba necesitando distinguir aportaciones principales o de autoría y aportaciones subordinadas de participación, lo que le lleva a él, con buen criterio, a elegir, dentro de la relatividad de la distinción, el concepto restrictivo de autor, que es el que mejor propicia la seguridad jurídica. A este escrupuloso razonamiento sólo tenemos que añadir que la mejor manera de apuntalar ese objetivo: la seguridad jurídica, es seguir, entre otros, los postulados naturales del comportamiento humano respecto al dominio de la causalidad cuando intervienen varias personas con el mismo fin: el denostado concepto ontológico de autor.
- 58 BACIGALUPO, PG⁵, 353 ss., aun reconociendo que en la actualidad se parte del concepto restrictivo de autor, insinúa que la distinción entre autoría y participación es más un empeño del legislador, que él mismo no siempre respeta, que exigencia ontológica de alguna clase, como muestran los ordenamientos jurídicos que no distinguen entre autoría y participación (como Noruega), mientras que otros, como el español, sí lo hacen. A BACIGALUPO ZAPATER debe oponérsele que el hecho de que a veces sea difícil distinguir dónde acaba la autoría y dónde empieza la participación, no quiere decir que la distinción, inicialmente, no sea ni ontológica ni necesaria.
- 59 *Vid.* también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, com. art. 28, 932 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 287 ss. *Vid.* también la excelente exposición de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 468, sobre la cuestión desde el punto de vista de la regulación española: concepto restrictivo pese a las apariencias.
- 60 Una excelente panorámica sobre los intentos de unificación europea en materia de autoría y participación, al hilo sobre todo del Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, Tratado de Cannes, de 1995, y el *Corpus*

Iuris, de 1997, que armoniza sistemas inspirados en el autor único y sistemas de accesoriedad, entre otras muchas diferencias, es el realizado por TIEDEMANN, RP, 5, 2000, 90 ss. Sobre la regulación de la autoría y la participación en el Estatuto de Roma, de 1998 y su armonización con él de la regulación interna española, *vid.* el amplio y documentado estudio de FARALDO CABANA, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 29 ss.

13. LA NATURALEZA DE LA NORMA REGULADORA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA PG DEL CP

Al igual que ocurría con la tentativa (*vid. supra* XIII 90), las normas contenidas en los artículos 27 a 31 tienen naturaleza de normas extensivas de la responsabilidad por la conducta establecida en el tipo correspondiente de la PE que iría referida sólo al autor (como quiera que se llene de contenido el concepto de autor de la PE), sin las que desde luego el partícipe no podría responder⁸⁷. Los efectos más importantes a deducir de esta característica de norma secundaria que tiene la que regula la participación se producen, además claro está de la ampliación del círculo de personas responsables que establece respecto de la figura contemplada directamente en la PE, en materia de extensibilidad o no de la norma reguladora de la participación al delito imprudente, objeto a su vez de una regulación específica en el actual CP (*numerus clausus*) que divide a la doctrina entre quienes consideran punible al menos algunos casos de participación en el delito imprudente y quienes lo niegan (*vid. infra* XV 161 ss.).

61

Sobre la naturaleza de norma extensiva de la responsabilidad de la que en la PG del CP regula las formas de participación en el delito distintas a las de los autores principales: QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 27, 298. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 346. Referido a la complicidad: FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 12, 8.

62

14. LA AUTORÍA INMEDIATA (DE PROPIA MANO)

Según el art. 28. 1, primer inciso, “son autores quienes realizan el hecho por sí solos”. Con esta lacónica fórmula, alude el legislador a la forma más simple de autoría, la menos problemática, constituida por el comportamiento de quien realiza *con sus propias manos* el eslabón decisivo de la causación del resultado. Brevemente: Quien ha matado con sus propias manos (estrangulando o disparando la pistola) conociendo y queriendo matar es autor del homicidio⁸⁸.— La explicación de esta fórmula contundente de la autoría la proporcionan, ya se ha dicho, los ele-

63

⁸⁷ *Vid.* ya DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 977.

⁸⁸ *Vid.* ya PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 737.

mentos decisivos del injusto, es decir, la *causalidad* y el *dolo* acotados por la *tipicidad*⁸⁹.

- 64 Erich SAMSON (SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 33 ss.) ha reparado en un problema pasado por alto por la doctrina, debido a lo apabullante de la autoría inmediata (especialmente en la redacción del CP español de 1995): ¿Cómo distinguir entre autoría inmediata y autoría mediata (art. 28. 1, tercer inciso: “Son autores quienes realizan el hecho...por medio de otro del que se sirven como instrumento”) si, desde la causalidad, también el autor mediato utiliza al instrumento como medio (como cualquier otro objeto de la naturaleza) a través del cual causa el resultado? ¿Por qué la aportación del instrumento hace que estemos ante una autoría mediata del “hombre de detrás” y no ante una autoría inmediata de ese mismo sujeto (debiéndose recordar aquí que un sector doctrinal en España, cuando no estaba reconocida legalmente la autoría mediata, la derivaba directamente del tipo correspondiente de la PE, ya que el autor mediato realiza todos los elementos del tipo, incluida la causalidad, a través del instrumento)?— La respuesta a este interrogante, que es también la justificación de la figura de la autoría mediata, estriba en que la fórmula de la autoría mediata permite evitar que se deje de imputar el resultado a quien no lo causó inmediatamente (en el sentido del art. 28. 1 inciso primero, de propia mano, “por sí solo”), porque lo causó otro a quien no se le puede imputar por cualquier circunstancia determinante de la ausencia de responsabilidad penal situada más allá de la causalidad, con lo que se podría llegar a la absurda conclusión (debe reconocerse: no de forma necesaria, de ahí la relatividad de la autoría mediata) de que nadie fue autor del delito cometido.— En el ejemplo numerosas veces mencionado, en otros contextos, del terrorista que envía una carta-bomba, que entrega el cartero a su destinatario antes de que haga explosión e ignorando su contenido, el terrorista es autor mediato del asesinato y el cartero el instrumento en sus manos que aporta el último eslabón de la causalidad determinante del resultado.— Si se contraponen este ejemplo al inicialmente aportado para constatar la autoría inmediata, puede concluirse que la diferencia existente entre la autoría inmediata y la autoría mediata estriba en que mientras en la primera el autor domina exclusivamente la causalidad y además actúa de propia mano, en la segunda el autor domina exclusivamente la causalidad típica pero no actúa de propia mano, lo que hace el instrumento mediante una acción final que representa, a la vez, el eslabón causal del resultado dominado por el autor mediato y una acción que, desde el punto de vista del tipo que viene en consideración, él (el instrumento) no domina (ausencia de dolo).

⁸⁹ Es decir, esos elementos más la posible cualificación especial de la autoría y los especiales elementos subjetivos del delito exigidos por el legislador. *Vid.* JAKOBS, PG, 723 s.

SAMSON (SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 50 ss.), además, ha planteado el difícil problema de cómo resolver los casos en los que, en contra de lo que el autor mediato creía, el “hombre de delante” no causa el resultado “a ciegas”, sino dolosamente: A se propone cometer una estafa o un delito fiscal, enviando por correo documentos falsificados a su destinatario; el empleado de correos, que entretanto ha sabido de la maquinación, no intercepta la carta sino que le hace seguir su curso. De esta manera, según SAMSON, si el empleado de correos no puede ser tenido por autor del delito de estafa (le falta el ánimo de lucro) y el estafador no ha dominado el último eslabón de la cadena causal por el conocimiento del “hombre de delante”, resultaría que el “hombre de detrás” sólo respondería por tentativa, lo que según él no es satisfactorio, habiendo aquí un problema no resuelto de la materia que consideramos.— El problema planteado por el ejemplo que SAMSON propone, no constituye sino una peculiaridad de la problemática general de la *imputación objetiva* del resultado (*vid. supra* VIII 156 ss.), a efectos de estimar consumado o no el delito cometido por el autor mediato, debido a que, aunque el “hombre de detrás” ha actuado con *dolo de autoría mediata*, el concreto resultado lo ha causado dolosamente el “hombre de delante”. Y es un problema de imputación objetiva porque no se puede negar que el autor mediato ha causado el resultado (que el autor mediato no cause el resultado *de propria mano* no quiere decir que no lo haya causado; no se trata, pues, de un supuesto de interrupción del nexo causal, en cuyo caso la mera responsabilidad por tentativa no ofrecería duda) que se propuso, planteándose el problema de si el desvío en la forma de producirse el resultado respecto a la que el autor se representó es esencial (en cuyo caso sólo cabe el título de imputación de la tentativa) o no (en cuyo caso se puede castigar por delito consumado).— Aplicando consecuentemente la doctrina del injusto personal sobre el dolo, según la cual el autor se ha debido representar la forma concreta de producción del resultado, aquí debe negarse el dolo, pero no la tentativa acabada (sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, *vid. infra* XIV 155 ss.), equiparada, desde el merecimiento de la pena, al delito consumado.— Con criterios normativos, de imputación objetiva, incluso, puede sostenerse que el autor que no ha causado el resultado que de todas formas se habría producido con su acción por la única razón de que se ha interpuesto un comportamiento doloso que colocó el último eslabón, no merece el privilegio de la responsabilidad por tentativa. La única diferencia con lo propuesto por algunos autores, como Friedrich-Christian SCHROEDER, para resolver el problema del “*dolus generalis*” (*vid. supra* VIII 329), estriba en que allí la segunda acción la lleva a cabo el mismo autor, y aquí autor distinto, lo que no es decisivo porque lo que se afirma en ambos casos es la imputación del resultado causado por la primera acción. La fórmula, aplicada a la autoría mediata sería: No debe dejar de imputarse un resultado por el mero hecho

de que el nexa causal dominado por el autor mediato sólo ha dejado de causar el resultado porque se ha interpuesto un comportamiento doloso *cuyo único fin fue el mismo que perseguía el autor mediato*, lo que rompería excepcionalmente el criterio de imputación objetiva, muy discutido por lo demás (*vid. supra* VIII 165 ss.), de *prohibición de regreso*.

66 En cualquier caso, volviendo a la distinción autoría inmediata-autoría mediata, más concretamente, a la naturaleza jurídica de la autoría mediata, debe insistirse, a la luz de lo visto, en que la autoría mediata no constituye título de imputación específico distinto al de la causalidad típica y el dolo a ella referido⁹⁰, exactamente igual que en la autoría inmediata⁹¹, no explicándose, a pesar de los numerosos problemas que ayuda a resolver (*vid. supra* VIII 165 ss.) y de su tipificación expresa⁹², más que en su función de prevenir la laguna que algunos podrían ver si se afirmara (lo que no es lógicamente necesario, como acabamos de ver de manos de la solución dada al problema planteado por SAMSON) que la causalidad del instrumento impide la imputación a quien dominó el nexa que aquél causa *de propria mano*⁹³.

67 HERNÁNDEZ PLASENCIA, que ha argumentado muy certeramente respecto al dominio objetivo del hecho en la autoría mediata en el pensamiento de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO [70 SS.], en el sentido de que sin negar su valor en lo que se refiere a la parte objetiva de la cuestión no permite acotar el concepto de dominio del hecho en la autoría mediata, que requiere también una componente subjetiva, sin la que no puede explicarse, entre otras cosas, que el autor mediato domine el hecho cuando el instrumento actúa dolosamente, quiere distinguir, precisamente, entre dolo y dominio del hecho, que requiere del autor mediato el conocimiento de algo más que la realización del tipo objetivo, esto es, que lo realiza a través de la acción del instrumento, criticando entre otros a KÜPER, que los identifica, hasta el punto de que, según KÜPER, el desconocimiento por parte del autor mediato de la ins-

⁹⁰ Con razón sostiene MORENO BRAVO, *Autoría en la doctrina del T.S.*, 119, que la autoría mediata está implícita en el concepto de autoría. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 102, 108 s. *Vid.* también ya RODRÍGUEZ MOURULLO, ADP, 1969, 476 s.; MEZGER, PG, II, 264.

⁹¹ *Vid.* muy atinadamente BACIGALUPO, PG⁵, 368.

⁹² *Vid.* las consideraciones de CEREZO MIR, PG, III, 214, sobre la conveniencia de su regulación expresa.

⁹³ Así ya muy atinadamente SÁINZ CANTERO, PG, III, 178. *Vid.* también GÓMEZ BENÍTEZ, ADP, XXXVII, 1984, 106, quien a su vez ve la necesidad de justificar la autoría mediata sólo si se parte de un concepto restrictivo de autor (105, 106). *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 28, 303, referido tanto a la autoría mediata como a la coautoría. *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG², 404, quienes, despejada la necesidad de la autoría mediata con la superación de la teoría de la accesoriedad extrema, que exigía que el autor fuese culpable, lo que no ocurría con la manipulación de inimputables, sostienen que sigue siendo necesaria aquélla porque de otra manera no se podría hacer responder a quienes ayudaron al autor mediato/inductor. *Vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 763.

trumentalización (el autor mediato cree que el instrumento desconoce que la taza que ha de servir a un tercero contiene veneno, siendo así que lo sabe) desvirtúa su dolo, mientras que para HERNÁNDEZ PLASENCIA sólo desvirtúa su dominio del hecho, pero no su dolo.— En realidad, no es necesario proceder a este desdoblamiento. Es más, desde el mismo dolo se puede explicar esta (aparente) necesidad de distinguir entre dolo (común a todas las formas de autoría: HERNANDEZ PLASENCIA) y dominio del hecho en la autoría mediata. Ni cuando el instrumento actúa dolosamente lo hace con el mismo dolo del autor mediato. Autor mediato e instrumento, entonces, sólo coinciden en que ambos causan el mismo resultado (incluso cuando el instrumento actúa sin dolo causa el mismo resultado que el autor mediato), pero *mediante cursos causales, con su correspondiente representación subjetiva, distintos, abarcando siempre más el autor mediato*.— De lo anterior se deduce, por eso traemos la cuestión aquí, que no hay diferencia conceptual entre autoría mediata e inmediata, distinción puramente funcional a efectos de evitar aparentes lagunas legales a ojos de los defensores de las teorías objetivo-formales en la materia⁹⁴.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, ADP, LI, 1998, 319 ss., tras pasar revista a precedentes doctrinales que defendieron lo mismo (322 ss.): que la autoría mediata es auténtica autoría única, de la que no se diferenciaría sino fenomenológicamente, sin efecto alguno dispar, lo que ilustra con la problemática de la tentativa (320), los delitos de propia mano (320 s.) y la distinción entre autolesión y heterolesión (cuya irrelevancia corrobora que no hay distinción entre autoría única y autoría mediata: 321 s., 327 ss.), y tras rebatir las tesis de Maria Katharinne MAYER (335 ss.), en Alemania, que sostiene lo contrario, y comentar aspectos de las tesis de HERNÁNDEZ PLASENCIA (349 ss.), en España, que se explican con la indiferenciación autoría única/autoría mediata, se reafirma en la tesis de la autoría mediata como auténtica autoría, de la que parte también el TS español (339 ss., 361 s.), que él justifica con el concepto normativo de autor que defiende dentro de la escuela de JAKOBS (342 ss.).

68

HERNÁNDEZ PLASENCIA ha abordado minuciosamente el problema de los sujetos, íntimamente relacionado con la estructura del dominio del hecho en la autoría mediata, llegando a las siguientes conclusiones [81 ss.]: 1) No cabe hablar, en contra de lo que dice JAKOBS, de autoría mediata en aquellos casos en los que el autor se instrumentaliza a sí mismo, provocando p. ej. una situación de legítima defensa propia. Éste es un caso, según HERNÁNDEZ PLASENCIA, de autoría inmediata, ya que el “autor mediato” en este caso no realiza el tipo a través de otra persona, que es el problema de la autoría mediata, y no el de la antijuricidad o culpabilidad a que remite este caso. 2) En cambio, en el caso de que el autor a quien instrumentaliza es a la propia víctima, para que ésta se lesione a sí misma, y a pesar de que supone una simplificación del caso estandar de la autoría mediata, que incluye a tres sujetos distintos: autor mediato, instrumento y víctima, no se cierra la posibilidad de la autoría mediata. Pues casos típicos de autoría mediata, como la coacción o el error, pueden

69

⁹⁴ En esta dirección, ya DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL, 1996-2, 1285.

recaer no sólo sobre tercero de buena fe sino también sobre la propia víctima, lo que dará lugar a autoría mediata, salvo que, añade HERNÁNDEZ PLASENCIA a la tesis ya defendida por Marie Katharina MAYER, la acción del instrumento esté ya contenida en el tipo (p. ej. hurto o estafas) = participación necesaria. De todo ello deduce HERNÁNDEZ PLASENCIA a la siguiente fórmula heurística: allí donde la acción del hombre de detrás es insuficiente por sí misma, haga lo que haga el instrumento, para lesionar el bien jurídico, habrá que estimar la autoría mediata, pues no ha realizado por sí mismo el tipo penal, sino a través de otra persona. 3) La instrumentalización de alguien sin capacidad de acción (*vis* absoluta; sí en cambio la *vis* compulsiva) no da lugar a autoría mediata, sino a autoría inmediata⁹⁵.— Una vez más, el caso más importante (los otros dos son claros en su estructura y fundamentación), el 2), se resuelve mejor con la causalidad y el dolo a ella referido, sin necesidad de distinguir, sí completar, autoría inmediata y autoría mediata. De ahí la equiparación en el ejecutar del autor mediato y el inmediato de que habla el propio HERNÁNDEZ PLASENCIA.— *Vid.* también los casos de ejecución del instrumento (humano o físico) que no constituye autoría mediata por no desarrollar precisamente el instrumento una *actuación* en el sentido pensado por el hombre de detrás, y sí quizá hechos aislados insuficientes, que dan lugar en su caso a autoría inmediata [119 ss.].

- 70 ROSO CAÑADILLAS, RDPC, 2ª época, 12, 2003, 357 ss., quiere resolver los casos en los que el autor propicia con su comportamiento agresivo que la víctima, para defenderse, se autolesione (arrojándose de un vehículo en marcha), distinguiendo entre la autoría mediata que constituye y la imputación (objetiva) de los resultados que a la postre causa la propia víctima, debiéndose proceder por ese orden: comprobar, primero, la autoría mediata y después la imputación del concreto resultado. Pues si se procede como la doctrina mayoritaria: comprobación sólo en sede de imputación objetiva, se propicia la impunidad a poco que se concluya que el concreto resultado no caía dentro del ámbito de protección de la norma, como ocurrió en su día con el caso de la STS de 27 de enero 1984 (*vid. supra* VIII 202). En cambio, con la concepción de su escuela, del dominio positivo y objetivo del hecho, concretamente en los casos de previsión de la autopuesta en peligro o autolesión de la víctima como consecuencia de la situación de peligro creada por el autor de detrás, que fundamenta la autoría, se colige fácilmente que conductas tan peligrosas sí deben caer bajo el ámbito de protección de la norma.— A ROSO CAÑADILLAS hay que hacerle ver que la parte más acertada de su razonamiento, la que hace alusión al hecho de que la creación de situaciones con un alto peligro de autolesión de la víctima no debe escapar del ámbito de la responsabilidad penal, se resuelve una vez más mejor y más directamente con el elemento subjetivo: Quien deliberadamente crea una situación peligrosísima en la que la víctima puede hacer cualquier cosa, como en el caso de los pretendidos abusos sexuales en el vehículo, es responsable de las lesiones que la pro-

⁹⁵ En contra de lo que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO dice, EPB, 164, no es un cuestión fundamentalmente terminológica la de entender que los casos de ausencia de acción del instrumento cierran el paso a la autoría mediata.

pia víctima se causó al saltar del coche: imprudencia grave como poco. Quien imprudentemente causa una situación con peligro ulterior de autolesión, caso de la STS aludida por la autora, no⁹⁶.

ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 149 ss., 153 ss., 158, ha mostrado convincentemente que puesto que quien obra coaccionado (no libre) domina la acción, es autor⁹⁷. *Vid.* también JAKOBS, PG, 745, 764. 71

Precisamente, LUZÓN PEÑA, Estudios penales, 221, considera que la conclusión anterior de ROXIN, que comparte, se explica muy bien con su propia concepción del dominio objetivo y positivo del hecho, que nunca pierde el instrumento o autor directo en la autoría mediata.— En el mismo sentido, siguiéndole, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría y 523 s. 72

15. LA AUTORÍA MEDIATA

A. Delimitación conceptual

La autoría mediata, ya se ha dicho, es un supuesto de autor único que domina el hecho, aunque no causa inmediatamente (de propia mano) porque lo hace otro, el instrumento, que, aunque causa⁹⁸, no domina el hecho por sufrir algún defecto que impide que el hecho le pueda ser imputado, y sí quizá otro que domina y sólo coincide con aquél en que ambos causan el mismo resultado (autor detrás del autor: *vid infra* XIV 79)⁹⁹. 73

Las razones por las cuales un hecho causado no puede ser imputado a quien lo realiza de propia mano ya las conocemos porque han sido sintetizadas en la teoría del delito. Al causante del resultado puede dejar de serle imputado porque causó sin *dolo*, es decir, ignorando lo que hacía (defecto en el tipo subjetivo, no congruencia con el tipo objetivo que sí realiza). El hecho puede dejarse de imputar porque, aunque el autor haya realizado el tipo objetivo y el tipo subjetivo, es 74

⁹⁶ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CPCr, 89, 2006, 9 s.

⁹⁷ OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, com. art. 27, 28 y 29, 271, extrae de este razonamiento de ROXIN la conclusión sobre el fracaso de la teoría del dominio del hecho, olvidando que el hecho de que el coaccionado sea autor no impide que también lo sea quien coacciona.

⁹⁸ De mera ejecución físico-corporal de la conducta típica habla PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 7845, para referirse a la actividad del instrumento.— De realización fáctica del hecho por parte del instrumento y dominio del proceso causal del autor mediato habla QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, art. 28, 305. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 715, 716.. 28, 305; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 46.

⁹⁹ Sobre los antecedentes históricos de la autoría mediata, *vid.* BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 23 ss. Sobre la autoría mediata en el derecho histórico y comparado, ampliamente, POLITOFF LIFSCHITZ, H-Barbero Santos, I, 1236 ss.

decir, porque aunque haya actuado típicamente, no ha actuado *antijurídicamente*, o, lo que es lo mismo, lo ha hecho al amparo de una causa de justificación, es decir, de una circunstancia que hace que el comportamiento, aunque típico, sea conforme a derecho, lo que no puede fundamentar una responsabilidad penal. Finalmente, el hecho típico y antijurídico puede dejar de imputarse porque el autor carezca de *culpabilidad*, por alguna de las razones que la fundamentan (imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad o reprochabilidad).— En todos estos casos, precisamente, el déficit sufrido por el instrumento, que impide que se le impute el hecho, puede constituir el fundamento de su imputación a otro (autor mediato) que, sobre la base de que no le alcancen esas circunstancias (él no ignora hechos, no está amparado por una causa de justificación ni concurre en su persona ninguna causa de exclusión de la culpabilidad), conoce y utiliza, preconstituyéndola incluso, la causa que crea el defecto del instrumento para, de ese modo, conseguir el resultado *a través del instrumento*. Por eso se dice que el instrumento causa pero no domina, mientras que el autor mediato no causa inmediatamente pero domina el hecho, por lo que le es imputable a él y no al instrumento.

75 Bien mirado, incluso, y salvando las dificultades interpretativas que se producen por la complejidad del acontecer (*vid. infra* XIV 86 ss.), puede decirse que, desde la óptica de la tipicidad, desde la que plantear cualquier cuestión en derecho penal, el único que causa en el sentido exigido por el tipo es el autor mediato, pues, lógicamente, aunque por otras razones (recuérdese lo que se dijo de la fuerza irresistible) (*vid. supra* VI 30 ss.), la tipicidad sólo requiere conocimiento y realización de las circunstancias del tipo (básicamente: un resultado), también quien actúa al amparo de una causa de justificación y/o de una causa de exclusión de la culpabilidad, es alguien para quien dejar de realizar un tipo delictivo sería una exigencia muy elevada, ya que tanto las causas de justificación como las causas de exclusión de la culpabilidad se basan en circunstancias (defensa frente a una agresión ilegítima, atenerse estrictamente a los términos necesarios para repeler la agresión, etc.) que hacen muy difícil o imposible el proceso de motivación; lo que se traduce en defectos de carácter *intelectivo* o *volitivo* (los dos términos de dicho proceso) del instrumento que lo sufre en que se basa precisamente la autoría mediata (de ahí que hable ROXIN, para referirse a estos casos, de dominio del hecho *de segundo* o *ulterior grado*)¹⁰⁰.

76 En realidad, considerado desde la óptica del autor mediato, los defectos que padece el instrumento son utilizados por él como eslabones de la cadena con que causa el resultado, pues, por un elemental conocimiento de la causalidad, cual-

¹⁰⁰ *Vid.* ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 233, 234, 237, 256.

quiera, y el autor mediato también, sabe que si p. ej. se sugestiona a algunos enfermos mentales, harán lo que quiera quien les maneja así, no requiriéndose más por parte de alguien para imputarle el hecho que el instrumento ha realizado, dado que, al carecer de voluntad, hará lo que le ordene el otro. Por eso, puede definirse la autoría mediata como causación del resultado por alguien que utiliza a otra persona, el instrumento, como si de cualquier otro objeto de la naturaleza se tratara, pese a sus peculiaridades¹⁰¹. Con esta metáfora, lo que se indica es que autor del delito es aquel respecto del cual el delito aparece como su obra, es decir, quien adopta el rol principal o realiza con pleno dominio el núcleo del tipo delictivo, lo que en la autoría mediata puede postularse del autor mediato (el hombre de detrás) y no del instrumento (el hombre de delante)^{102/103}.

De la concepción de la autoría mediata de ROXIN, Dominio del hecho, 163 ss., el capítulo más amplio y logrado de su magna obra, en cuyos pormenores sólo cabe entrar al abordar cada uno de los numerosísimos puntos conflictivos que presenta, lo que haremos después, lo único que quizá quepa reprocharle a ROXIN, si hay que reprocharle algo, es que constituye auténtica autoría, no habiendo aportado mucho su idea de establecer varios grados de autoría. De la misma manera que, en contraposición a lo anterior, habría sido conveniente que hubiese incidido en lo que sí es realmente relevante en la autoría mediata y justifica su estudio: que autor mediato e instrumento no cometen el mismo delito, por la sencilla razón de que uno y otro se representan y desarrollan procesos causales distintos que sólo tienen en común su confluencia en el mismo resultado.

Una excelente y sofisticada fundamentación de la autoría mediata inspirada en el dominio del hecho al que enriquece con nuevos matices, es la de HERNÁNDEZ PLASENCIA. Para HERNÁNDEZ PLASENCIA, la autoría mediata es instrumentalización fáctica (no normativa)¹⁰⁴ que proporciona el dominio del hecho a través del dominio sobre las acciones del instrumento, de manera que es el autor mediato quien hace que la acción del instrumento adquiera la cualidad de lesiva del bien jurídico, sea mediante coacción sea mediante error, tanto directamente, operando sobre el propio instrumento, como indirectamente, operando (manipulándolas)

¹⁰¹ Vid. ya WELZEL, PG, 122. Vid. también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 336; JAKOBS, PG, 763.

¹⁰² Concibe también la autoría mediata en general como supuesto basado en que en ella de alguna manera, en algún aspecto, el instrumento no ejerce su libertad, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 137, a no confundir con la fundamentación de la autoría (incluida la de la autoría mediata) en la responsabilidad por los propios actos que defiende, entre otros, BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 112 ss. Vid. también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 499; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 141; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 332. De otro parecer QUINTERO OLIVARES, PG³, 625.

¹⁰³ Sobre la autoría mediata como auténtica autoría *vid.* también: VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. arts. 27-28-29, 282 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 748; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 291; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 745.

¹⁰⁴ Vid. también HIRSCH, Presupuestos para la reforma, 119.

77

78

sobre las circunstancias en que aquél actúa, en el bien entendido que ello sólo es relevante cuando significa la ejecución de un tipo penal [126 s.]; aspecto éste que caracteriza la aportación de HERNÁNDEZ PLASENCIA.— Y puesto que HERNÁNDEZ PLASENCIA ve que muchas definiciones de la autoría mediata coinciden con la de la inducción, donde también hay determinación por otro del hecho del autor, considera imprescindible incluir en la definición de la autoría mediata la ausencia o déficit de la libertad a la hora de ejecutar el hecho el autor inmediato, en la autoría mediata, como criterio de distinción de la inducción, déficit de libertad a concebir inicialmente también en términos puramente ontológicos [128 ss.].— Del concepto de autoría mediata extrae HERNÁNDEZ PLASENCIA consecuencias para sus formas tradicionales, dominio de la voluntad y dominio del conocimiento, en forma respectiva de que: 1) No hace falta que la voluntad sea completamente anulada para que exista dominio del autor mediato sobre el autor inmediato coaccionado, no hasta el extremo de la exclusión plena de responsabilidad [164], y el aprovechamiento de la situación coactiva puede ser suficiente siempre que haya sido la acción del autor mediato la que haya convertido en lesiva la acción del instrumento (de ahí que no haya autoría mediata y sí mera inducción en la sugerencia del medio a utilizar por el instrumento en situación de necesidad) [166]; 2) El superior conocimiento del autor mediato sobre el del autor inmediato puede fundamentar su dominio sobre la cualidad lesiva de la acción, a poco que aquél la utilice activamente (no en caso contrario), lo que HERNÁNDEZ PLASENCIA fundamenta negativamente en que el desconocimiento del autor inmediato se traduce en ausencia de libertad [176], aunque la actuación del autor mediato sea mínima [180]; pero para distinguir su aportación de la de la mera complicidad, es necesario que el autor inmediato carezca y el autor mediato posea el conocimiento del *concreto sentido de la acción*, sobre su cualidad lesiva, de cuyos múltiples aspectos y consecuencias, a desarrollar en su lugar pertinente, ahora sólo y a título de ejemplo paradigmático, debe retenerse: Para HERNÁNDEZ PLASENCIA la provocación de un error *in persona* no da lugar a autoría mediata sino sólo a inducción, dado que no genera, y sólo en el caso que sea así, un injusto distinto, y sí en cambio el caso Dohna, dado que la manipulación de la propia víctima que le caracteriza convierte en decisiva la intervención del autor mediato en cuanto a la cualidad lesiva de la acción [205 s.] (relevancia del elemento “ejecución de un tipo penal” con que HERNÁNDEZ PLASENCIA ha enriquecido el concepto de autoría mediata).— Del pensamiento de HERNÁNDEZ PLASENCIA sobre la autoría mediata cabe destacar su insistencia en el aspecto fáctico de la problemática, que le permite llevar la figura de la autoría mediata a casos donde una amplia doctrina titubea: sobre todo allí donde hay voluntad pero está ésta muy condicionada. Por la misma razón, el aspecto menos convincente de su construcción estriba en su hincapié en exigir que la intervención sobre el instrumento determine un título de imputación diverso, siendo así que la autoría mediata *ex definitione*, en cuanto que el nexa causal que el autor mediato pone en marcha es distinto al desarrollado por el instrumento, siempre constituye delito distinto, lo que justifica la imputación al autor mediato en el caso de que lo que provocó fue un error *in persona*.

La segunda gran monografía sobre la autoría mediata es la de BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata*¹⁰⁵. Una de las características más propias de abordar las materia por parte de esta autora estriba en considerar englobados en la figura dos supuestos [158 ss., 165 ss.]: el que constituye propiamente la autoría mediata en sentido estricto, que requiere que sólo el autor mediato actúe con dolo de lesionar el bien jurídico, en tanto que el instrumento causa inconscientemente y manipulado por el superior conocimiento del autor mediato; y el autor detrás del autor, precisamente el caso donde dado que también el instrumento actúa dolosamente, respondiendo por ello, la responsabilidad de aquél no se basará en la lesión del bien jurídico por el instrumento, sino que ambos realizan el mismo tipo dolosamente. Además, otra característica del pensamiento de la autora, la naturaleza de la autoría mediata no es ontológica, al estilo del dominio de hecho en la concepción de ROXIN y HERNÁNDEZ PLASENCIA, sino sobre una base ontológica, en última instancia normativa [129 ss., 148 ss., 153 ss.]: no cualquier manipulación del autor detrás del autor la fundamenta sino aquella que, normativamente, merezca la calificación de la autoría o rol principal del hecho, lo que le permite, entre otras cosas, exigir para la autoría mediata (en sentido estricto) que sólo pueda cumplirla quien sea consciente del peligro puesto en marcha por él sin que lo sea el instrumento, pues de otra forma la autoría dolosa o imprudente (= conciencia de la creación de un peligro para el bien jurídico) del instrumento lo convierte en autor único del que el hombre de detrás podrá ser todo lo más inductor (ejemplo de BOLEA BARDÓN [177 ss., 181 s.]: quien suministra a la madre el agua que necesita para disolver el veneno que dará a su hijo en la creencia errónea de que se trata de una medicina, como aquél advirtió, no es autor mediato de la muerte del niño, sino cooperador en el hecho imprudente de la madre o, en cualquier caso, autoría por omisión).— De las dos premisas de que parte BOLEA BARDÓN: la necesidad de distinguir entre autoría mediata y autoría detrás de la autoría y la incompatibilidad de dos autorías en la producción del mismo resultado, que, a su vez, están conectadas entre sí, la primera es innecesaria y la segunda puede llevar a efectos indeseables: Ni el autor detrás del autor ni el autor directo realizan el mismo tipo delictivo (¡sus dolos son distintos aprovechándose el autor detrás del autor de su superior conocimiento, igual que el autor mediato!) ni es necesario ni deseable tener que castigar a quien dolosamente determina (¡con su superior conocimiento de la causalidad!) a la madre a que envenene imprudentemente a su bebé como cooperador necesario en delito imprudente o autor “sólo” por omisión.

B. El tipo de la autoría mediata

a. De la lectura concordante del art. 28. I (“Son autores quienes realizan el hecho...por medio de otro del que se sirven como instrumento”) y del tipo correspondiente de la PE resulta la responsabilidad del autor mediato.

¹⁰⁵ Vid. también RDPC, 2ª época, 12, 2003, 13 ss., 24 ss.

- 81** *b.* El autor mediato, por tanto, en primer lugar, debe realizar todos los *elementos del delito correspondiente*, la causación del resultado y cuantos elementos, incluidos los de la autoría, requiera el tipo en cuestión¹⁰⁶; y debe saber, además, que él puede, y así se constata de hecho, realizar el tipo como autor de la forma peculiar en que lo hace el autor mediato (no de propia mano, sino a través de un instrumento humano).— Esto significa que, junto al tipo objetivo y subjetivo, a comprobar respecto al autor mediato de la misma forma que en la autoría inmediata (causación del resultado, imputación objetiva, dolo referido al resultado, etc.), debe comprobarse también si hay algún obstáculo, y si y cómo se puede salvar, a la fundamentación de su autoría.
- 82** *c.* En los delitos de resultado que no establecen ninguna *especialidad referida a la acción* a través de la cual aquél se produce, no hay ningún obstáculo para la autoría mediata. Los problemas, en cambio, surgen cuando el legislador ha establecido alguna especialidad típica respecto a la acción. En estos casos, a su vez, no surgen problemas para estimar la autoría mediata si, aunque el legislador ha tipificado una acción, ésta es interpretable en su calidad de ocasionadora de un resultado posterior (al de la acción típica) que es lo que el legislador quiere realmente evitar.
- 83** *Ejemplos:* Aunque en el delito de hurto (art. 234) la acción típica es la de romper la posesión que ostenta sobre la cosa su legítimo titular, no hay inconveniente en estimar la autoría mediata de quien utiliza a un instrumento que, desconociéndolo, rompe la posesión legítima para entregar la cosa al hombre de detrás. El ejemplo canónico de quien se finge cliente del hotel y le dice al botones que le baje el reloj de oro que se ha dejado en la habitación ilustra esta constelación¹⁰⁷.— Aunque en el delito de estafa (art. 248) la acción típica es la de engañar, produciendo un error a la víctima, que le lleva a disponer patrimonialmente en su perjuicio, no hay inconveniente en estimar la autoría mediata de quien utiliza a un instrumento que de buena fe provoca el error de la víctima del que se beneficia patrimonialmente el autor mediato.
- 84** *d.* Los problemas, para estimar autoría mediata, impidiéndola, se producen en los *delitos de propia mano*, los que requieren que la acción típica la lleve a cabo el autor (que siempre, por tanto, habrá de ser autor inmediato)¹⁰⁸. Sobre las posi-

¹⁰⁶ Vid. ya GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 149 (la autoría mediata no es posible en los delitos de propia mano). Sobre la imposibilidad de la autoría mediata del *extraneus* en el delito especial propio, vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 751. Vid. también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 337 (imposibilidad de la autoría mediata en los delitos de propia mano y especiales); JAKOBS, PG, 765.; MIR PUIG, EPB, 516.

¹⁰⁷ Vid. el supuesto de STRATENWERTH, PG, 320 s.

¹⁰⁸ Vid. ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 750; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 471; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 172.

bilidades de reducción del ámbito de este ambiguo grupo de delitos precisamente para soslayar este problema con la autoría mediata, *vid. supra* XIV 50 ss.

C. Los elementos que fundamentan específicamente la autoría mediata

En la medida, ya se ha dicho, en que el actuar humano se compone de un elemento intelectual y un elemento volitivo, el dominio del autor mediato sobre el instrumento puede ser un dominio basado bien en el superior conocimiento del primero bien en el déficit de voluntad del segundo pese al conocimiento¹⁰⁹. Estos elementos, añadidos a los del tipo delictivo, forman parte del tipo de la autoría mediata, debiéndolos conocer y querer el hombre de detrás para fundamentar su realización del tipo. **85**

a. El dominio basado en el conocimiento

1. El supuesto más claro de este dominio lo proporciona el caso en que el instrumento *no actúa dolosamente*¹¹⁰. **86**

Ejemplo: En una demanda civil, el demandante presenta una factura falsa que sirve para que el juez condene al demandado a la satisfacción de la supuesta deuda del falso acreedor (estafa procesal) (art. 248. 1). **87**

Vid. ampliamente ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 193 ss. (¡leer!), inclusión hecha de la imprudencia inconsciente: 201 s., error sobre el riesgo: 245 ss. Sobre la autoría mediata en la imprudencia consciente, llega ROXIN a la conclusión, Autoría y dominio del hecho, 202 ss., 212, de que está excluida por lo que se refiere a todos aquellos resultados que el autor (inmediato) se ha representado en concreto como consecuencia posible de su actuar final, con efectos para la distinción entre autoría e inducción: 212 ss.¹¹¹ **88**

2. En el ámbito del dominio basado en el superior conocimiento del hombre de detrás sobre el hombre de delante, resultan problemáticos los casos en que el instrumento ignora *circunstancias meramente cualificantes* de su comportamiento, pero sigue actuando dolosamente respecto a los elementos no cualificantes, como ocurre en los siguientes supuestos: **89**

¹⁰⁹ *Vid.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 940 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dr.), CCP, II, com. art. 28, 134 ss.

¹¹⁰ *Vid.* CEREZO MIR, PG, III, 215, incluyendo también los elementos subjetivos del injusto. *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 370; HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 110 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 717 s.; STRATENWERTH, PG, 319 s.

¹¹¹ A favor de la autoría mediata en la imprudencia consciente, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 718; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 143; JAKOBS, PG, 768; STRATENWERTH, PG, 320; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 164.

- 90 a) El instrumento sólo sufre un error referido a la *cantidad* de injusto realizado¹¹². *Ejemplo*: A induce a B a dañar una cosa ajena creyendo B, no así A, que sabe lo contrario, que la cosa dañada es de menor valor.— En estos casos de cuantificación del injusto que, por su propia naturaleza, resultan fragmentables, p. ej., el hurto simple (valor de la cosa hurtada), no habrá inconveniente en admitir la autoría mediata en lo que se refiere al exceso¹¹³. Para el resto: inducción.
- 91 HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 196, quiere reducir los casos en que el error cuantitativo da lugar a autoría mediata a aquellos en los que si el error hubiera sido inducido por el propio autor también habría dado lugar a una modificación de lo imputado, lo que no siempre es el caso: por regla general el autor no es consciente de la concreta cuantía de lo hurtado; a veces el CP no modifica la calificación de las lesiones en función de su gravedad.— HERNÁNDEZ PLASENCIA circunscribe pues la autoría mediata al error cualitativo, siendo así que el cuantitativo puede ser muy relevante, como refleja la cuantía, variable, de la pena, de la diferencia de injusto, que debe ser tenida en cuenta a efectos de autoría mediata. (¡Además la imputación al instrumento no excluye la imputación al autor mediato, que es de lo que se trata!)
- 92 b) El instrumento sólo sufre un error referido a la *cualidad* del injusto realizado. *Ejemplo*: A induce a B a hacer algo que, como A sabe, acarreará la muerte o lesiones graves de C, mientras que B cree que sólo lesionará a C de manera leve.— En estos casos, la doctrina está dividida entre quienes siguen la *solución sintética*, como ROXIN¹¹⁴, para quienes no hay inconveniente en estimar la autoría mediata en el injusto cualificado, y quienes entienden que la autoría mediata aquí debe resolverse como en el caso anterior¹¹⁵ (*solución analítica*).
- 93 c) El instrumento sólo sufre un error *in persona*. *Ejemplo*: A que está decidido a matar a B, mata a C, porque D le ha dicho, en la oscuridad, que C era B.— Este caso se discute mucho en la doctrina. Mientras que para ROXIN es un caso de autoría mediata, para SAMSON, SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 94 ss., es un caso de error en el motivo irrelevante del instrumento = autor directo que no convierte al hombre de atrás en autor mediato¹¹⁶. Para otros autores, la solución

¹¹² Vid. al respecto BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 193 ss.; HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 117 s.: inducción en cualquier caso, como JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 718.

¹¹³ Vid también JAKOBS, PG, 768.

¹¹⁴ Siguiéndole, con cautelas, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 165. Vid. BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 191 s.; JAKOBS, PG, 268 (en concurso ideal con inducción por lo que sí abarcó).

¹¹⁵ Así JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 718.

¹¹⁶ En el mismo sentido, JAKOBS, PG, 782 s.; STRATENWERTH, PG, 329 s. (todos los casos de error sobre el sentido de la acción excluyen la autoría mediata, bastando la inducción). Sobre el error en los motivos vid. BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 245 ss. Vid. también HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 109 s., 118.

correcta es la de la inducción (HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 197 ss., 206)¹¹⁷; y, todavía, para otros, la de la autoría accesoria^{118/119}.

En el caso de DOHNA: A ha sabido que la antigua banda a que perteneció se propone asesinarle, siendo B el mayor artífice de la idea, aunque ahora no sabe cómo matarán a A. A, que conoce la relación amorosa de B con D, le envía un telegrama suscrito por D citándole en un lugar donde A suele pasear. C, por encargo de la banda, asesina a B por creerle A, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 197 ss., 206, ve viable la autoría mediata¹²⁰, a diferencia de lo que ocurría con la variante antes analizada y resuelta por él conforme a la inducción, porque no se influye sobre el ejecutor sino sobre la víctima. **94**

Los casos incluidos en 2) los resuelve ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 235 ss., de la forma que más propicia la autoría mediata (dominio de cuarto grado) mediante su convincente construcción del “error sobre el sentido concreto de la acción” (¡leer!). **95**

JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 723, consideran acertadamente que el error en el objeto del instrumento determina una *aberratio ictus* en el autor mediato. **96**

3. La autoría mediata también puede fundamentarse en un *error del instrumento sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación*¹²¹, cuestión, ésta, que no tiene nada que ver con la del tratamiento de este tipo de error, ya que lo que aquí se plantea es el dominio o no de una situación, y no la responsabilidad hipotética de quien lo sufre¹²². **97**

Ejemplo: A le ha dicho a B que C se dispone a matarle. B mata a C en lo que cree ser una situación de legítima defensa. A ha matado a C en autoría mediata. **98**

Vid. ampliamente ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 228 ss. (¡leer!); sobre las causas de exclusión de la culpabilidad: 231 ss. **99**

¹¹⁷ En el mismo sentido OLMEDO CARDENETE, Inducción, 780 ss.

¹¹⁸ Sobre toda esta problemática ampliamente BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 225 ss., 243 ss. (RDPC, 2ª época, 12, 2003, 40 ss.), que, aunque no contraria a la autoría mediata en estos casos, matiza mucho la posición de ROXIN.

¹¹⁹ Cabe todavía hablar de esta constelación aludiendo al hecho de que WELZEL consideraba que la utilización del plan delictivo de otro para los propios fines siempre constituye autoría *directa*, a lo que se opone STRATENWERTH, PG, 418 s., por su generalidad, estableciendo diversos criterios para resolver el caso de quien se aprovecha de la decisión y los hechos de otro (¡leer!).

¹²⁰ *Vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 802.

¹²¹ Así también HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 117; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 718; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 164. *Vid.* al respecto BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 196 ss. (RDPC, 2ª época, 12, 2003, 28 ss.), reticente [202] a admitir la autoría mediata en los casos de legítima defensa putativa. JAKOBS, PG, 768 s., que lo ve posible, se inclina por el mismo tratamiento de la autoría mediata en el error de prohibición.

¹²² En esta línea también BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 260. De otro parecer GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 145.

- 100** El supuesto construido por HERNÁNDEZ PLASENCIA [Autoría mediata, 189 ss.], de instrumento justificado: A induce a B para que ataque con un cuchillo a C, sabiendo que C tiene una pistola, con la que matará a B en legítima defensa, no es un caso de instrumentación de C, sino ya antes de instrumentalización de B a (como bien dice HERNÁNDEZ PLASENCIA: 191) insertarse en un curso causal peligroso. Es, por tanto, un caso de autoría mediata por instrumentalización de la propia víctima (¡que no deja de serlo respecto al autor mediato porque haya sido inducida a un acto antijurídico!).
- 101** 4. La autoría mediata, asimismo, puede fundamentarse en un *error de prohibición inevitable* (ejemplo: al yogui recién venido, alguien le ha dicho que en España las relaciones sexuales también son muy precoces, como en su país)¹²³ y en un *error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad* (ejemplo: a quien se excede en la legítima defensa le han dicho que tenga cuidado no vaya a ser que el ya noqueado se recupere)¹²⁴. La posibilidad es extensible también al *error de prohibición evitable*¹²⁵, pues al fin y al cabo el conocimiento fáctico de quien lo sufre es menor y su capacidad de motivación, por tanto, también, lo que aprovecha el hombre de detrás (SAMSON, SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 103)¹²⁶.
- 102** *Vid.* ampliamente ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 216 ss. (¡leer!).
- 103** 5. Incluso cabe estimar una autoría mediata en aquellos casos en que el instrumento no realiza una acción típica sino un mero *autodaño*, p. ej., un *suicidio*, cuando el hombre de detrás, le ha dicho que padece una enfermedad incurable y dolorosísima en fase terminal: homicidio en autoría mediata (*vid. infra* XIV 129 ss.)¹²⁷.

¹²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 164 s. Sobre esta problemática ampliamente BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 202 ss., 223 ss. (RDPC, 2ª época, 12, 2003, 32 ss.), que conforme a su concepción de partida sólo admite la autoría mediata cuando la provocación del error de prohibición ponga en marcha un proceso lesivo que crea peligro distinto para el bien jurídico. *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 371; HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 115 s., con muy atinadas consideraciones; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 720; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 267: autoría mediata si el error de prohibición fue invencible e inducción si fue vencible; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 353.

¹²⁴ En el mismo sentido, siguiendo a ROXIN, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 192 ss., por lo que se refiere al error de prohibición, y matizándolo (dando entrada además de al inferior conocimiento a la presión volitiva sentida por el instrumento) respecto al error sobre las causas de exculpación [194 s.]

¹²⁵ Así también CEREZO MIR, PG, III, 215; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB 165. En contra: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 720.

¹²⁶ Niega la autoría mediata en cualquier caso de plena conciencia del inimputable, QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com.art. 28, 305.

¹²⁷ *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 165 (muy atinadamente).

6. La realización del tipo delictivo correspondiente en autoría mediata no requiere necesariamente que el hombre de detrás haya *provocado* el error o desconocimiento del hombre de delante, en cuyo caso es sin duda autor mediato; puede bastar el *aprovechamiento* del error preexistente, siempre que haya hecho algo al menos de forma concluyente¹²⁸. **104**

Ejemplo de SAMSON (SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 105a): En el momento que un cazador miope ha creído avistar a una pieza, cuando se trata realmente de un hombre, el hombre de detrás se apresta a entregarle una carabina con la que disparar; no, en cambio, si el cazador miope lo habría hecho en cualquier caso con la suya. **105**

b. El dominio basado en la voluntad

1. El supuesto paradigmático de esta modalidad de autoría mediata lo proporciona la situación de necesidad creada por el autor mediato, que coloca al instrumento en una posición en la que debe aplicarse el *estado de necesidad* del art. 20. 5^a, sacrificando bienes de un tercero de inferior valor que los salvados, estando toda la constelación dominada por el hombre de detrás¹²⁹. **106**

Ejemplo: Un comerciante introduce subrepticamente más cantidad de mercancía en el barco mercante para que el capitán, después, cuando sobrevenga la borrasca, se vea obligado a arrojar por la borda la mercancía de menor valor que la suya y perteneciente a otro comerciante de la competencia, que también transporta el barco (*vid. supra* X 199 ss.). **107**

Vid. ampliamente ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 165 ss. (¡leer!); sobre el estado de necesidad exculpante: 175 ss. *Vid.* también JAKOBS, PG, 773 s. (inclusión hecha del ejercicio del cargo). **108**

2. A continuación, debe plantearse si también valen, para estimar la autoría mediata, *supuestos semejantes*, aunque de menor presión objetiva que el anterior, como la dependencia psicológica de otra persona (p. ej. en el seno de una relación sexual inmadura de una de las partes) o una situación de necesidad económica grave; lo que debe ser negado, para evitar, como dice SAMSON (SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 79), una extensión desorbitada de la autoría mediata, que le haría perder contornos. **109**

Vid. ampliamente ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 177 ss. (¡leer!). **110**

¹²⁸ *Vid.* al respecto BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 184 ss., 190. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 720.

¹²⁹ Único caso, junto con el miedo insuperable pleno, que reconoce CEREZO MIR, PG, III, 215, como autoría mediata mediante coacción. *Vid.* también BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 263 ss.; BACIGALUPO, PG⁵, 370 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 720; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 162.

- 111** 3. Un segundo grupo de casos en los que viene en frecuente consideración la autoría mediata lo proporciona la utilización por parte del hombre de detrás de personas *inimputables*, bien se trate de menores de edad, bien de quienes padecen una grave enfermedad psíquica que les impide comprender el significado de sus actos¹³⁰.
- 112** *Ejemplo:* Una persona adulta convence burdamente a un joven oligofrénico de que un tercero inocente quiere agredir a su madre, provocando, así, que el oligofrénico mate al tercero.
- 113** 4. Problemáticos, en cambio, son los casos de *imputabilidad disminuida*¹³¹. Con ROXIN, puede decirse que si el defecto que sufre el hombre de delante se basa en la dificultad de “comprender la ilicitud del hecho” (art. 20. 1º), se fundamentará plenamente la autoría mediata del hombre de detrás; y no, en cambio, en los casos de una mera dificultad de actuar conforme a lo que se ha comprendido, pues mientras que en el primer caso el instrumento desconoce el significado de lo que hace (aunque sea de forma evitable), con lo que difícilmente puede motivarse, en el segundo posee el suficiente conocimiento para impedir la motivación sólo a través de la voluntad del hombre de detrás¹³².
- 114** *Ejemplo:* Como en el ejemplo anterior sólo que tratándose de un joven meramente retrasado.
- 115** *Vid.* sobre los dos últimos grupos: utilización de inimputables y menores, ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 257 ss., 263 ss. (¡leer!).

¹³⁰ Así también CEREZO MIR, PG, III, 216, exigiendo para el menor de catorce años que además no comprenda el significado del hecho. *Vid.* también ampliamente BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 311 ss., que admite la autoría mediata en estos casos sólo de forma excepcional: 330 ss., con argumentos dignos de tenerse en cuenta; BACIGALUPO, PG⁵, 371; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 255 ss.: autoría mediata en caso de inimputabilidad plena, inducción en caso de imputabilidad disminuida; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 143. *Vid.* ya al respecto WELZEL, PG, 124; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 352; JAKOBS, PG, 717 ss., para todos los casos de aprovechamiento de situación de inimputabilidad plena (=autoría mediata) y semiplena (=inducción) (¡leer!); STRATENWERTH, PG, 324 ss. (autoría mediata en caso de inimputabilidad del instrumento, y caso por caso en los supuestos de imputabilidad disminuida; coacción psíquica: 327 s: mismo principio concretizador) *Vid.* también HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 112 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 719, admitiendo autoría mediata aún en el caso de que el instrumento comprenda el significado de lo que hace (*superioridad jurídica*); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 166, autoría mediata en la inimputabilidad plena y semiplena siempre que se produzca una influencia real, material, suficiente para fundamentar un concepto material de autoría mediata.

¹³¹ En contra: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 720; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 264. En estos casos BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 256 s., ve particularmente necesario su concepto normativo de autoría mediata, no siendo la capacidad del instrumento la determinante de su estimación sino la valoración que de la situación hace el ordenamiento jurídico. Sobre su tratamiento, ampliamente: 274 ss., 289 ss., 324 ss.

¹³² De manera más restrictiva GÓMEZ RIVERO, Inducción, 98 ss., quien sólo se inclina a admitir la autoría mediata cuando el inimputable no comprende el significado de lo que hace antijurídico su comportamiento, pero no cuando habiendo comprendido sus carencias sólo le impiden o dificultan adaptar su comportamiento a lo correctamente comprendido, en cuyo caso se tratará de una inducción.

Lo mismo vale para otras causas de exclusión de la culpabilidad, como el *miedo insuperable*¹³³. **116**

Ejemplo: Como en el ejemplo anterior sólo que tratándose de un instrumento normal sobre la base de una sospecha real aunque no suficiente para la legítima defensa (*vid. supra* X 154). **117**

5. Incluso, puesto que otras *causas de justificación* distintas al estado de necesidad también tienen una componente volitiva (quien actúa en legítima defensa, p. ej., actúa constreñido por la agresión, no sólo con el conocimiento de la misma), la manipulación de una situación justificante por el hombre de detrás puede fundamentar una autoría mediata¹³⁴. **118**

Ejemplo: A le dice a B que C le ha ofendido gravemente, conociendo la irascibilidad de B, que, al intentar agredir a C antijurídicamente (la supuesta agresión verbal ni siquiera es actual), determinará que C repela la agresión de B, causándole lesiones. **119**

Estos supuestos claros de engaño (sobre el agresor) que crean una situación de necesidad (sobre quien se defiende, legítimamente por lo demás), se pueden resolver (*vid. supra* XIV 97 ss.) con base en el dominio del conocimiento. Pero también son pensables supuestos de autoría mediata basados en el dominio de la voluntad de quien obliga a otro, con los medios del estado de necesidad (peligro para la vida, p. ej.) a realizar algo (intentar, p. ej., salvar la propia vida a costa de la de otro, 185 ss.) que justifica la legítima defensa del tercero (el estado de necesidad no justifica sacrificar una vida para salvar otra). Como bien dice ROXIN (Autoría y dominio del hecho, 185 ss.), sólo cuando el hombre de detrás tenga en sus manos al coaccionado cabrá hablar de autoría mediata; pero cuando se limita a provocar la situación en la esperanza de que así ocurra no se fundamenta una autoría mediata, siendo el hombre de delante, entonces, el único autor¹³⁵. **120**

Ejemplos: A, que tiene secuestrada a la hija de B, amenaza con matarla si B, a su vez, no mata a C, enemigo de A. B mata a C. A es autor mediato de esa muerte porque tiene a B “en sus manos”. – Tras un naufragio, A arrebató a B el salvavidas de que éste dispone, en la esperanza de que B, para salvarse le arrebatase, a su vez, a C su salvavidas, con lo que C morirá ahogado. A no es autor mediato de la muerte de C. **121**

6. No fundamenta una autoría mediata la realización de *actos* de influir sobre la voluntad del hombre de delante cuando se trata de hechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y, por tanto, *conformes a derecho*. **122**

¹³³ Así también CEREZO MIR, PG, III, 215. Sobre la autoría mediata en el estado de necesidad exculpante *vid.* HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 113 s.

¹³⁴ *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 216; BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 269 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 148 (salvo en caso de causa de justificación incompleta); WELZEL, PG, 126 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 350.

¹³⁵ Matizadamente también JAKOBS, PG, 771 s.

- 123** *Ejemplo:* Quien declara la verdad en un juicio no es autor mediato de la condena del acusado (a través del juez), cualquiera que haya sido su motivación (destruir al condenado)¹³⁶.
- 124** Decir la verdad no es “jugar el papel del destino” sino reflejar una realidad no manipulable. Crear una situación justificante es “jugar el papel del destino” imputable a quien la crea. Por eso, lo primero no fundamenta autoría mediata y lo segundo sí, con lo que existe la explicación que SAMSON (SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 83) no ve clara. Por su parte, la argumentación de ROXIN (Autoría y dominio del hecho, 190) sobre la autoría mediata en los casos de creación de situaciones de justificación, que él fundamenta en que en ellos el derecho libera de responsabilidad a quien actúa bajo su cobertura, debe completarse con lo anterior: que aquí alguien sí es responsable de la situación, lo que no ocurre en el supuesto del testimonio verdadero. Además, lo que añade ROXIN: que esto último, a su vez, sí da lugar a responsabilidad cuando el hecho tiene lugar en un régimen férreo que coacciona al testigo y al juez (p. ej. declarar y condenar sobre la base de la existencia de matrimonios con judíos en la Alemania nazi), se fundamenta, lo que es cierto, en una manipulación global; lo que ocurre es que entonces no sólo la autoría mediata sino los mismos fundamentos del derecho penal están de más.
- 125** 7. Como ha quedado aún más claro tras la derogación de la exigente de *obediencia debida*, la orden del superior jerárquico, en la administración o en el ejército, no puede fundamentar nunca una autoría mediata si su contenido incluye la comisión de un delito¹³⁷. La responsabilidad, en estos casos, es siempre del subordinado, no convirtiendo nunca al superior en autor mediato (con independencia de cuál sea su responsabilidad).
- 126** *Vid.* las excelentes matizaciones de STRATENWERTH, PG, 323 s., a la autoría mediata cuyo autor directo actúa amparado por una causa de justificación, inclusión hecha de la autorización administrativa (¡leer!).
- 127** 8. Con buen criterio, JAKOBS, PG, 775 ss., admite autoría mediata en supuestos que, no siendo causas de exclusión de la antijuricidad necesariamente, sin embargo presentan una fisonomía *semejante*.
- 128** *Ejemplo:* El hombre de detrás provoca un incendio en casa de su vecino, de manera que éste, para salvarla, destruye unos setos. Aquí, aunque esos daños no fue-

¹³⁶ *Vid.* ya JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 719.

¹³⁷ Sobre la posibilidad de la autoría mediata en casos de cumplimiento de una orden y obediencia debida, *vid.* BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 302 ss. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 328; JAKOBS, PG, 775; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 162 s.

ron estrictamente necesarios para salvar la casa, no estando pues justificados, cabe imputarlos a título de autoría mediata (con base en la situación de necesidad creada).

9. Al que domina la voluntad de quien se *autolesiona* puede ser autor mediato de los daños, p. ej., un suicidio¹³⁸. No basta una petición, ni siquiera si ésta es por algún motivo ineficaz¹³⁹. **129**

Vid. ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 250 ss., ampliamente (¡leer!). *Vid.* también JAKOBS, PG, 769 ss. (autoría mediata en la autolesión de un inimputable:780). **130**

En su excelente estudio de ADP, 1987, 301 ss. (*vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 500), MUÑOZ CONDE demuestra convincentemente que no toda manipulación de la voluntad del suicida puede fundamentar la autoría mediata, evidenciándolo, entre otros, en el *caso Siro* de la jurisprudencia alemana, lo que ha obligado a ROXIN a “recoger velas” de lo dicho con anterioridad por él, entre otras cosas, cuando hay un error en el motivo. Precisamente para los casos de manipulación del suicida que no pueden fundamentar autoría mediata y que, sin embargo, no merecen la impunidad, es para lo que resulta mejor la regulación española, al contemplar al menos los casos más graves de inducción y auxilio al suicidio como figuras específicas, lo que no ocurre en el derecho alemán.— Se inclina también por una solución legislativa del tenor de la española, en el derecho alemán, STRATENWERTH, PG, 331 ss. **131**

10. Para realizar así el tipo correspondiente no es necesario *crear* la situación de necesidad del instrumento, que fundamenta sin duda la autoría mediata; basta el *aprovechamiento* del estado ya creado (de quien, p. ej., se encuentra en una situación de necesidad y el hombre de detrás condiciona la ayuda a que lleve a cabo un delito)¹⁴⁰. Que la manipulación de la situación (proporcionar al necesitado, p. ej., el arma con la que matar) dé lugar a autoría mediata y el mero consejo de salvarse, no (ROXIN, Autoría y dominio del hecho), debe reconducirse, con mejor criterio, a la legítima defensa y al estado de necesidad de terceros (JAKOBS, PG, 765 ss., SAMSON, SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 86)¹⁴¹. **132**

c. *Supuestos especiales. Especial consideración de los casos de dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder*

A. En los casos en que el instrumento actúa *dolosamente*, pero *sin intención*, lo que sí hace el hombre de detrás, no cabe construir una autoría mediata con el dolo del instrumento y la intención del hombre de detrás. **133**

¹³⁸ *Vid.* ya al respecto WELZEL, PG, 124.

¹³⁹ Sobre la problemática del suicidio y la autoría mediata, ampliamente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 213 ss., 224 s.; sobre la autoría mediata en las autolesiones: 225 ss., 255. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 717; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 335 s.

¹⁴⁰ Sobre esta problemática ampliamente BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 292 ss., 301.

¹⁴¹ *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 720 s.

- 134** *Ejemplo:* El dueño de la granja le dice a su peón que se apodere de animales de otra granja, lo que éste hace introduciéndolos en la granja de su jefe.
- 135** El problema estriba en que el hombre de detrás no domina al hombre de delante y el hombre de delante, a su vez, no puede ser autor por carecer de la voluntad de apropiación característico del hurto. La solución (dudosa) de ROXIN, según el cual hay autoría directa del peón (que posee la intención al menos momentáneamente) e inducción a la misma del hombre de detrás, en cualquier caso muestra que, en estos casos, no cabe la autoría mediata¹⁴².
- 136** Vid. ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 284 ss. (¡leer!).
- 137** *B.* En los supuestos donde el hombre de delante actúa *dolosamente, pero sin la cualificación requerida por la autoría*, que sí posee el hombre de detrás, según ROXIN, el hombre de detrás es siempre autor¹⁴³.
- 138** *Ejemplo:* El funcionario que interviene (p. ej. induciendo) en el secuestro cometido por un particular (art. 164) es siempre autor del secuestro (del art. 167).
- 139** Vid. ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 278 ss. (¡leer!).
- 140** Con criterio más exacto, sostiene SAMSON (SK, I⁵, com. § 25, núm. marginal 109) que ello es así cuando el legislador no ha establecido ninguna especialidad de la acción, pero no cuando el tipo exige que el autor lleve a cabo una acción especial determinada.

¹⁴² Vid. ya MEZGER, PG, II, 267, 269; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 470; WELZEL, PG, 125; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 347 ss.; JAKOBS, PG, 784 (sobre las dificultades para estimar participación en estos casos y la forma de solucionar la laguna: 801 s.); STRATENWERTH, PG, 321, 333 s. De otro parecer HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 282; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADP, 1969, 473, 475; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 749 s. Vid. también la amplia exposición de esta problemática que realiza BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 446 ss. Vid. también BACIGALUPO, PG⁵, 376 s.; HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 111; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 721. Vid. también MIR PUIG, PG⁷, 382 s., con argumentos dignos de tenerse en cuenta. Vid. también MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 499; SÁINZ CANTERO, PG, III, 179 s.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 291; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 747; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, EPB, 171.

¹⁴³ Vid. también HIRSCH, Presupuestos para la reforma penal, 111 s.; MEZGER, PG, II, 274; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 158; WELZEL, PG, 125; JAKOBS, PG, 801 s., pone muy claramente de relieve las dificultades de estos casos para admitir participación y las formas de solucionarlo legalmente. En contra (salvo que se resuelva normativamente) CEREZO MIR, PG, III, 216 (en contra de la autoría mediata del no cualificado y de quien no ejecuta en los delitos de propia mano: 219); en el mismo sentido GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 113. En contra también, tras amplia y excelente exposición de esta materia, BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 403 ss., 437. A favor, MIR PUIG, PG⁷, 381 s., EPB, 516, 517, con argumentos dignos de discutirse. Vid. ya MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 933 ss. Vid. también MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 499.

Ejemplo: En el ejemplo anterior vale la solución de ROXIN. No, en cambio, en la infidelidad en la custodia de documentos (art. 413), que exige que sea el funcionario el que sustraiga. En tal caso sólo responderá por la vía de la omisión. **141**

GÓMEZ MARTÍN, RDPC, 2ª época, 17, 14, 42 s., siguiendo a MIR PUIG y su teoría de la “pertenencia del hecho” (*vid. supra* XIV 44), sostiene que no hay ningún inconveniente, sino todo lo contrario, siendo ello lo justo, en hacer responder al funcionario como autor y a su secretaria como mero cómplice, en el caso de la destrucción de los documentos secretos.— Evidenciando lo erróneo de esta construcción (*vid. ya supra* XIII 118), debe objetarse a MIR PUIG y GÓMEZ MARÍN el “hecho tozudo” de que en derecho penal no se puede separar la acción del autor de la acción, que es el problema quizá irresoluble del instrumento doloso no cualificado. **142**

El legislador tiende a regular expresamente la autoría de quien consiente la actuación en los hechos de los que sólo él puede ser autor (art. 176: tortura)¹⁴⁴. **143**

BACIGALUPO, PG⁵, 376, sostiene que la estructura de los delitos consistentes en la infracción de un deber soluciona este problema, siguiendo a JAKOBS, PG, 784 s. En el mismo sentido PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 747. En contra de éste, y de todos los criterios para resolver el problema del instrumento doloso sin cualificación, STRATENWERTH, PG, 322 s. **144**

C. Dentro de la autoría mediata, ROXIN introdujo un grupo de casos caracterizados por que en ellos¹⁴⁵: 1. Hay alguien que aparece como autor directo plenamente responsable. 2 Hay alguien que aparece como autor mediato, dado que domina un amplio aparato organizado del que el autor directo es un mero elemento que, de no haber cometido el delito obedeciendo la orden de quien domina la organización, habría sido sustituido por otro. Siempre pues que se den los requisitos de a) fungibilidad del autor directo, en el sentido de que automáticamente, de no haber actuado el autor directo, lo habría hecho otro obedeciendo también órdenes; b) existencia de una organización jerarquizada; y c) actuación de la organización de forma desvinculada del derecho, en el sentido de no operar en cumplimiento y desarrollo del ordenamiento jurídico, podrá fundamentarse la autoría mediata del hombre de atrás, a pesar de la plena responsabilidad del hombre de delante, principal peculiaridad, frente a las restantes, de esta modalidad de autoría mediata por dominio de la voluntad. ROXIN considera aplicable la figura **145**

¹⁴⁴ Sobre la autoría mediata en los delitos especiales *vid.* GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 115 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 298 s. En contra de estimar la autoría mediata en los delitos especiales HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 303 ss., 318.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 167 ss., con argumentos muy convincentes contra los intentos de fundamentar la autoría mediata en estos casos (¡leer!).

¹⁴⁵ Autoría y dominio del hecho, 267 ss. (¡leer!). *Vid.* también el excelente resumen y defensa de sus tesis en RP, 1998, 61 s.

a las organizaciones estatales y paraestatales, como el régimen nacionalsocialista o de la antigua RDA, con reservas respecto a las grandes organizaciones delictivas, tipo mafia italiana, y la descarta respecto a las organizaciones empresariales que, por lo demás, respetan el ordenamiento jurídico.

146 Esta forma de imputación a título de autoría es objeto en la actualidad de un amplio debate, polarizándose las opiniones en torno a las posiciones extremas: la de quienes aceptan la figura y no ven inconveniente en hacerla extensiva a la empresa (el requisito de la desvinculación del derecho, de ROXIN, es el más cuestionado) y la de quienes ven inviable la figura principalmente por la incompatibilidad entre autoría mediata y autoría inmediata, plena, barajándose todas las alternativas, desde la cooperación necesaria hasta la coautoría pasando por la inducción, para resolver estos casos¹⁴⁶.

147 En realidad, este caso de autoría mediata, incluidas sus dificultades, constituye manifestación de que la autoría es dominio de la causalidad, de marcos causales más o menos amplios de entre los infinitos que están presentes en todo resultado, de manera que mientras el instrumento domina un marco causal más restringido, el autor mediato, aquí, domina uno mucho más amplio; de ahí, también, que se encuentre en mi teoría del domino de la causalidad la explicación acerca de por qué es posible que el dominio de uno no excluya el de otro, a pesar de ser distintos (no el de la coautoría).— Ahora bien, en esta misma explicación se fundamentan las dificultades de esta modalidad de autoría mediata. Ya que mientras no existe ninguna duda de la autoría del instrumento, autoría de la que es plenamente responsable por ausencia de coacción, la del autor mediato, en cuanto que abarca un curso causal muy abstracto, siempre va a presentar el difícilísimo problema probatorio de la causalidad en estos casos acerca de si realmente el aparato era tan perfecto como para dominar la causalidad, y en caso dudoso negar la autoría, sustituida por otra forma de imputación a título de participación (p. ej. inducción).— A su vez, a la luz de este planteamiento, el que gira en torno al dominio sobre la causalidad en todos los casos de autoría mediata, y en especial el de los aparatos organizados de poder,

¹⁴⁶ En contra: JAKOBS, PG, 783 s. (coautoría o inducción, pero no autoría mediata); CEREZO MIR, PG, III, 217; HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 257 ss., 276; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 167. A favor: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 722, siempre que no sean ya auténticos autores los ejecutores: entonces todos coautores. Sobre esta forma de autoría mediata *vid.* también: BACIGALUPO, PG⁵, 372; STRATENWERTH, PG, 330 s. Finalmente, BOLEA BARDÓN, Autoría mediata, 337 ss., 393 ss., que ha hecho un estudio excelente de la materia, se inclina en estos casos por la autoría detrás de la autoría [358 ss.] y por negarla en caso de actividades empresariales [397 s.] admitiendo en todo caso de la necesidad de seguir estudiando el problema [398]. Por su parte, GÓMEZ BENÍTEZ, ADP, XXXVII, 1984, 1134, parece inclinarse por ver en estos casos un supuesto de autoría mediata “pura y dura”, por dominio de la voluntad; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 500, se inclinan por la coautoría; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, com. art. 27, 28 y 29, 282 ss.: inducción.

se explican muy bien los criterios aportados por ROXIN para configurarla, que no son sino criterios, los mejores que cabe pensar, para facilitar la prueba de la causalidad, en contra de una doctrina que empieza a manifestarse como continuadora y superadora de la tesis inicial de ROXIN, y sin embargo, casi siempre para facilitar la aplicación de la figura a determinados aparatos muy actuales, como las empresas o las bandas de narcotraficantes, entienden que algunos de los requisitos de ROXIN, como p. ej. el funcionamiento de la organización fuera de los cauces del ordenamiento jurídico, no son imprescindibles. Puede decirse, con mejor criterio, reforzando el parecer de ROXIN, que sus criterios son como poco imprescindibles para que la estructura de poder sea tan fuerte y domine la causalidad pese al grado de abstracción sobre el concreto curso causal dominado por el instrumento, que fundamentalmente la autoría mediata.

Se explica, también como consecuencia de lo anterior, que sean tantas las voces críticas contra la autoría mediata en estos casos, como asimismo la cantidad de sugerencias que se hacen para acudir a otras formas alternativas de imputación, hasta el punto de que prácticamente se barajan todas las restantes formas de participación, lo que da cuenta de lo mucho que queda todavía por discutir sobre esta materia, dado su interés dogmático y político criminal. **148**

AMBOS, RDPC, 2ª época, 3, 1999, 133 ss., después de aludir a la jurisprudencia alemana tendente a reconocer la autoría mediata a pesar de que el hombre de delante sea un sujeto responsable (134 s.) y después de pasar amplia revista a la doctrina favorable a admitir el dominio en virtud de organización como forma de la autoría (15 ss.) y los puntos de vista discrepantes (143 ss.), se muestra partidario de reconocer el dominio por organización, basándose además en la distinción entre el injusto individual (el del instrumento responsable) y el injusto colectivo (narcocriminalidad) y en el dominio por organización de ROXIN como única forma de explicación del fenómeno (147), con independencia de las discrepancias con su pensamiento en cuanto a cuáles hayan de ser las características de la organización.— En este sentido, AMBOS reconoce la autoría mediata en los delitos de un aparato de poder de organización estatal, ejemplificándolo en el caso Eichmann, en Alemania, y en el caso de los militares argentinos (148 ss.), coincidiendo en esto con ROXIN; la reconoce también en delitos de un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada), aun admitiendo lo difícil que puede ser en algunos casos establecer que la organización es lo suficientemente férrea como para fundamenar el dominio del hombre de detrás (156 s.). Kai AMBOS (160 ss.), como consecuencia de los análisis anteriores, niega que la desvinculación del derecho, en contra de lo que sostiene ROXIN, sea requisito necesario del dominio por organización, trátese de un aparato no estatal o de uno estatal, como lo demuestra el hecho de que existen aparatos como el de la mafia que en parte actúan conforme al ordenamiento jurídico y en parte no, sin que por ello cambie en nada el efectivo dominio del hecho (161 s.), y como lo demuestra la circunstancia de que si el aparato de organización estatal es él mismo **149**

ordenamiento jurídico (injusto) difícilmente podrá actuar el hombre de atrás desvinculado del derecho, a menos que se entienda el derecho como derecho justo suprapositivo en el sentido de RADBRUCH (164).— Con independencia del valor, elevado, que tiene el hecho de que AMBOS cuestione el requisito de la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder, lo que en el futuro dará que hablar, debe quedar claro que el hecho de que la Mafia funcione en parte vinculada y en parte desvinculada del derecho, no significa que no se sienta constreñida por el derecho de los países en que opera (de ahí la dificultad de la autoría mediata en sus actuaciones), al tiempo que el hecho de que países como la Alemania nazi ya contuvieran un derecho que permitía hacer muchas cosas impunemente no era incompatible con entender (suficiente para la autoría mediata) que aquéllos actuaban desvinculados del derecho positivo, como demuestra que sus mayores atrocidades (solución final, p. ej.) las hicieran al margen de su propio derecho positivo.

150

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Aparatos organizados de poder, aborda la problemática de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, ubicándola en el concepto general de ROXIN, de dominio de la voluntad como dominio del hecho que ella comparte [7 ss.], procediendo a continuación a salvar los obstáculos que podrían oponerse, que son, en el caso de este supuesto especial de autoría mediata, los siguientes: 1) La libertad que desarrolla el instrumento, hasta el punto de poder responder por su mal uso, no determina que sea más inseguro el resultado perseguido por el hombre de detrás [11 ss.], comenzando ya la autora a desarrollar una de sus principales tesis, a la que dedicará parte del capítulo siguiente, que en estos casos es más importante la estructura jerárquica presente que la fungibilidad del instrumento. 2) El hecho de que haya responsabilidad del instrumento, y el hecho de que la responsabilidad sea responsabilidad por los propios actos, no impide que en estos casos responda tanto el instrumento como el autor de detrás [20 ss.]. 3) Relacionado con lo anterior: el instrumento puede responder plenamente sin impedir la responsabilidad del autor mediato (peculiaridad de esta figura dentro de la autoría mediata, al menos en el caso más simple de autoría mediata) [31 ss., 46 ss.]. 4) No hay ningún obstáculo a la hora de extender esta figura de la autoría mediata de los casos en que inicialmente se concibió a la actividad normal de las empresas en la actualidad [89 ss., 110 ss.].— Frente a estos criterios, muy bien elegidos por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ para defender la figura, hay que decir: 1) Si bien, ciertamente, la fungibilidad asegura el resultado, no es tan simple como FERNÁNDEZ IBÁÑEZ supone: el curso causal que el autor mediato va a dominar en estos casos es mucho más complejo (¡y por tanto inseguro!) que en otros casos de autoría mediata y, sobre todo, directa; 2) y 3) La compatibilidad de responsabilidades del instrumento y el autor de detrás está admirablemente defendida, y sobre todo rebatidas las opiniones contrarias. Ahora bien, el empeño de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ se defiende mejor y más directamente a través de la concepción finalista (no es muy clara la concepción de ROXIN sobre el dominio de segundo y ulterior grado): el instrumento y el autor de detrás causan el mismo resultado mediante cursos causales y sus correspondientes representaciones, totalmente distintos; 4) No es tan simple la extensibilidad de la figura a la empresa, por una razón en la que después habrá que abundar, según la cual en todos los casos de esta figura de autoría mediata la conexión causal entre la conducta del superior y el resultado es tan remota que ha de ser compensada con la presencia de una complejísima maquinaria que puede equivaler a control de la cadena

causal. Es decir, la prueba de la concreta causalidad es muy difícil de determinar en todos estos casos. De ahí las reticencias de la jurisprudencia.— FERNÁNDEZ IBÁÑEZ aborda a continuación, en el capítulo II [120 ss.], los elementos definidores de esta forma de autoría mediata, y después de pasar exhaustiva revista a la doctrina recaída en la materia, llega a las siguientes conclusiones: 1) Como ya se anticipó, para FERNÁNDEZ IBÁÑEZ no es tan importante y definidor, aunque sí elemento de la figura, la fungibilidad del instrumento, junto y de manera indisociable con la estructura jerárquica de la organización [122 ss., 155 ss.]; 2) En cambio, no es elemento definidor de esta figura de autoría mediata el hecho de operar de manera desvinculada del derecho [181 ss., 202]; 3) No es necesario, tampoco, que el instrumento esté ya decidido a cometer el delito para que se perfeccione la figura [202 ss., 235].— Ante este sugestivo planteamiento, hay que decir: 1) Como ya se anticipó también en contraposición al planteamiento de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la autora no parece captar con exactitud el significado de la fungibilidad en el pensamiento de ROXIN. Para ROXIN, la fungibilidad es el eslabón causal, su sucedáneo, de cara al dominio de la causalidad por parte de quien dirige la organización; es un concepto pues de naturaleza empírica, no normativa. La insistencia de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ en otorgar más relevancia a la subordinación parece poner el acento en el elemento coactivo que, sin embargo, como ella demuestra en otros puntos, no caracteriza precisamente a esta figura. Incluso la estructura jerárquica es otra forma de constatar lo decisivo: la fungibilidad; 2) Por lo que se refiere al requisito introducido por ROXIN, de la desvinculación del derecho por parte de la organización, del que un sector de la doctrina pretende prescindir, es necesario mantener su relevancia: el aparato estatal cuyos dirigentes utilizan para cometer delitos es el prototipo de esta forma de autoría porque no hay otra más clara de actuar impunemente, sin la coacción del derecho. El aparato paraestatal, en cambio, salvo en países desestructurados, no da ese perfil. Es decir, la causalidad de la fungibilidad se completa con la ausencia de obstáculos que inhibe el comportamiento automático del instrumento libre; 3) Finalmente, argumenta muy contundentemente FERNÁNDEZ IBÁÑEZ que no es necesario que el interviniente esté ya decidido a cometer el delito en la estructura de esta forma de autoría mediata. Ahora bien, la razón es menos complicada de como se quiere entender este y otros problemas de la autoría mediata por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ y la doctrina que se ha ocupado del tema. Si se entiende que el tipo de homicidio, p. ej., sólo lo cumple quien se representa la muerte *concreta* de un hombre *concreto*, antes de especificarse a quién se va a matar, el dominio de la causalidad sólo lo posee el autor de detrás (por la fungibilidad del instrumento, precisamente), pero no el instrumento. Sólo cuando se haya especificado quién va a ser matado por él, por indicación del jefe, puede decirse que el instrumento se ha decidido a matar a ese hombre.— Por lo que se refiere a las posibles alternativas doctrinales a la solución de la autoría mediata, abordadas por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ en el capítulo III [247 ss.], es digno de destacarse, como prueba de lo mucho que aún queda por investigar en este terreno, que se han barajado todas las formas de autoría y la participación (si se entiende como tal la cooperación necesaria) para solucionar su problemática. Ello es así por dos razones fundamentales: por lo que acabamos de decir, por la problemática de la figura, y porque además todas las formas de autoría y participación están emparentadas, hasta el punto de que la determinación no siempre es ontológica y sí axiológica.— La mayor dificultad de la figura concierne sin duda a la extensibilidad de la figura del supuesto en que pensó ROXIN al concebirla, los crímenes

nazis y en menor medida los de la RDA, a bandas mafiosas y empresas en la actualidad. El problema, ya se vio, es el de la fungibilidad y su prueba. Es cierto que también otras formas de participación en el delito presentan problemas de prueba, sobre todo los casos de causalidad psicológica, como la inducción. Pero el problema se palia desde el momento en que se puede indagar la relación concreta entre el inductor y el inducido, como en los casos de autoría mediata por coacción. En la autoría mediata por organización, en cambio, ocurre algo semejante a la causalidad estadística (caso de la colza) (*vid. supra* VIII 139). En suma, la causalidad en este caso se ve obligada a establecer un nexo entre condiciones y resultado sumamente alejados, que se dan, pero son muy difíciles de probar. Por eso, entre otras cosas, el legislador contempla tipos delictivos específicos basados en la organización. Además, claro está, de las formas de participación y los delitos de omisión, que no establecen criterios tan rígidos de imputación como la autoría directa.

- 151** En Modernas tendencias, 533, DONNA, tras exponer brevemente la doctrina del dominio del hecho y los conceptos fundamentales de la autoría mediata, se confronta con la tesis de la autoría mediata de ROXIN en los casos de aparatos organizados de poder, para defender la tesis de que la libertad del autor directo, esto es, la ejecución del delito libremente por su autor, introduce una prohibición de regreso que convierte al “autor detrás del autor” en mero inductor (salvo en casos extremos como el Estado nazi) [556 s.].

d. El error sobre el dominio

- 152** *a.* Si el autor de detrás ha creído que dominaba el hecho (creyó, p. ej., engañar al instrumento sobre la realización del tipo delictivo o que éste era inimputable, cuando en realidad no fue así), estaremos ante una tentativa de delito por parte del hombre de detrás (*vid. supra* XIV 154 ss.)¹⁴⁷.
- 153** *b.* Si el hombre de detrás ha creído que el hombre de delante (que no sería tal) ha actuado dolosamente o de forma plenamente imputable, sin hacerlo, debe descartarse la autoría, y sólo estaremos ante una tentativa de inducción (impune en nuestro derecho)¹⁴⁸.

- 154** *Vid.* sobre el desconocimiento de los criterios que fundamentan la autoría y sobre su suposición errónea: sobre sus efectos en la teoría de la participación, amplia y convincentemente, ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 286 ss. *Vid.* también JAKOBS, PG, 786 s.¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Vid.* ya MEZGER, PG, II, 297.

¹⁴⁸ Con buen criterio, en nuestro derecho GÓMEZ RIVERO, Inducción, 106 ss., ha defendido la tesis de que la “tentativa de inducción” a quien puede ser un inimputable (GÓMEZ RIVERO habla de “conocimiento eventual del riesgo”) puede fundamentar una autoría mediata. De inducción consumada hablan JESCHECK/WEIGEND, PG³, 722 s., como MEZGER, PG, II, 297. *Vid.* ampliamente sobre esta problemática MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 339 ss.

¹⁴⁹ Sobre la autoría mediata *vid.* también HERRAIZ PAGES, en: GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 2000, 398 ss.

e. *Comienzo de la tentativa del autor mediato*

La referencia para determinar en cada caso el difícil problema de cuándo ha comenzado la tentativa, agudizado en el caso de la autoría mediata, nunca puede ser la conducta del instrumento, en contra de lo que piensa un sector doctrinal muy inclinado, unilateralmente, a la teoría formal-objetiva, sino la conducta del autor mediato que casi siempre actúa antes de que lo haga el instrumento¹⁵⁰. Cuestión distinta a ésta, como atinadamente pone de relieve RUDOLPHI SK, I⁵, com. § 22, núm. marginal 20, es la de que, puesto que el autor mediato domina al instrumento, mientras que los actos del instrumento no salgan decisivamente del control del autor mediato, su tentativa (¡la única relevante!) no habrá comenzado, aunque quizá ya haya progresado mucho en la preparación del instrumento, en este caso humano. **155**

Una solución original y muy ingeniosa, siguiendo a su maestro MIR PUIG (PG⁷, 385), del comienzo de la tentativa en la autoría mediata (y extensible a la tentativa en la *actio libera in causa*), es la de FARRÉ TREPAT, EPC, XIII, 1990, 165 ss., quien tras pasar revista a los ensayos doctrinales de determinación, llega a la conclusión de que dar por iniciada la tentativa sólo cuando el instrumento dé comienzo al desarrollo de su parte, poniendo sin duda en el peligro más directo el bien jurídico, puede suponer en algunos casos una restricción no aconsejada político-criminalmente (75 s.), unido a que la norma quiere motivar a su destinatario y, en este caso, el autor de atrás actúa antes que el instrumento (79); por todo ello, puede ser aconsejable situar el comienzo de la tentativa, en el último momento de actividad del hombre de detrás, a lo que añadir quizá una condición objetiva de punibilidad consistente en la puesta en peligro inminente del bien jurídico (80 s.). **156**

ALCÁ CER GUIRAO, Tentativa y formas de autoría, 115 ss., después de esclarecer conceptos muy implicados en la cuestión sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, como el propio concepto de autoría mediata y el de tentativa acabada [116 s.], cuyos aspectos comunes a la luz de la doctrina del dominio del hecho resalta [135 ss.], pasa revista a los criterios doctrinales sobre el problema estudiado, distinguiendo entre la solución del autor mediato: la referencia para el comienzo de la tentativa en la autoría mediata la proporciona la conducta del autor de detrás [139 ss.], y **157**

¹⁵⁰ Vid. ya las atinadas consideraciones de JAKOBS, PG, 785; como las de STRATENWERTH, PG, 343. En términos semejantes, siguiendo a ROXIN, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 115 s.; DEMETRIO CRESPO, Tentativa, 101 ss. Vid. también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 560, coordinando muy bien conducta del autor mediato y conducta del instrumento; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 383, que ponen de relieve también que el desistimiento del autor inmediato determinará la responsabilidad por tentativa del autor mediato []; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 173. Sobre la tentativa acabada del autor mediato: MEZGER, PG, II, 227; WELZEL, PG, 226. De otro parecer: el instrumento ha de haber realizado al menos actos íntimamente relacionados con la conducta típica, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 151.— Sobre toda esta problemática amplia y convincentemente (¡leer!), MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 358 ss.

la solución del instrumento: es su actuar el que determina el comienzo de la tentativa del autor mediato [151 ss.], toma posición, siguiendo a ROXIN, con su concepción de la pérdida del dominio del hecho o peligro inmediato para el bien jurídico [163 ss.], que éste ha acuñado para la tentativa (su comienzo) desde hace tiempo (*vid. supra* XIII 166), haciendo, ALCÁCER GUIRAO, del abandono del control sobre el riesgo [173 ss.] criterio decisivo también del comienzo de la tentativa del autor mediato, una concepción que armoniza muy bien con su propia teoría del injusto como creación de un peligro objetivo (*vid. supra* XIII 66 ss.) que, sin embargo, como no podía escapársele a un jurista intuitivo como ALCÁCER, tiene problemas de delimitación entre la tentativa acabada e inacabada: se alarga el ámbito de la tentativa acabada a costa del de la inacabada, imputación a título de dolo: abandono imprudente del control del riesgo, y desistimiento: complicaciones para estimar el desistimiento, derivadas de hacer pivotar la tentativa sobre la pérdida del control del peligro [189 ss.].

f. Peculiaridades del desistimiento del autor mediato

- 158** La principal cuestión que plantea el desistimiento del autor mediato es la de si su régimen es el del autor único (art. 16. 1 y 2) o el del art. 16. 3. Dadas las peculiaridades de la autoría mediata, debe entenderse que por lo que se refiere al desistimiento de la consumación del delito conforme al nexo causal que discurre con base en su dominio fundamentado en el conocimiento o la voluntad, éste no es distinto al del autor directo contemplado en el art. 16 1 y 2, con la única peculiaridad de que la acción de desistimiento puede consistir, si es ello posible de cara a evitar el resultado, incluso en llamar la atención del instrumento sobre cómo ha sido manipulado hasta ese momento; momento a partir del cual la responsabilidad del hasta entonces autor mediato por lo que siga haciendo el hasta entonces instrumento que ha dejado de serlo, se valorará conforme a lo previsto en el art. 16. 3¹⁵¹.

16. LA COAUTORÍA

A. Delimitación conceptual

- 159** La coautoría es el dominio del hecho por dos o más personas que actúan conjuntamente, de tal manera que la aportación al hecho de cada uno es tan decisiva como para que sin ella el delito no se hubiese cometido (*dominio del hecho funcional*: ROXIN, Autoría y dominio del hecho, 303 ss.)¹⁵², siendo esa la razón por la cual, aunque ninguno de los coautores realiza de propia mano la totalidad del

¹⁵¹ Sobre el desistimiento del autor mediato *vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 364 s.; STRATENWERTH, PG, 344.

¹⁵² *Vid.* al respecto BACIGALUPO, PG⁵, 365; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 726; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 367 s.; STRATENWERTH, PG.

tipo (uno, p. ej., encañona a los empleados del banco, otro toma el dinero de la caja fuerte), sino sólo una parte¹⁵³, le es imputada sin embargo la totalidad. Si al coautor sólo se le imputara lo hecho por él, nos encontraríamos, como en la doble causalidad, con la situación paradójica de que aunque se hubiese cometido un atraco, nadie lo habría cometido. Nada, sin embargo, se opone a la solución de imputar el hecho a todos los coautores, cualquiera que haya sido su rol, siempre que, claro está, éste haya sido decisivo para la consumación del plan delictivo, esto es, para la causación del resultado. El hecho de que, además, sea, ésa, una forma del actuar delictivo frecuente y peligrosa, justifica la solución dogmática dada a la figura.

La doctrina suele distinguir entre dos casos de coautoría. Según una, todos los coautores realizan la misma acción, pero sólo la suma de lo aportado por cada una de ellas causa el resultado. *Ejemplo*: Varias personas golpean a la víctima contribuyendo a la gravedad última de las lesiones sufridas. Según la otra, cada uno de los coautores realiza alguna de las distintas acciones que requiere la realización plena del tipo. *Ejemplo*: Mientras que un ladrón encañona al cajero, el otro vacía la caja fuerte.

A diferencia de lo que ocurría con la autoría mediata, en la que si bien podía hablarse de la participación de varios (autor mediato e instrumento) en sentido naturalístico, en sentido jurídico autor lo era sólo el autor mediato, por su dominio sobre el hacer del instrumento, en la coautoría los sujetos intervinientes son todos autores porque todos dominan el hecho, y no alguno de ellos en particular; por eso lo comparten, y el hecho es imputable a todos¹⁵⁴, pudiéndose llegar a afirmar, lo que es esencial para diferenciar a esta figura de otras, que la aportación de cada uno de ellos es condición necesaria del resultado, dado que sin su intervención todo el plan se habría venido abajo. Sólo cuando los hechos han discurrido de esta manera puede hablarse de coautoría. El dominio funcional del hecho ha de poseerlo el coautor hasta el momento de la consumación.— Lo que caracteriza, por tanto, al coautor es que participa con actos ejecutivos decisivos a la consumación del delito (quien no realiza hechos típicos no puede ser coautor; de ahí la peculiaridad del jefe de la banda: ROXIN), pero no los realiza todos, ya que al menos alguno de ellos los realiza el otro coautor que, a su vez, tampoco interviene en todos, de manera que mientras lo que parcialmente realiza uno no es

¹⁵³ Insisten atinadamente en esta idea BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 292. *Vid.* también ampliamente PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 738. *Vd.* ya MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 370 s.; STRATENWERTH, PG, 334, extrayendo de ahí la idea de que la regulación legal de la coautoría amplía la autoría.

¹⁵⁴ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 366, sostienen que la coautoría no es que deba ser tratada como la autoría sino que es autoría.

suficiente para fundamentar la autoría, sí lo es (para fundamentar la coautoría) sumado a la aportación de los demás, siendo todos coautores.

162 Como en seguida se verá, constituye elemento de la coautoría, además de la realización de actos típicos de ejecución, la puesta de acuerdo, el trazado de un plan, por parte de los coautores en que se basa el significado de los actos particulares de cada uno al plan conjunto, y de cuyo conocimiento (dolo) y realización (conforme al plan) depende la concurrencia de esta figura. La realización parcial del tipo, en el marco del plan conjunto, fundamenta la coautoría de todos, es decir, el dominio funcional del hecho.— Con ello, la coautoría, ya delimitada respecto a la autoría mediata (negativamente: por el no dominio del hecho del instrumento; positivamente: por el dominio del hecho del autor mediato a través del instrumento, del que domina la voluntad o el conocimiento), puede delimitarse respecto a la inducción. El inductor (*vid. infra* XIV 294 ss.) realiza una aportación esencial al hecho delictivo, consistente en influir sobre el autor principal de tal manera que sin ella el delito no se habría cometido; pero, a diferencia del autor mediato, el inductor no suplanta al autor, que es quien comete el hecho, cosa que no hace el inductor, que deja la ejecución en manos del autor, estribando en ello, a su vez, el criterio diferenciador entre el inductor y el coautor, ya que aquél no interviene en absoluto en la ejecución del delito, por lo que no domina la ejecución (sólo domina la decisión que, con arreglo a cualquier concepción de la autoría que se siga, no es suficiente para fundamentarla: realización de hechos típicos), cosa que, ya se ha visto, sí hace el coautor¹⁵⁵.— Cuestión distinta, como en seguida se verá, es la de si, al exigir la coautoría un plan conjunto, la coautoría, además del desarrollo ejecutivo compartido, incluye también una *inducción mutua* de todos y cada uno de los coautores.

163 Prototipo de la coautoría, la coautoría genuina, es aquel en el que más de una persona y ninguna por separado dominan la causalidad típica, fundamentalmente el resultado en los delitos del mismo nombre, hasta el punto de que sólo la suma de las aportaciones de autores distintos permite explicarlo¹⁵⁶. La coautoría es pues codomi-

¹⁵⁵ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, RCP, 4, 2001-2002, 181 ss., critica un ATS (1856/2001, de 21 de septiembre) que estimó de autoría un caso de inducción más aportación de instrumento para el robo, sin realización de hecho típico alguno.

¹⁵⁶ *Vid.* VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. arts. 27-28-29, 283, ilustrándolo muy bien y oportunamente con la STS de 16 de julio 1984. Entendiendo muy certeramente que la coautoría es auténtica autoría: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 752.— *Vid.* también CONDE-PUMPUDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPUDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 938 s., que pone claramente de relieve que la coautoría no es la suma de autores sino la suma de acciones que determinan la autoría o realización, algo más que ejecución, del tipo, que permite incluir conductas como, p. ej., la de quien dirige a distancia los hechos, es decir, utilizando para caracterizar la coautoría, como ROXIN, argumentos procedentes del dominio del hecho y de la teoría objetivo-formal, con los que, a su vez (*vid. infra* XIV 210 ss.), caracteriza muy bien la cooperación necesaria.— Insisten también en que en la coautoría ningún interviniente lleva a cabo todos los elementos del tipo BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPARTERO, PG², 292.

nio del resultado o dominio funcional del hecho.— Ningún defensor de la doctrina del dominio del hecho, empezando por ROXIN (Autoría y dominio del hecho, 303 ss.), ha sostenido que el vigilante, por el mero hecho de vigilar, sea coautor. En el breve pero denso capítulo de su libro que ROXIN dedica a la coautoría, jamás se pretende extenderla más allá del codominio de la causalidad, pero sí incluir en ella, la coautoría, todos los casos en que hay codominio como única forma de explicar el hecho acaecido.— Por decirlo con un *ejemplo*: Si un francotirador debe disparar a ciegas cuando se lo indique otro colocado en una posición desde la que ve a la víctima pero no podría disparar porque sería descubierto, ambos son coautores, también el segundo, a pesar de que ni tiene un arma en sus manos¹⁵⁷.— Problema distinto, pero no conceptual, es el del alcance de un concepto tan depurado como el de ROXIN, sobre el que se podrá discutir, como en la tentativa se puede discutir sobre la inclusión en su concepto, por extensión, de la inidoneidad relativa. Cuestión ontológica/cuestión axiológica en la que también ROXIN ha sido ejemplar a la hora de extender sus claros e indiscutibles conceptos (ejemplo paradigmático: el de la extensión del dominio de la voluntad a los aparatos organizados de poder; *vid. supra* XIV 45 ss.) a ámbitos de contornos, que no su núcleo, más difusos.

WELZEL, PG, 129 ss., que vio el carácter complementario de la aportación de cada autor constitutiva de coautoría [129], erró sin embargo al intentar dirimir la polémica sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la coautoría con base en una aplicación errónea de su correcta doctrina de la inescindibilidad de los elementos subjetivo y objetivo del injusto [132 s.], cuando llega a afirmar que “también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, *cuando es coportador de la decisión común del hecho*”¹⁵⁸; lo que no deja de ser una aplicación de la doctrina subjetiva, más concretamente, de la decisión común del hecho. **164**

También JAKOBS se ha caracterizado siempre por no exigir necesariamente (¡aunque aplicando el denostado criterio naturalístico!) que el coautor haya de intervenir en la fase ejecutiva, pudiendo hacerlo en la fase de preparación siempre, claro está, que la aportación haya sido (cuantitativamente) decisiva. *Vid.* ya PG, 749 ss. (¡leer!); sobre las razones que pueden justificar que efectivamente la proximidad (naturalística) a la ejecución fundamente coautoría, y las razones por las que quien está presente en los hechos (podemos pensar en la discutida figura del vigilante) puede ser coautor: 752 s. (pero cuando no: 753 s.); coautor es el jefe de la banda y quienes realizan cada uno de los actos de los delitos divididos en varios actos [753]. **165**

Para LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva, 79 ss., el fundamento de la coautoría no es el acuerdo de voluntades que permita imputar a todos lo realizado por **166**

¹⁵⁷ No es afortunada pues la consideración de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 173 ss., cuando critica la concepción de la coautoría basada en el dominio funcional limitándolo a dominio negativo: no es que el autor pueda desbaratar el plan, sino que los demás no podrían continuar sin él.

¹⁵⁸ El subrayado es nuestro. JCC.

cada uno (80). Ése es un concepto demasiado psicologizante. Aplicando la concepción normativa de la escuela de JAKOBS, la coautoría no se basa en lo aportado por cada uno sino en el hecho colectivo realizado por todos en conjunto (84); sólo el objeto común asigna significado a lo realizado por cada uno (87). Esa voluntad particular del colectivo que forman los coautores se contrapone a la voluntad general, en la terminología de HEGEL. Ahora bien, puesto que el injusto penal no acontece en el plano causal exterior sino en el normativo, la coautoría debe entenderse como comunidad normativa y organizada o como comunidad sólo normativa. El primer supuesto de la coautoría es el del trabajo en equipo o interacción entre sujetos (incluida la fase anterior) con el ejemplo paradigmático de quienes asaltan un banco y mientras uno mantiene a raya al cajero el otro reúne el dinero (97) (no, en cambio, si unos grafiteros se encuentran periódicamente en una estación y cada uno realiza su improvisación) (98), incluida la coautoría sucesiva: del nuevo coautor que se suma a o es requerido por quien ya actuaba con anterioridad (99 s.). “Responsabilidad juridicopenal como consecuencia de una comunidad normativa y organizada comienza allí donde un comportamiento no permite otra explicación social razonable distinta de aquella consistente en que se genera una asociación solidaria con los actos de organización de los otros para la desautorización de una norma totalmente determinada” (101). El segundo supuesto de la “coautoría”, la sólo normativa, caracterizada por que en ella uno de los sujetos no posee sólo competencia organizativa sino también por el *status*, hace imposible, al parecer de LESCH, la coautoría o responsabilidad por un injusto colectivo (104).— La lectura de este posicionamiento, más que una ruptura con la consideración naturalística sugiere la compatibilidad entre el planteamiento normativista y el planteamiento lógico tradicional.

167 Una profunda penetración en la esencia de la coautoría de la ciencia penal española es la de PÉREZ ALONSO, *Coautoría*, en la que destaca además el hecho de que lo haga 1) siguiendo fidedignamente la concepción del dominio funcional del hecho [8, 165 ss., 200 ss.], 2) procediendo a defenderla concienzudamente de la doctrina española, hostil a la figura exagerando las exigencias de la teoría formal-objetiva de la autoría, sobre todo de la crítica en ese sentido de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, e, incluso, lo que nos merece un especial parabién [210, 212], 3), reconociendo el desarrollo insuperable que ROXIN ha dado a la figura, recupera la gran aportación de WELZEL, y, sobre todo, emplea a veces conceptos con los que una concepción lógico-funcional de la autoría como la defendida en esta obra, no puede sino simpatizar [212, 216].— El dominio funcional del hecho lo concreta PÉREZ ALONSO en una división del trabajo que tiene lugar entre varios en la forma ejecutiva del hecho típico (concepto restrictivo de autor), siempre que tal aportación constituya “pieza parcial independiente y esencial” del plan global en el que todos están de acuerdo, que bien puede concebirse fenomenológicamente como “una síntesis indisoluble de momentos objetivos y subjetivos (*nota bene*)” [8, 212, 216].— PÉREZ ALONSO ha tenido en fin el acierto de rebatir muy contundentemente la gran crítica a la fundamentación del dominio del hecho en la coautoría que ha hecho DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁵⁹,

¹⁵⁹ Vid. también PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 741 s.

poniendo de relieve que no es que el dominio negativo del hecho: la imposibilidad de pensar el delito sin la aportación de cada coautor, su capacidad en fin de “desbaratar”, el que fundamenta la coautoría, sino que el hecho en coautoría, como tal hecho, no puede concebirse sin la coautoría [255 ss., 261 ss.]. De este modo evidencia PÉREZ ALONSO, una vez más, la incapacidad de la teoría objetivo-formal para explicar la coautoría, y cómo la crítica al dominio del hecho en la coautoría está excesivamente apegada al modelo del autor único que actúa de propia mano. Lo que a su vez no quiere decir que el de coautoría sea un concepto listo para aplicar.

GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Coautor, aborda la dogmática de la coautoría procediendo a construir muy certeramente su tipo subjetivo en torno a lo que llama “conocimiento recíproco de la actuación conjunta” [126 ss.], y su tipo objetivo en torno a la contribución de cada coautor al hecho delictivo común [292 ss.].— Dentro del primer elemento, el subjetivo, la autora expone exhaustivamente la exigencia de la doctrina mayoritaria según la cual la coautoría exige un acuerdo común [126 ss.], que no ha de ser necesariamente expreso, pudiendo ser tácito e incluso concluyente, siempre que se derive de lo que cada coautor hace, no de presunciones irreales de los demás [160 ss.], y no retroactivo [164 ss.], con consecuencias [180 ss.]; rechazando una doctrina minoritaria, en que se inscribe JAKOBS, proclive a no exigir este elemento, en última instancia porque se corresponde con la concepción de la coautoría como forma de intervención accesoria no distinguible (salvo de forma cuantitativa) de la complicidad (*vid. supra* XIV 33) [228 ss., 246 ss.].— Dentro del segundo elemento del tipo de coautoría, procede GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ a precisar en qué ha de consistir la contribución al hecho para traducirse en coautoría, dedicando mucho espacio a excluir de la coautoría la mera intervención en el acuerdo previo y supuestos afines [295 ss.], la intervención en el acuerdo previo más una mera aportación causal en la ejecución [302 ss.], incluido un apartado [314 ss.] sobre la causalidad del coautor, que le lleva a estimar certeramente que la responsabilidad del coautor depende de lo aportado por otros coautores [338], la mera intervención en la fase previa, incluido el jefe de la banda [340 ss.], y con gran escepticismo respecto a la autoría mediata por la intervención de aparatos organizados de poder [375 ss., 382 ss.]; e incluso la intervención en la fase de ejecución si no es que la actuación reúne determinadas características [390 ss.].— En esta parte fundamental de su libro GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 1) procede a criticar la tesis del dominio funcional del hecho, pues la esencialidad de la aportación es elemento común a la coautoría y a la cooperación necesaria [392 ss.], 2) encuentra en la igualdad de rango de las aportaciones (HERZBERG) un primer criterio de precisión de la coautoría [417 ss.], 3) precisa, dentro de la teoría formal-objetiva [419 ss.], después de distinguir entre acto de ejecución y acto típico [422 ss.], que la aportación ha de consistir en una acción típica [432 ss.] = acción típica o parte de una acción típica [442], 4) excluye que la doctrina de la imputación objetiva sirva aquí para acotar de alguna forma la responsabilidad por autoría (en alguna de sus manifestaciones) [445 ss.], 5) descarta que la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho de LUZÓN PEÑA y su escuela pueda resolver el problema de la coautoría [451 ss.], fundamentalmente por exigir, ahora ya referido a los delitos de resultado, que cada coautor: a)

haya realizado en su persona la totalidad de la acción típica, b) haya sido determinante del resultado también en una consideración *ex post* [461].— Con tales ingredientes, construye GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ su propia concepción, que puede resumirse diciendo que la coautoría consiste en la contribución a la lesión del bien jurídico capaz de lesionarlo total o parcialmente, directa o inmediatamente, conforme a una consideración *ex ante*. De ahí que fueran de coautoría las agresiones en grupo, aunque quizá por separado sean insuficientes para conseguirlo. De ahí también que sea punible como coautoría la variante del caso FEUERBACH en la que para superar los escrúpulos, los miembros del pelotón se deciden a disparar sin saber cuál de los rifles está cargado [474]. Y no lo sean los siguientes casos: 1) el del vigilante [470], 2) el que proporciona la fuga del lugar de los hechos [470 s.], 3) el que distrae a la víctima [471], 4) el que la sujeta [471 s.], 5) el jefe de la banda [472 s.], 6) la autoría alternativa (cada delincuente ocupa una de las calles por donde puede escapar la víctima) [474 ss.]¹⁶⁰.— Finalmente, los casos de acuerdos tomados en el seno de órganos colegiados serán de coautoría si todos los que votaron favorablemente instrumentalizan al ejecutor material; en otro caso sólo coinducción [476 ss., 482].— Del pensamiento de esta autora puede asumirse prácticamente todo, menos su consideración según la cual la doctrina del dominio funcional del hecho no logra distinguir al coautor del cooperador necesario (confusión a la que, ciertamente, también han contribuido algunos defensores de la doctrina del dominio del hecho), pues es lo cierto, coincidiendo una vez más con esta autora, que el dominio funcional del hecho ha de basarse en la realización de actos típicos, como prueba el respeto escrupuloso que ROXIN siempre ha tenido a la doctrina objetivo-formal como límite no sobrepasable de definición de la autoría.

169

GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, después de pasar minuciosa revista a la regulación legal de la autoría, con especial referencia a las normas sobre coautoría [119 ss.], y después de exponer los criterios doctrinales de delimitación entre autoría y participación [195 ss.], tomando partido por el concepto restrictivo de autor [225 ss.], y, dentro de él, siguiendo una concepción objetivo-formal [255 ss.], que le lleva a confrontarse con la concepción de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ [323 ss.], una concepción a la que critica además de por sugerir que los bienes jurídicos puedan lesionarse total y parcialmente [339], por el hecho de partir de una *petitio principii*, según la cual lo que distingue al coautor del partícipe es que su aportación individual al plan conjunto sea equivalente a la de los restantes coautores, poseyendo todos ellos (por separado) una capacidad mínima similar [344], procede a desarrollar su propia concepción de la coautoría, una posición que, encarnada en la concepción objetivo-formal [344 ss.], le lleva a exigir una aportación mínima dentro de lo típico, particularmente difícil de establecer dentro de los delitos de resultado, en lo que sin embargo atenerse a ese límite sirve a la seguridad jurídica [348 ss., 352], una delimitación de las conductas típicas en fase de tentativa [352 ss.] que le lleva a considerar de coautoría algunos

¹⁶⁰ Sobre la coautoría alternativa *vid.* también GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 132: cooperación necesaria (siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y MIR PUIG).

supuestos de sujeción de la víctima: cuando puede subsumirse en la acción típica expresamente determinada (algunos tipos cualificados por la forma comisiva) [357], las diversas acciones tipificadas y conectadas teleológicamente: robo con violencia, donde la violencia es ya conducta típica [359 ss.], y a atreverse a determinar cuál es la acción que en los delitos puramente resultativos puede fundamentar la autoría, dado que pueden ser infinitas, sin que, por otro lado, sea necesario que la individual del coautor haya creado por sí sola todo el riesgo de producción del resultado, conforme a la teoría de la imputación objetiva [363 ss., 368]. Precisamente para perfilar la naturaleza de la acción del coautor en los delitos de resultado, acude GARCÍA DEL BLANCO a la “prueba” de la tentativa acabada: sólo cuando con la aportación ya prestada por él más lo que sabe acontecerá después y ha acontecido antes, y tras actuar él puede sobrevenir el resultado, estará fundamentada la responsabilidad del coautor sin dependencia de la de los demás coautores [371 s.].— GARCÍA DEL BLANCO ejemplifica para terminar su concepción con base en dos casos [374 s.]: Cuando la muerte en el homicidio se ha producido por perforación de órgano vital de la víctima, tan autor de la misma es quien clavó el cuchillo como quien sujetó presionando a la víctima (su cuerpo) contra el cuchillo. Otro caso: Dos sujetos que viajan en el mismo coche paran ante una vendedora de cupones, momento en el cual el copiloto le arrebató el bolso en tanto que el conductor acelera, con la consecuencia de que la anciana, por quedarse enganchada al bolso, fue arrastrada unos metros, lo que le ocasionó la muerte.— Todavía dedica GARCÍA DEL BLANCO un amplísimo último capítulo [377 ss.] a descartar que el mutuo acuerdo pueda fundamentar la responsabilidad de cada coautor, circunscribiéndose la relevancia (no esencial) a los datos objetivos y subjetivos de la imputación que permite resolver.— También de esta autora puede suscribirse prácticamente todo, inclusión hecha de su crítica al pensamiento de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, un tanto escorado a la versión de la coautoría del estilo “agresión en grupo”. Es más, los supuestos que utiliza para ejemplificar la coautoría, de “sujeción activa” a la víctima y reparto de papeles entre tirón y aceleración, son excelentes, sólo que la ponen a ella en dificultades cuando afirma en otro punto de su excelente monografía que el acuerdo previo no aporta nada a la coautoría, siendo así que ejemplos como los aducidos difícilmente son pensables sin acuerdo sobre lo que realizarán cada uno.

El caso del vigilante como piedra de toque de la coautoría. La STS de 21 de febrero de 1989, en la que BACIGALUPO ZAPATER, como ponente, aplicó la doctrina del dominio del hecho a la coautoría y en tal contexto dogmático consideró también coautor a quien esperó con el coche en marcha para huir tras el atraco, ha sido utilizada muy oportunamente para ver la gran discrepancia de pareceres reinante en la doctrina española sobre el llamado supuesto del vigilante (PJ, 2ª época, 27, 1992, 189 ss.). 1. El primer comentario, el de GONZÁLEZ CUSSAC y MIRA BENAVENT, inspirado en los postulados de la teoría objetivo-formal, lleva a cabo un rechazo frontal de la doctrina del dominio del hecho a la que tildan de extrajerizante y extensiva de la responsabilidad penal, y tras afirmar que el vigilante nunca puede ser coautor, sostienen que será cooperador necesario o cómplice según los casos [191 ss.]. 2. El segundo comentario, el de PEÑARANDA RAMOS y SUÁREZ

GONZÁLEZ, parte también de la concepción objetivo-formal de la autoría, e, incluso, de una de sus versiones estrictas, según la cual autor sólo lo es el autor único, razón por la cual la teoría del dominio (funcional) del hecho amplía la responsabilidad por autoría; lo que no ocurre con la teoría objetivo-formal, que puede admitir conductas que, sin ser de autoría, deben equipararse por la importancia de su aportación al hecho e incluso porque suponen la realización de acto ejecutivo parcial: la disposición en los delitos contra la propiedad, p.ej., que son fundamentos mejores que los de la teoría del dominio del hecho [196 ss.]. 3. El tercer comentario, de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, tras rebatir que la teoría objetivo-formal sólo justifique la autoría única y de propia mano, y criticarla por no explicar qué actos de los ejecutivos son de autoría, debido a su importancia mayor o menor para la realización del núcleo del tipo, llega a la teoría del dominio objetivo y positivo conforme a la cual sostiene que el vigilante nunca puede ser autor en este sentido (él puede desbaratar pero no representar la ejecución del núcleo del tipo, que en el robo sólo lo hacen quien emplea violencia y quien se apodera del objeto, como en el homicidio quienes acuchillan causando, todos, la muerte de la víctima, etc.) [203 s.] 4. Finalmente, el cuarto comentario, de BALDÓ LAVILLA y SILVA SÁNCHEZ, tras sostener muy inteligentemente que no se puede definir en abstracto la relevancia de la vigilancia a efectos de la autoría, y sí en el caso concreto, entiende que el supuesto de la sentencia comentada sí daba lugar a coautoría por ser determinante de la ejecución, siendo así sea cual sea la teoría de la autoría que se sustente [212 ss.]^{161/162}.

171 Un caso semejante y resuelto por DURÁN SECO, TSJyAP, 19, 2000, 10 ss., en la misma línea de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, es el planteado por la STS de 8 de julio de 1998, en el que dos ladrones se apostaron fuera de una casa, en el portal y en la escalera, para avisar mediante un silbido a un tercero de la llegada de la víctima, a quien este último arrebató el bolso, huyendo después todos. El caso, resuelto por el TS como coautoría, en aplicación de la doctrina del dominio funcional del hecho, no permite, según DURÁN SECO, distinguir entre coautoría y cooperación necesaria, si como aquella doctrina (al menos algunos de sus defensores) pretende sirve también para distinguir la cooperación necesaria de la complicidad, lo que sí ocurre con la teoría del dominio objetivo y positivo, al exigir que para hablar de coautoría es necesario que se lleven a cabo actos típicos [25 s.], con la prueba de la tentativa como test [27 s.], lo que no ocurre con dos de los intervinientes en el caso abordado por la sentencia, que al limitarse a avisar, serán todo lo más cooperadores necesarios.

¹⁶¹ Sobre el problema del vigilante *vid.* también JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 16, 124, admitiendo que puede tener el dominio funcional del hecho = coautoría.

¹⁶² Una réplica minuciosa y contundente a los valiosos comentarios a la STS de 21 de febrero 1989, por parte del mismo BACIGALUPO, puede verse en PJ, 2ª época, 31, 1993, 31 ss.

B. El tipo de coautoría

a. De la puesta en relación del art. 28 I (“Son autores quienes realizan el hecho...conjuntamente”) con el correspondiente tipo delictivo de la PE resulta la responsabilidad del coautor¹⁶³. **172**

b. La peculiaridad más destacada del tipo de coautoría estriba en que, para responder como coautor, no hace falta la realización de todos los elementos del tipo por cada uno de los coautores, aunque sí de alguno (quien, p. ej., actúa en la fase de preparación, con un acto decisivo, como el de proporcionar información sobre el estado en que se encuentra el banco que va a ser asaltado, pero no interviene en la conducta principal de ninguna manera, no puede ser coautor)¹⁶⁴. **173**

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, ha hecho consideraciones muy valiosas sobre el significado de la acción conjunta de coautoría. Así: 1. Sostiene acertadamente que no basta para la coautoría ni la mera intervención en el acuerdo (sin papel alguno en la ejecución) ni una aportación psíquica o moral, como tampoco la presencia inactiva en la ejecución ni la promesa de una eventual intervención (salvo, claro está, que exista un deber de garante) [295 ss.].— 2. Ha argumentado muy bien [340 ss., 372 ss.], tras exponer la doctrina contraria y favorable, en contra de la coautoría del jefe de la banda, por no intervenir activamente en la fase de ejecución; aprovechando la ocasión para exponer los contundentes argumentos que dificultan la autoría mediata en los casos de aparatos organizados de poder [375 ss., 389 s.].— 3. Se ha ocupado exhaustivamente [302 ss.], de la cuestión acerca de si el autor, para serlo, ha de haber aportado una contribución causal y cuál haya de ser su relevancia para el resultado, y tras amplia exposición de la doctrina que se ha ocupado del tema (especialmente de la que requiere una aportación causal individual), llega a la conclusión de que no es preciso que, antes de nada, comprobemos que la aportación del coautor haya sido causal para el resultado, sino que lo relevante es si el aporte del coautor reúne los requisitos suficientes para estimar su coautoría, sin que la causalidad posea relevancia alguna en ese momento, pudiendo obtenerla de aportes ajenos al hecho **174**

¹⁶³ La coautoría puede serlo mediata, cuando los coautores se ponen de acuerdo y actúan conjuntamente sobre el instrumento que ejecutará materialmente la acción. SÁINZ CANTERO, PG, III, 182.— La participación en una autolesión de otro que domina la última decisión no supone participación en un injusto, no respondiendo por ello el partícipe ni por la omisión posterior: JAKOBS, PG, 755 ss.

¹⁶⁴ *Vid.* las atinadas consideraciones de CEREZO MIR, PG, III, 224 s. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 622 s., negando que en los delitos de mera actividad quepa coautoría; SÁINZ CANTERO, PG, III, 181; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 740; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 726, 731 ss. (con criterio amplio, al estilo de JAKOBS, sobre los límites de la ejecución: incluyendo el aseguramiento y el estadio previo a la ejecución); lo mismo que OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 223 ss.: lástima que extraiga de ahí la consecuencia (innecesaria) de que con ello no es posible distinguir entre coautoría y cooperación necesaria [232]; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 468; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 367, 371 ss., poniendo de relieve las discrepancias dentro de la doctrina del dominio del hecho, que no es un todo cerrado, e inclinándose por admitir la colaboración previa a la ejecución, con excelente casuística: 375 ss.; STRATENWERTH, PG, 338 s.

global en el que interviene junto con otros y que aportarán esos otros [333]; con rechazo pues de la doctrina minoritaria (entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), que exige causalidad individual y niega por tanto la coautoría aditiva.— 4. Entiende [390 ss.] que para determinar la aportación que fundamenta la coautoría no basta con apelar a su importancia, al estilo de lo que pretende la teoría del dominio funcional de ROXIN y sus seguidores (con profunda crítica de los fundamentos de esta teorías y sus dificultades probatorias), pues también se define como esencial la aportación del cooperador necesario, que no es coautor; basándose más bien la esencia de la coautoría en el hecho de que los aportes de cada coautor sean de igual rango [417 ss.] Además, sobre la base de compartir inicialmente la premisa de la teoría formal-objetiva en su versión clásica de la coautoría como coejecución en sentido estricto [419 ss.] y distinguiendo (como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) entre acciones ejecutivas y acciones típicas [422 ss.], considera imprescindible que el coautor realice alguna acción típica (aunque no toda ella) tal como pretende la moderna teoría objetivo-formal [432 ss.], sin que sea necesario (tesis de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) que la acción típica ejecutada por el coautor sea la nuclear [435 ss., 442 ss.]. Con lo cual elabora, tras rechazar que sea la doctrina de la imputación objetiva la que permita esclarecer la coautoría, al igual que la doctrina del dominio positivo y objetivo del hecho, por proceder ambas conforme a una consideración *ex post* [445 ss., 451 ss.], su ya aludida teoría de la coautoría como contribución a la lesión del bien jurídico capaz de lesionarlo total o parcialmente, directa o mediatamente, conforme a una consideración *ex ante* [461 ss.].— Los anteriores números 3. y 4. son puntos débiles del pensamiento sobre la coautoría de GUTIERREZ RODRÍGUEZ. El primero, según el cual en el momento de actuar algún coautor puede no estar aportando eslabón causal decisivo al resultado, ya que quizá lo hará otro coautor que actuará posteriormente, sólo se explica, lo que GUTIERREZ RODRÍGUEZ resaltó al fundamentar la coautoría, en lo que ambos saben, porque lo acordaron, sobre la aportación decisiva del conjunto de acciones desarrolladas para el resultado final; por eso, todas las aportaciones son causalmente decisivas en la coautoría. El segundo, según el cual el cooperador necesario también realiza una aportación causal decisiva, estribando la diferencia sólo en el *rango* (igual para todos en la coautoría), porque, ya se ha dicho, sólo sirve para caracterizar a un supuesto de coautoría (*vid. supra* XIV 160), y no precisamente el más representativo para la funcionalidad, caracterizado justamente por la exigencia de actos típicos para cada coautor, como quiere GUTIERREZ RODRÍGUEZ, pero diferentes (uno sujeta y el otro viola; uno encañona y otro abre la caja fuerte; etc.), que sólo pueden coimputarse por el conocimiento recíproco que GUTIERREZ RODRÍGUEZ oportunamente resaltó.

- 175** De la exigencia de que en los delitos de propia mano el autor haya de realizar de tal manera la totalidad del tipo, se colige fácilmente su incompatibilidad con la coautoría¹⁶⁵. *A sensu contrario*, en los demás delitos es posible la autoría mediata en coautoría¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *Vid.* ya MEZGER, PG, II, 259.

¹⁶⁶ *Ejemplo* de OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, com. art. 27, 28 y 29, 232 s.: A y B coaccionan a C para que cometa un homicidio.

c. Pasa, así, al primer plano el hecho de que la coautoría, o propiedad de imputar a cada coautor lo realizado por los otros en la ejecución del tipo delictivo, se fundamenta y justifica en el denominado *plan conjunto*¹⁶⁷: No basta que cada coautor haya realizado parte del tipo (recuérdese el ejemplo de la doble casualidad: dos autores distintos, y que actúan por separado, que suministran dosis insuficientes de veneno que, sumadas, causan la muerte, no son coautores, sino autores de sendas tentativas de asesinato, a ninguno de los cuales se puede imputar la totalidad de la muerte que sin duda han causado –ausencia de dolo–; a su vez, que el segundo autor conozca la insuficiencia de la dosis del primero y la suficiencia del resto que él aplica, tampoco lo convierte en coautor, sino a él en autor del asesinato –por su conocimiento de la causalidad–). Hace falta que la parte del tipo delictivo realizada por cada uno de ellos sea parte del plan conjunto desarrollado, en esos términos, como ejecución del plan trazado¹⁶⁸. 176

Que la cuestión del acuerdo previo como elemento esencial de la coautoría está empezando a ser discutida, lo muestran las posiciones contrapuestas de las más recientes monografistas de la coautoría.– Así: 1. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 126 ss., ha abordado muy oportunamente la cuestión del acuerdo común como elemento constitutivo de la coautoría que defiende la doctrina mayoritaria, a la que se suma, contraponiéndola a una doctrina minoritaria que niega virtualidad alguna a ese elemento¹⁶⁹. Para GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ [227], es el acuerdo común el que permite distinguir los casos de coautoría de los casos de conocimiento sólo unilateral de la actuación “conjunta” que podrán dar lugar a autoría individual (autoría accesoria) o participación, pero nunca a coautoría. Es el acuerdo común (conocimiento recíproco que permite la imputación mutua) el que hace que en la coautoría no se dé accesoriidad sino autoría principal. De manera que si se renunciara a la exigencia del acuerdo común, como hace la doctrina minoritaria, toda intervención plural (participación en sentido amplio) sería accesoria (la una respecto a la otra). En efecto, tras exponer GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ la doctrina minoritaria [228 ss.], contraria a otorgar papel alguno al acuerdo común, entre quienes destacan JAKOBS y su escuela, y BLOY, todo ellos funcionalistas, siendo muy representativa la tesis de JAKOBS, según la cual basta el significado objetivo de implicación en el comportamiento delictivo de otro para poder fundamentar la coautoría, sólo diferenciable cuantitativamente de la participación (*vid. supra* XIV 33), concluye certeramente que mientras la doctrina mayoritaria 177

¹⁶⁷ *Vid.* al respecto ya MIR PUIG, PG⁷, 390, 393; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 752; SÁINZ CANTERO, PG, III, 181; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 742; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 726, 730 s.; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 237 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 468; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 367, 379; STRATENWERTH, PG, 335 ss.

¹⁶⁸ Sobre la decisión conjunta del hecho o tipo subjetivo de coautoría, fundamental: PÉREZ ALONSO, Coautoría, 280 ss.

¹⁶⁹ *Vid.* ya JAKOBS, PG, 746, 750, donde comenzó a negar virtualidad decisiva como fundamento de la coautoría a la decisión común del hecho, idea en la que después ha abundado.

favorable a exigir un acuerdo común se ajusta al concepto restrictivo de autor, la doctrina minoritaria, contraria a su reconocimiento, aboca a un concepto unitario [261 s.].— 2. Por su parte, GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 377 ss.¹⁷⁰, aborda también el papel del mutuo acuerdo como elemento esencial de la coautoría, exponiendo los distintos pareceres doctrinales: el mayoritario, que hace del mutuo acuerdo elemento subjetivo fundamental, que no único, en la coautoría [379 ss.], el que hace del mutuo acuerdo fundamento exclusivo de la coautoría [521 ss.] y el minoritario, que se está expandiendo, según el cual el mutuo acuerdo no es requisito ni exclusivo ni necesario de la coautoría [602 ss.], tomando posición contraria al mutuo acuerdo como requisito necesario de la coautoría en unos términos que, sin coincidir con los de la doctrina minoritaria, que llega a la misma conclusión, se basan en que su presencia, la del mutuo acuerdo, no siempre determina consecuencias diferentes a otros casos en que no habiendo mutuo acuerdo sí hay sin embargo coautoría [381], y ello, claro está, debido a la particular concepción de la coautoría de la autora (*vid. supra* XIV 169). Para fundamentar su posición, y resumiendo conclusiones anteriores, GARCÍA DEL BLANCO niega que haya consecuencias de la responsabilidad por coautoría que se deriven exclusivamente del mutuo acuerdo [637 ss.], como asimismo que éste constituya elemento subjetivo específico de la realización conjunta del hecho en coautoría [639 ss.], con especial referencia a lo que representa el hecho de que un coautor sepa lo que hará el otro, respecto a lo que tras negar que la coautoría se base en la imputación mutua [648 ss.], reconoce que cuando un coautor sabe que simultáneamente otro coautor suministra factores que concurrirán en el resultado, del tipo dosis de veneno y agresiones conjuntas, será más fácil colegir que cada autor (coautor) debió prever el efecto resultante, suficiente para estimar, en su concepción, la coautoría [651 ss., 659 ss., 662].— Desde la perspectiva de cada coautor, es válida la tesis de GARCÍA DEL BLANCO: cada coautor responde de lo que hace y conoce. Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y del juzgador, la responsabilidad individual de cada coautor se explica (¡además!) simultáneamente a la de los demás coautores.

178 GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, que considera muy certeramente que la llamada autoría accesoria: ambos “coautores” desconocen que el delito será la suma de sus aportaciones respectivas, no es un problema de autoría sino de causalidad acumulativa o alternativa (*vid. supra* VIII 151), que nunca fundamenta una coautoría (Coautor, 181 ss.), ha estudiado minuciosamente [184 ss.] el caso en el que uno de los “coautores” conoce que el resultado va a ser obra de las dos aportaciones, lo que ignora el otro, que cree actuar sólo: autoría accesoria, según algunos. Ejemplificado en el caso Dohna: A, quien sabe que B quiere matarle apostado en una calle, indica a su enemigo C, del que sabe que va a ser confundido por A, a que se encuentre en el lugar previsto; A mata a C.— GARCÍA DEL BLANCO, por su parte, que rechaza la tesis de ROXIN, de la autoría mediata, como la variante de HERNÁNDEZ PLASENCIA, de manipulación de la víctima, como asimismo la tesis de la autoría accesoria, de HERZBERG (*vid. supra* XIV 93 ss.), ya que no existe una auténtica instrumentalización sino el

¹⁷⁰ *Vid.* también Respuesta del Derecho penal, 289 ss., RDPC, 2ª época, 17, 2006, 319 ss.

aprovechamiento de una predisposición, se inclina por calificar los hechos como mera participación [195].— En cualquier caso, lo que está claro es que el hecho de la ausencia de acuerdo previo y plan conjunto que corrobora el caso Dohna, excluye la coautoría, con lo que se demuestra que ambos la definen.

Para GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 480 ss., el objeto del mutuo acuerdo no es de naturaleza subjetiva (aspecto en el que la aportación del coautor no se distingue de la del partícipe), sino objetivo-subjetiva, como quieren PÉREZ ALONSO y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en el sentido de división del trabajo entre todos los coautores. Es necesario, añade GARCÍA DEL BLANCO [487 s.], que en concreto los hechos realizados por los coautores, todos, expliquen el hecho delictivo unitario, lo que ha de conocer o haber debido conocer el autor cuya responsabilidad como coautor se cuestiona; no, en cambio, distinguir entre aportación del coautor de una parte y aportaciones concertadas por mutuo acuerdo, yendo ambas valoraciones juntas.— Por lo que se refiere a la delimitación del objeto del mutuo acuerdo, de lo que se trata según GARCÍA DEL BLANCO [488 ss.] es de comprobar la fidelidad con que se ejecutó lo acordado, coincidiendo la autora con PÉREZ ALONSO, en contra del SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en admitir la coautoría incluso en casos de excesos previsibles y adaptaciones unilaterales de algunos de los coautores [497].— En cambio, en los casos de auténtico exceso [497 ss.], entre los que incluye GARCÍA DEL BLANCO el abandono del plan: A y B, de acuerdo, intentaron matar; cuando B se dio cuenta de que la víctima no había muerto, lo que A nunca supo, la mata: responsabilidad de A sólo por tentativa [505 s.], se inclina GARCÍA DEL BLANCO por la tesis de SILVA SÁNCHEZ: la imputación del exceso del coautor sólo a los restantes coautores se basará en la idea general de causalidad y previsibilidad [507], con consideraciones interesantes pero atormentadas sobre imputación a título de participación y omisión, aparte de la inmediata o punibilidad propia de la imprudencia [510 ss.].— En realidad, todos los problemas abordados en este apartado se explican y fundamentan en el grado mayor o menor de conocimiento por parte de cada coautor de lo que harán los otros, corroborando lo inescindible del elemento objetivo del subjetivo, palpable en materia de autoría y participación, especialmente en la coautoría que consideramos ahora.

La misma GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 515 ss., critica a BOLEA BARDÓN porque si bien se aparta de la doctrina mayoritaria, que concibe el mutuo acuerdo en clave subjetivista, siendo así que su naturaleza es objetiva, formando parte del tipo objetivo de coautoría, requiere ulteriormente, para que se dé el tipo de coautoría, que al tipo objetivo se sume el tipo subjetivo, que exige que todos los coautores sepan y acepten las aportaciones que realizarán los restantes, siendo eso lo que permite aceptar el hecho, inclusión hecha de la parte de los demás, como propio; con mejor criterio, según GARCÍA DEL BLANCO [519 ss.], se debe exigir el conocimiento de la aportación de los restantes coautores, pero sin otorgarle la importancia que BOLEA BARDÓN asigna a la aceptación mutua, dado que podría invitar a darle importancia como coautor a quien no ha actuado individual y directamente en el ámbito de lo típico.— Luego, por lo tanto, son decisivos los conocimientos subjetivos de la realidad sobre la que cada uno operará en relación con lo que harán los otros.

179

180

- 181** *d. Coautoría alternativa y coautoría aditiva:* En su excelente estudio de LH-Roxin, 295 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, después de ejemplificar la coautoría alternativa (cada asesino se aposta en una de las salidas de la calle por donde pasará necesariamente la víctima; cada terrorista se dirige a uno u otro de los aeropuertos en que aterrizará el mandatario) y aditiva (al objeto de asegurar el magnicidio varios terroristas disparan desde distintos puntos), y después de pasar revista a los intentos doctrinales de fundamentación en ellas de auténtica coautoría (296 ss., 307 ss.), a su parecer fracasados, defiende su posición personal sobre estos problemas que, en línea con su concepto de autor, de dominio (en este caso compartido) positivo del hecho, entiende que la coautoría alternativa y la coautoría aditiva no constituyen autoría sino participación en la conducta de que es autor quien sí disparó y mató a la víctima (caso de la coautoría alternativa) y quien se demostró, si se demuestra, alcanzó realmente a la víctima (324); participación que puede alcanzar la pena del autor por la vía de la cooperación necesaria, cuando menos moral, en la coautoría alternativa, e incluso ejecutiva en la aditiva. Más aun, se puede calificar en ambos casos de complicidad más tentativa de asesinato (328 s.). Celebrando DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que el derecho español prevea recursos a los que acudir en casos de conductas de participación muy graves, lo que no ocurre en el derecho alemán¹⁷¹.— La pregunta, una vez más, es qué ocurría en el derecho español si se suprimiese la figura de la cooperación necesaria.
- 182** *e. El plan delictivo conjunto no significa que la coautoría implique siempre una inducción mutua.* Como dice ROXIN, cabe la coautoría de quienes, estando decididos a cometer el delito por separado (no siendo, pues, susceptibles de inducción), acuerdan un plan conjunto que facilitará el proyecto personal de cada uno. Claro que eso no quiere decir que el plan no pueda venir precedido de una inducción mutua (absorbida en la coautoría). El plan conjunto se caracteriza, mejor, como peculiaridad del *tipo subjetivo* de la coautoría, del que constituye elemento esencial (como el dominio de la voluntad o el conocimiento en el tipo subjetivo de la autoría mediata, junto a los restantes elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito correspondiente); y, además, en su preciso sentido de anticipación de la meta (conjunta) que se quiere conseguir.
- 183** GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, que acierta a ver en el acuerdo común el elemento subjetivo de la coautoría [138], aunque no se trate de algo interno sino exteriorizado [137]: 1 Sostiene que dicho acuerdo —que anticipa, no comienza (tentativa), una coautoría [143 s.], de ahí que lo decisivo sea la verificación de ese acuerdo con posterioridad [141]— no incluye necesariamente, aunque puede hacerlo sin mayor trascendencia, ni una inducción mutua, en contra de mi parecer y el de otros autores [144 ss.], ni siquiera un refuerzo psicológico. 2. Considera [154 s.] que “acuerdo” no

¹⁷¹ Vid. también MIR PUIG, PG⁷, 394; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 234 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 377, a favor de admitir ampliamente la coautoría alternativa (¡leer!); como JAKOBS, PG, 754 s.

es lo mismo que dolo. El acuerdo es una parte del dolo individual que todos los coautores comparten¹⁷², aunque su dolo individual pueda abarcar más cosas. En la coautoría imprudente hay una parte no abarcada por el “dolo común”. 3. Niega [157] que la coautoría requiera una confabulación o concierto entre coautores que vaya más allá del acuerdo común. 4. Sostiene [164] que el acuerdo común puede producirse de forma tácita¹⁷³, pero sobre hechos reales, no imaginarios.— Por su parte, GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 434 ss., como consecuencia de su concepción “individualizante” de la coautoría y de no asignarle papel alguno constitutivo al acuerdo previo, considera adecuada cualquiera que sea la vía que el coautor tenga de acceder al dato que proporciona información sobre los peligros que objetivamente creará su aportación junto a otras aportaciones que sí conoce [446], aunque admite las dificultades de prueba que esa minimización del acuerdo puede suponer, sin que por lo demás hayan de tener los coautores la misma representación a efectos de determinar el tipo delictivo que realizan, pues la representación del riesgo final que crearán puede ser diferente y la exigencia de una voluntad coincidente obligaría a pensar que sólo cabe la coautoría con dolo directo de primer grado [447].— Lo que evidencia la tesis que defendemos desde hace tiempo y referida a la participación: mientras mayor sea el conocimiento de lo que hará el otro (y lo del uno para el otro) más claramente se fundamentará la autoría (especialmente la coautoría) y la participación.

f. Se explica, así, el tratamiento que ha de darse al denominado *exceso del coautor*: El comportamiento típico de uno de los coautores que vaya más allá de lo convenido le es imputable sólo a él, pero no a los restantes coautores¹⁷⁴. **184**

Ejemplo: Si los coautores han planificado un secuestro con petición de rescate (art. 164), y uno de ellos mata a la víctima, la muerte sólo le será imputada a él, en tanto que los restantes secuestradores responden sólo por el secuestro¹⁷⁵. **185**

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, AP, 1997, 37 ss., que sutilmente ha puesto de relieve la dificultad de separar mutuo acuerdo de realización conjunta del tipo para caracterizar la coautoría, tratándose más bien de aspectos complementarios de un fenómeno conjunto [43], utiliza esta apreciación para poner clara y contundentemente de relieve que la actuación conjunta supone una virtualidad lesiva superior a las actuaciones individuales que la componen [46 s.], lo que, al par de justificar la imputación de lo acontecido a cada uno de ellos, repercute sobre la cuestión del exceso de uno de los coautores y sobre los efectos de ese exceso en la responsabilidad de los restantes.— En efecto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ sostiene la sugestiva tesis [48 ss.] de que aún en el caso de que pueda aislarse la aportación de cada coautor de **186**

¹⁷² Vid. ya MIR PUIG, PG⁷, 394.

¹⁷³ Así también ya MIR PUIG, PG⁷, 394.

¹⁷⁴ Vid. al respecto CEREZO MIR, PG, III, 234; GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 124 s.; MIR PUIG, PG⁷, 395.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, cm. art. 14, 841 ss.; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 241.

¹⁷⁵ Vid. ya PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 744.

la de los demás, podría resultar injusto descargar todo el efecto del exceso únicamente sobre el coautor que se ha excedido, porque a su gravedad puede contribuir también lo aportado por los otros. Por eso, para distinguir los casos en que está justificado imputar sólo a quien se excede, propone el autor, siguiendo a BALDÓ LAVILLA (*vid. infra* XIV 285), la fórmula según la cual aquellas divergencias no representadas que pueden “concebirse como un desarrollo evolutivo de lo contenido en las representaciones individuales” [51] permiten la imputación a todos los coautores, no pudiéndose hacer lo propio “cuando el exceso provenga de un factor extraño al contexto” [52].— Y aun en este último caso, de claro exceso, puesto que desarrollar riesgos en un conjunto puede representar un incremento de probabilidades de resultado al margen de la capacidad de evitación de terceros [55 s.], puede fundamentar ello una responsabilidad por complicidad en la conducta individual de quien se excede [56] y dar lugar a un deber de garantía basado en la solidaridad u omisión del deber de socorro cualificado [58].— Esta tesis corrobora que la actuación, mientras más próxima esté a lo típico (*vid. lo que se decía supra* XIII 17 de la tentativa), el conocimiento de la peligrosidad que supone actuar en ese ámbito, justifica con cautelas extender la responsabilidad por efectos no perseguidos pero colaterales con los típicos y perseguidos; como asimismo corrobora que la diferencia entre el dolo y la imprudencia es gradual (*vid. infra* XV 46 ss.).

187

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 263 ss., 273 ss., parte de la tesis general según la cual el desvío entre lo acordado realizar y lo realizado sólo es relevante cuando deviene esencial, en cuyo caso sólo es imputable lo excedido al coautor que lo causó (si se dan los requisitos del tipo subjetivo), contraponiéndose a una doctrina proclive a imputar este exceso (esencial) a los restantes coautores cuando lo aceptaron eventualmente o pudieron preverlo, dado que, según ella puede ocurrir que lo ejecutado no sea una obra conjunta. Con este ejemplo lo ilustra GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ: Si A y B deciden robar a C, en presencia de éste, portando B una navaja y siendo consciente A de su agresividad, podrá hablarse de coautoría; si, en cambio, se daban todas las circunstancias anteriores, menos la presencia de la víctima, y la agresión de B se produce cuando sorpresivamente apareció C, ya no puede hablarse de coautoría. Con el mismo argumento, de ejecución *conjunta*, resuelve GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ el problema clásico de los ladrones que huyen perseguidos por la policía y uno de aquéllos realiza un disparo que alcanza a uno de ellos mismos (ladrones), y se plantea la responsabilidad de los restantes coautores (¡incluido el alcanzado!), además de la del autor del disparo, que no presenta problemas: autoría individual en cualquier caso. Frente a los múltiples pareceres de la doctrina alemana que se ha ocupado del tema¹⁷⁶: desvío esencial = tentativa inidónea de todos los ladrones, incluido el herido: BGH; desvío inesencial: doctrina mayoritaria¹⁷⁷, criticada por ROXIN, en la línea del BGH; exigencia de que el coautor se aparte conscientemente del plan para que el desvío sea relevante: KÜPPER y JAKOBS (PG, 748 s.); etc. Frente a todos ellos, como decimos,

¹⁷⁶ *Vid.* también PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 744; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 727.

¹⁷⁷ *Vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 382.

sostiene GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ que para imputar al coautor, lo que cada uno haga ha de ir acompañado de actos ejecutivos de los otros, lo que excluye de la imputación conjunta casos de error en el golpe y *aberratio ictus*, que no son esenciales para el autor individual: Si A y B quieren disparar sobre C, cosa que hace A, pero no B, que dispara sobre A a quien ha confundido con C, cada uno, A y B, responderán por lo individualmente hecho (en tentativa o consumación), dejando a salvo la posible participación de cada uno de ellos en la actuación individual del otro; pero no por coautoría [286 s.].— Ello puede ser una cuestión cuantitativa que evidencia la graduabilidad de la participación (*vid. infra* XIV 242): ¿Dónde está el límite entre la coautoría y la complicidad cuya correlación certeramente cuestiona JAKOBS?

g. Coautoría aparente y coautoría supuesta: GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 527 ss., ha estudiado el caso del agente provocador que finge ser coautor, enfocándolo, muy certeramente, desde la óptica del comienzo de la tentativa, para concluir que puesto que uno de los coautores no comenzará a desarrollar su aportación al plan, no hay tentativa, pudiendo responder los restantes coautores sólo de la conspiración que quizá trazaron.— La misma GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 532 ss., ha estudiado el caso en el que los coautores creen estar cometiendo un delito cuando en realidad están cometiendo otro: A y B creen erróneamente que C está de acuerdo en que entren en su casa, finjan cometer un robo y C pueda obtener el seguro del robo; estimando que aquí, puesto que ni lo ejecutado ni lo acordado se corresponde con lo que creyeron realizar A y B, ni siquiera su comienzo, la solución no debe ser la de la tentativa inidónea (tesis del BGH alemán)¹⁷⁸ sino que debe excluirse ya la coautoría. **188**

h. La hegemonía característica del plan delictivo, y su plasmación en el dolo de cada coautor, que ha de ser fiel reflejo de lo pactado, se evidencia en el rechazo de la denominada coautoría sucesiva¹⁷⁹: No es posible imputar, a título de coautoría, lo realizado con anterioridad al coautor que se incorpora a un plan ya en marcha. Sólo le es imputable lo que puede ser entendido como un plan (de futuro) al que se ha incorporado el nuevo coautor. **189**

Ejemplo: Quien ayuda a los coautores del robo (art. 237) a huir de la policía que les persigue, no es coautor de lo realizado con anterioridad, p. ej. el empleo de la violencia para obtener el botín, pues la violencia ya ha sido consumada en un momento anterior. El nuevo coautor podrá responder como coautor en un hurto (art. 234), cuyos efectos aún no se han consumado. **190**

¹⁷⁸ *Vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 383.

¹⁷⁹ Sobre la coautoría sucesiva y otras formas de coautoría: aditiva y alternativa, PÉREZ ALONSO, Coautoría, 292 ss., 311 ss. Sobre la coautoría sucesiva también: BACIGALUPO, PG⁵, 367. Sobre la coautoría sucesiva y accesoria *vid.* ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 837 s.; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 238 ss. Sobre la coautoría sucesiva, amplia, convincente y restrictivamente, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 384 ss. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 337.

- 191** En su excelente estudio de RDPC, 2ª época, 10, 2002, 73, GÓMEZ TOMILLO, después de apuntar que el análisis de la coautoría sucesiva debe acometerse con total independencia de la complicidad sucesiva, por tener ambas figuras estructuras distintas y por tanto consecuencias también distintas (76), y después de exponer cómo se ha ido viendo superada una vieja doctrina según la cual a quien se adhiere a hechos ya comenzados a ejecutar, e incluso consumados, pero no agotados, coactuando hasta el agotamiento, se le podía imputar lo anterior, en un primer paso, que ejemplificaba ROXIN circunscribiendo la virtualidad a la adhesión anterior a la consumación (80), entiende que la coautoría sucesiva necesita mejor fundamentación si no quiere confundirse con el concepto unitario de autor (81 s.). Circunscrito al caso más simple, referido a los delitos de un solo acto, de resultado y sin medio determinado (GÓMEZ TOMILLO se ocupa también de los delitos complejos y de varios actos, delitos con circunstancias, permanentes y continuados [83 ss.], delitos de un solo acto, de resultado con medio legalmente determinado y otras hipótesis [106 ss]), cabe estimar posible la coautoría sucesiva siempre que se haya coactuado antes de la consumación, excepción hecha de los casos de ausencia de causalidad (los nuevos golpes no aceleran la muerte que causan los autores) y debiéndose resolver normativamente los casos de mera aceleración del resultado (102 ss.).
- 192** GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 164 ss., 174 ss., sostiene que el acuerdo común no tiene necesariamente que producirse antes del comienzo de la ejecución, pudiendo hacerse en ese momento o en uno posterior (en este último caso con efectos: irretroactividad), e, incluso, después de la consumación formal, siempre que haya una ejecución *en coautoría* de lo acordado: actuación de todos, que es lo que suele faltar en estos casos = *coautoría sucesiva*, con ejemplos convincentes.
- 193** GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 448 ss., reconociendo que el acuerdo puede ser previo o coetáneo al hecho, sólo otorga relevancia a lo que se desarrolla y cómo se desarrolla en la fase de ejecución. Hasta entonces, lo acordado sólo devendrá relevante a los efectos de la conspiración [450 ss.], que sería una “protoforma de coautoría”, no un primer acto de coautoría, que sólo comienza a producirse en forma de ejecución, si a partir de entonces se dan sus elementos [454]. Ya en la fase de ejecución, la única relevante, la coautoría puede producirse hasta que sea todavía posible la realización conjunta del hecho (RUDOLPHI), contrariamente a la tradición que la admite tras la consumación, aun reconociendo (con BORJA JIMÉNEZ) la relatividad de la cuestión como consecuencia de lo frecuentemente que el legislador anticipa formalmente la consumación [458 s.]. En cuanto a la responsabilidad por lo realizado antes de la incorporación del coautor a la coautoría simple, GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 460 ss., tras exponer y criticar una doctrina alemana proclive a la imputación al coautor sucesivo de las aportaciones anteriores en virtud del aprovechamiento consciente de la situación y decisión común de seguir ejecutando el hecho, defiende con GÓMEZ TOMILLO, la imposibilidad de imputar lo anterior a la intención del coautor sucesivo [475 ss.], incluida, en contra de este último autor, la posibilidad de estimar coautoría en el coautor que no ha realizado en su persona el medio comisivo determinado, no bastando su conocimiento [479].

i. La coautoría, basada en el dominio funcional del hecho, permite superar la vieja doctrina del *acuerdo previo*, según la cual basta el acuerdo previo (el trazado de un plan delictivo conjunto, no necesariamente de coautoría) para fundamentar la coautoría de todos los que intervienen en él¹⁸⁰. Aquella doctrina, defendida por el T.S. español, se corresponde con el hecho, denunciado por ROXIN, de que, en Alemania, el T.S., a pesar de la consolidación doctrinal del dominio del hecho, recae continuamente en la teoría subjetiva de la autoría, una de cuyas manifestaciones es la doctrina del acuerdo previo. Incluso la idea sostenida por WELZEL, de que en la coautoría no es necesario intervenir con actos ejecutivos porque el pacto, el elemento inducción que puede haber en él, compensa la ausencia en el momento de los hechos, puede ser otra explicación del mismo problema¹⁸¹.— Pues bien, con todo, sigue siendo válido el criterio proporcionado por ROXIN, de la exigencia de actos ejecutivos típicos para fundamentar la coautoría, pues así se perfila la figura, se delimita con seguridad jurídica, y se obtiene un criterio válido de distinción frente a otras, aunque el propio ROXIN no deja de considerar al de coautoría como un concepto abierto. Para tratar de salvar la exigencia de los requisitos de la coautoría y atender también a los motivos que están detrás de la tendencia a no prescindir de la doctrina del acuerdo previo, quizá puede valer la pena prestar la mayor atención posible a los hechos que tienen lugar en las inmediaciones de lo típico, es decir, las actuaciones previas unidas de forma inseparable a lo típico.

194

j. *La cuestión de las agresiones en grupo:* GARCÍA DEL BLANCO, Coautoría, 552 ss., RDPC, 2ª época, 2006, 335 ss., 352 ss, Respuesta del Derecho penal, 303 ss, ha estudiado el problema de las agresiones en grupo como piedra de toque acerca de si el TS no está utilizando la doctrina del dominio del hecho para seguir fundamentando la coautoría en la vieja teoría del acuerdo previo, ya superada como tal, conformándose con el acuerdo previo más la intervención en los hechos ejecutivos, ahorrándose problemas de prueba acerca de si efectivamente la aportación de *cada coautor* fue decisiva en los hechos que se le imputan, no haciéndolo cuando ello no haya sido probado. A tal efecto, GARCÍA DEL BLANCO contempla tres grupos de casos: 1) Cuando no conste quién realizó la aportación que produjo el resultado. En este caso, el TS tiende a considerar que cuando dos coautores agredieron con arma blanca a la

195

¹⁸⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 934 s., pone muy bien de relieve cómo el fundamento de la coautoría se ha desplazado del acuerdo previo al dominio funcional del hecho en la jurisprudencia del TS.

¹⁸¹ Sobre la necesidad de actuar en fase ejecutiva para realizar el tipo objetivo de coautoría, y sobre la naturaleza jurídica de la aportación (positiva y negativa: capacidad de desbaratar) conjuntamente, fundamental: PÉREZ ALONSO, Coautoría, 219 ss, “independencia y esencialidad de las contribuciones”: 243 ss. *Vid.* también las abundantísimas consideraciones de BACIGALUPO, PG⁵, 366 s., haciendo hincapié en el plan concreto del hecho y el codominio de la causalidad para fundamentar la coautoría. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 393.

víctima, produciéndole varias heridas de las que sólo una fue mortal, pero no se puede probar quién la asestó, ambos son coautores del delito de homicidio (STS de 7 de noviembre 2002). Como asimismo tiende el TS a imputar a todos los actos realizados por los restantes cuando fueron acordados previamente por todos los coautores, excepción hecha del exceso de alguno, sin que se sepa quien lo produjo, en cuyo caso se imputará a ellos a título de imprudencia grave (*vid.* STS de 10 noviembre 2003). 2) Cuando sí consta quién produjo el resultado, debe a su vez distinguirse: a) Cuando la intervención de los restantes coautores no favoreció su producción, el TS tiende a no imputar a los restantes siempre que se trate de un exceso respecto a lo acordado (*vid.* STS de 27 de octubre 2001), pero según GARCÍA DEL BLANCO resulta lamentable que el TS se vea obligado a acudir al exceso para no imputar a los restantes coautores cuando debería reafirmar que la coautoría requiere coejecución (*vid.* STS de 21 de julio 2000, precedente: STS de 24 marzo 1998). b) Cuando consta quién produjo el resultado, pero consta también que los restantes lo favorecieron en alguna medida. Éste es un caso claro de coautoría (coincide con lo que dice la doctrina especializada la autora: acumulación de menoscabos del bien jurídico) (STS de 8 de marzo 2002). Lo que a su vez vuelve a ser inviable, aunque sea la tendencia del TS cuando ha sido sólo la intervención de uno lo que eleva el efecto acumulado de todos a tipo cualificado, por ejemplo de lesiones (*vid.* STS de 30 octubre 2003).— Precisamente al problema de la coautoría en delitos conexos a través de la violencia, teniendo en cuenta difíciles problemas de PG y PE, dedica todavía su atención GARCÍA DEL BLANCO [583 ss.], temática que ya no podemos abordar.— Esta tesis del TS evidencia la dificultad de los problemas delimitativos en la materia, no siendo achacable sólo a la pereza del TS.

196 Sobre los problemas originados por la intervención de un gran número de autores, *vid.* las interesantes apreciaciones de JAKOBS, PG, 754.

197 *k. Acuerdos de órganos colegiados:* RODRIGUEZ MONTAÑÉS, RDPC, 2ª época, nº extraordinario 1, 2000, 171 ss., después de resolver el problema de la causalidad en caso de decisiones acordadas por órganos colegiados (*vid. supra* VIII 145), que ella resuelve, en la línea de JAKOBS, en el sentido de que todos quienes votaron a favor del acuerdo que se adoptó, inclusión hecha de los acuerdos sobrecondicionados (más votos de los estrictamente necesarios para la aprobación), han causado el acuerdo [176 ss., 183 s.], se plantea qué problemas de autoría representan respecto a los efectos delictivos resultantes de los mismos, distinguiendo entre aquellos acuerdos que ya directamente ejecutan la decisión, respecto a los cuales sostiene la coautoría respecto a la decisión (no la emisión de su voto) producto de la suma, aplicando el criterio de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, del dominio objetivo y positivo del hecho [181, 183], inclusión hecha del delito imprudente [193 s.] y omisivo [194 s.]; y aquellos acuerdos que necesitan posterior ejecución, respecto a los cuales si los ejecutores obraron coaccionados o por error, habrá autoría mediata [196] y cuando no es así sino que el ejecutor actúa dolosa y libremente, quienes tomaron la decisión anterior sólo son partícipes, salvo que quepa estimar la autoría mediata en virtud de apa-

ratos organizados de poder [196 s.], pero todo ello según los casos (*vid.* también *infra* XIV 232, 236, XVI).

l. Por lo demás, en cuanto que la coautoría es autoría, vale para ella todo lo dicho, al hablar de la autoría mediata, sobre los tipos que requieran *cualidades especiales de la autoría* o contengan la tipificación de alguna *infracción de deber*: Todos los coautores han de reunir las propiedades exigidas por el tipo¹⁸². **198**

Ejemplos: Dos funcionarios de policía que, sin mediar causa por delito y sin que lo permita la ley, proceden a una detención ilegal, son coautores del tipo delictivo del art. 167.– Dos funcionarios, de los que uno ha de supervisar la resolución de otro y se ponen de acuerdo para que el primero pase la resolución injusta del segundo, son coautores del delito de prevaricación (art. 404). **199**

m. El resto de los elementos característicos del tipo que no dependan del dominio funcional de la acción han de concurrir *en cada uno* de los coautores. **200**

Ejemplo: Si A y B se han puesto de acuerdo para robar conjuntamente determinados objetos, ignorando que pertenecen en realidad a A, no estaremos ante un robo consumado, sino, todo lo más, ante una tentativa de robo, por faltarle a uno de los coautores la cualidad de su relación con la cosa robada (ajenidad) exigida por el tipo objetivo del art. 237¹⁸³. **201**

n. Lo mismo ocurre con los *elementos subjetivos* del injusto que vayan más allá del dolo referido al resultado: Ambos coautores, para responder por el tipo delictivo que lo exija, han de reunir en su persona dicho elemento¹⁸⁴. El elemento subjetivo no es transmisible de un coautor a otro que no lo reúna en su persona, a diferencia de lo que ocurre con el elemento objetivo de la causación del resultado (*vid.* la analogía con el art. 65)¹⁸⁵. **202**

Ejemplo: Sólo si los dos coautores han actuado por el móvil del precio, recompensa o promesa, del art. 139, responderán ambos por asesinato en coautoría; si no, sólo aquél que sí actuó por ese móvil, mientras que el otro responde sólo por la coautoría en un homicidio. No basta, pues, la concurrencia del elemento subjetivo en uno de los coautores para que alcance también al otro¹⁸⁶. **203**

¹⁸² *Vid.* también: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 936; MIR PUIG, PG⁷, 395; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 753; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 729; MEZGER, PG, II, 259; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 838 ss.; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, com. art. 27, 28 y 29, 242 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 370; STRATENWERTH, PG, 340.

¹⁸³ *Vid.* ya MIR PUIG, PG⁷, 395; EPB, 517.

¹⁸⁴ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 395.

¹⁸⁵ Sobre el desvío y el error del coautor *vid.* ampliamente PÉREZ ALONSO, Coautoría, 287 ss.

¹⁸⁶ Sobre los requisitos, consecuencias y regulación legal de la coautoría *vid.* también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 28, 139 ss.; HERRÁIZ PAGES, en: GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 393 ss.

C. El comienzo de la tentativa del coautor

204 No cualquier aportación de uno de los coautores al hecho que culminarán en coautoría constituye el comienzo de la tentativa del delito en coautoría. Para que se pueda hablar de tentativa del hecho en coautoría, hace falta que la aportación al hecho, sea cual sea el coautor que lo haga, sea el producto de lo que previamente han acordado (expresa o tácitamente) (*vid. supra* XIV 176 ss.). Sólo respecto a actos de esa índole cabrá cuestionar después si el acto aislado de uno de los coautores reúne las propiedades exigidas para que, con carácter general (*vid. supra* XIII 2 ss.), podamos afirmar que se ha superado la fase de preparación y nos encontramos en la de tentativa.— El acto que no puede constituir un comienzo de la tentativa del delito en coautoría, puede constituir (y lo constituirá frecuentemente) algún acto preparatorio punible, que sí puede ser un acto “puramente individual”¹⁸⁷.

205 ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, 210 ss., después de exponer exhaustiva y críticamente los distintos modelos de solución del comienzo de la tentativa en la coautoría, solución global: el comienzo de la parte de un coautor es también el comienzo de la responsabilidad por coautoría de los restantes coautores que quizá permanecen inactivos todavía [212 ss.], solución individual: el coautor sólo comienza la tentativa del delito a partir del momento en que él acomete su parte, aunque antes haya comenzado a actuar (lo que le convertirá en autor) otro coautor [215 ss.], y después de haber revisado el problema a la luz de una concepción general de la coautoría que distingue entre versión extensiva y versión restrictiva de la coautoría, de las que mientras la primera tiende a imputar a cada uno de los coautores lo hecho por los otros, la segunda tiende a individualizar la responsabilidad de cada coautor [225 ss.], poniendo énfasis en la exigencia de que la coautoría exige dominio positivo y negativo del hecho [234 ss.], descarta la consideración global sobre el comienzo de la tentativa del coautor cuando éste no ha comenzado a desarrollar su dolo, que implica comienzo de realización de su aportación individual al hecho conjunto, no bastando el *dolus antecedens* derivado del acuerdo previo [256, 258 s.].

206 GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *Coautor*, 487 ss., que también ha hecho un estudio amplio y profundo del comienzo de la tentativa en la coautoría, después de exponer, fundamentar y criticar las soluciones global e individual manejadas por la doctrina en la materia, toma partido coherentemente con su concepción de la coautoría, como ella misma dice, por la solución individual [522], pero sin que ello, ésta es la peculiaridad de su posición, impida tener en cuenta la idea, procedente de la concepción global, de que la acción ejecutiva del coautor que determina el comienzo de la tentativa debe

¹⁸⁷ Sobre la tentativa en la coautoría *vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 383, 384. Sobre la tentativa acabada en la coautoría: MEZGER, PG, II, 226 s.; WELZEL, PG, 226. *Vid.* también amplia y convincentemente MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 391 ss; *vid.* también STRATENWERTH, PG, 343 s.

estar inserta en el plan ejecutivo conjunto, lo que explica: 1, que al final, consumación, se impute a todos lo realizado por cada uno [523], sin que por lo demás, 2, ello se base en el acuerdo conjunto [523 s.]

A favor de la solución global en cambio: GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 123; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 733 JAKOBS, PG, 760 s., con importantes precisiones. A favor de la solución individual, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 175. **207**

D. Peculiaridades del desistimiento del coautor

Todo lo que se dijo sobre la nueva regla del desistimiento del partícipe del art. 16. **208**
3 n. r. parecería hecho a la medida del coautor, siendo pues válido todo lo allí expuesto sobre este específico caso del desistimiento, especialmente que no tiene que haber conseguido su propósito, evitar el delito, para su eficacia, bastando el esfuerzo serio en esa dirección, y que no puede conformarse con la retirada de su aportación si es necesario intentar algo más para evitar la consumación (*vid. supra* XIII 282 ss.).

Vid. las atinadas consideraciones de STRATENWERTH, PG, 345, respecto al desistimiento del coautor. **209**

E. ¿La cooperación necesaria como forma de coautoría?

Sobre todo después de la introducción en el CP de 1995 de la regulación **210**
expresa de la autoría mediata y la coautoría, está claro que la cooperación necesaria no es una forma de autoría (nueva manifestación de que las formas de la autoría poseen una fuerte componente ontológica)¹⁸⁸. La cooperación necesaria es una forma, todo lo agravada que se quiera, de participación¹⁸⁹.— No se comprende muy bien por qué el CP no ha derogado este residuo histórico¹⁹⁰, cuya única explicación es axiológica: poder equiparar algunas formas de complicidad a la autoría (como ocurre, con carácter general, con la inducción). Cuáles sean esos casos, con el referente de los aparatos organizados y la máquina infernal de ROXIN (Autoría y dominio del hecho, 330), es muy dudoso¹⁹¹.

¹⁸⁸ Así ya PÉREZ ALONSO, Coautoría, 10 s.

¹⁸⁹ *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 295; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 248; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 42.

¹⁹⁰ Así ya CEREZO MIR, PG, III, 247 (ya en: Problemas, 341 ss.; Presupuestos para la reforma penal, 45 s.) (*vid.* también PÉREZ ALONSO, Coautoría, 11, 107 ss.), con propuesta alternativa certera para los casos de complicidad muy graves. *Vid.* también RUIZ ANTÓN, PCRPHM-del Rosal, 964; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 28, 301; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 503; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 765; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 63, 748.

¹⁹¹ Sobre el error acerca de la necesidad de la cooperación, *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 547: relevancia (dudoso).

- 211** Enriqueciendo la concepción del dominio objetivo y positivo del hecho de LUZÓN PEÑA y la tesis de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, de consideración de la cooperación necesaria como forma cualificada de complicidad, con el criterio propio, de la complicidad como contribución que aumenta el riesgo de lesión del bien jurídico por el autor, insistiendo en este caso, el de la cooperación necesaria, en que ese aumento del riesgo ha de ser muy elevado, con profunda revisión de los posicionamientos doctrinales en torno a la entidad que ha de tener la aportación para constituir cooperación necesaria, se ha pronunciado LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 407 ss., 435 ss.
- 212** PÉREZ ALONSO, *Coautoría*, 327 ss., por su parte, deduce que la cooperación necesaria no es autoría sino forma (agravada) de complicidad, del hecho de que no puede constituir ni constituye coautoría, todo ello conforme a los parámetros del dominio (en este caso funcional) del hecho. La cooperación necesaria, por tanto, puede y debe acuñarse tanto desde la coautoría, en el sentido de que el cooperador necesario es alguien que actúa en fase anterior a la ejecutiva, o durante ésta pero sin tener parte en un acuerdo de decisión conjunta que efectivamente se desarrolle en unidad funcional¹⁹², o sin poseer cualidades especiales de la autoría requeridas por el tipo, por muy importante, *esencial*, que sea su aportación para el delito, razón, esta última, mediante la cual también la complicidad (simple) sirve para acotar la cooperación necesaria, dado que la pena agravada de complicidad que constituye la cooperación necesaria se basa precisamente en la importancia de su aportación, superior a la de la simple complicidad, habiendo realizado PÉREZ ALONSO un estudio muy valioso sobre esta cualidad de esencial de la cooperación, en la que el autor se ha servido de estudios pioneros en la materia como los de GIMBERNAT ORDEIG, RODRÍGUEZ MOURULLO, LÓPEZ PEREGRÍN, etc., que ha sintetizado muy bien¹⁹³.
- 213** BACIGALUPO, PG⁵, 366 s., 387, distingue de forma sugestiva pero exagerada la coautoría de la cooperación necesaria, considerando esenciales (causalmente) ambas aportaciones, mientras que la cooperación necesaria se presta antes del comienzo de la ejecución y la coautoría tiene lugar después¹⁹⁴.

¹⁹² Este criterio es decisivo para fundamentar la cooperación necesaria y diferenciarla de la coautoría.

¹⁹³ *Vid.* también: MIR PUIG, PG⁷, 409 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 512 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 413; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 296; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 817 s., quien además simpatiza (816) con la idea de otorgar discrecionalidad a los tribunales para que decidan la cuestión; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 767 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 313 ss. (¡leer!); QUINTERO OLIVARES, PG³, 633 ss. ((la flexibilidad que reclama *de lege ferenda*: 636, es posible *de lege lata*), y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 28, 307 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 253 s.; PUIG PEÑA, PG, II, 326 ss., con muy atinadas consideraciones; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, 248, 250 s.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 199 s., 201; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 59; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, PG, II, 291; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 329 s., quien ve en el mantenimiento de la cooperación necesaria la inviabilidad de la doctrina del dominio del hecho en nuestro derecho [318]; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 540 ss. (ampliamente). *Vid.* ya ANTON ONECA, *Derecho penal*, 474 ss. (¡leer!).

¹⁹⁴ En la misma línea ya FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 57 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 539, siguiendo a MIR PUIG.

En cambio, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. arts. 27-28-29, 287 s., lo que sostiene es que no cabe distinguir entre cooperación necesaria y complicidad (o cooperación no necesaria) por ser formas de participación ambas, en tanto que la distinción posible es la que diferencia entre autoría y participación, exagerando el criterio del TS que reduciría la complicidad prácticamente a la cooperación preejecutiva, dado que el “acuerdo previo” convierte en autoría la cooperación ejecutiva. Al final (288), el mismo VIVES ANTÓN establece una distinción cuantitativa bastante realista entre cooperación necesaria y complicidad¹⁹⁵. **214**

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 947 ss., que ya hizo una buena acotación de la coautoría (*vid. supra* XIV 163), caracteriza muy certeramente la cooperación necesaria de forma negativa respecto a la autoría: el cooperador necesario no domina el hecho, actuando en la periferia del tipo, razón por la cual no tiene por qué circunscribirse su actuación (en contra de lo que dicen otros defensores de la doctrina del dominio del hecho) al ámbito de lo preejecutivo. En realidad, lo acertado de este parecer es que utiliza para acotar la materia argumentos procedentes de la teoría objetivo-formal, como el mismo ROXIN postuló. **215**

En LH-Cerezo Mir, 645 ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, después de dejar claro que la cooperación necesaria es participación, se confronta con la teoría del dominio del hecho para abrirle espacio a la cooperación necesaria, que conforme a aquella teoría estaría demasiado restringido por la amplitud que concede a la coautoría, a la que contrapone su concepción y la de LUZÓN PEÑA, para quienes quien sujeta a la víctima mientras el autor clava el cuchillo no es autor (coautor) sino cooperador necesario [652], confirmando el concepto restrictivo de autor [654]. En lo referente a la delimitación entre la cooperación necesaria y la complicidad, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO comparte el parecer doctrinal general de la delimitación, reivindicando el supuesto de quien realiza una aportación que, independientemente de su significado material, es tenida en cuenta como imprescindible para continuar actuando: dominio negativo, que fue objeto de críticas [658 ss.]. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO estima que no es conveniente la supresión de la figura, aunque debe ser reformulada con reglas-ejemplos sobre la esencialidad de la contribución [664 ss.]. *Vid.* también EPB, 312 s., 316. **216**

BOLEA BARDÓN, Cooperación necesaria, ha realizado recientemente un excelente balance sobre lo que ha representado y puede representar en el futuro la peculiar figura española de la cooperación necesaria. A tal efecto, después de aludir a su introducción en el CP de 1848 [19 ss.], procede a deslindar la figura de la coautoría [27 ss.] y de la complicidad [61 ss.], para intentar encontrarle un significado en su concepción actual, que encuentra utilizando el elemento de la causalidad que, sobre la base de estar presente tanto en la complicidad como en la cooperación necesaria, no **217**

¹⁹⁵ Le sigue DEL ROSAL BLASCO, CDJ, XXXIX, 1994, 218, 221.

impide que se pueda cuantificar el significado del aporte [79 ss.], lo que hace mediante un criterio que no permitiendo distinguir a través de un criterio único y general entre cooperación necesaria y complicidad, remite a una serie de pautas para graduar la importancia de la aportación y que extrae de la misma jurisprudencia [91 ss., 96 ss.]. Finalmente, *de lege ferenda*, se inclina por suprimir la figura y sustituirla por una fórmula que en algún caso (excepcional) permita agravar la pena del cómplice (mejor cooperador), equiparable a la del autor [127 s.].

- 218** Sobre la delimitación entre coautoría y cooperación necesaria *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 226, quien sostiene [244 ss., 246] que no es posible distinguir cooperación necesaria y coautoría. En realidad, para ser más exactos habría que decir que, en su opinión, la cooperación necesaria es coautoría. En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, ADP, XXXVII, 1984, 129 ss.; PG, 539.– Sobre la delimitación coautoría-complicidad, ampliamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO (drs.), CCP, I, com. art. 14, 822 ss., 825 s., 872 ss. (fundamental: ¡leer!): delimitación cooperación necesaria/complicidad, contrario a entender que el cooperador necesario domina el hecho y contrario también a ver en la regulación una concesión al arbitrio judicial.– La equiparación que algunos autores incardinados en la teoría del dominio del hecho establecen entre coautoría y cooperación necesaria, a la luz del dominio funcional, no tiene nada que ver con la teoría del dominio del hecho, siendo una opción personal de estos autores, en contra de lo que piensa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 312.– Sobre la cooperación necesaria *vid.* también HERRÁIZ PAGES, en: GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 410 ss.

17. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD POR AUTORÍA EN LOS DELITOS Y FALTAS COMETIDOS UTILIZANDO MEDIOS O SOPORTES DE DIFUSIÓN MECÁNICA

- 219** Conforme a una vieja tradición (delitos de prensa e imprenta)¹⁹⁶ actualizada y extendida a todos los medios de difusión mecánica (fundamentalmente: audiovisuales e internet), el art. 30 altera profundamente el sistema de responsabilidad en casos de pluralidad de personas intervinientes, no tanto mediante el empleo de conceptos alternativos sino más bien mediante un sistema de exclusión de algunos de quienes responden comúnmente en los casos en que están presentes otros¹⁹⁷. La norma del art. 30, pues, puede sintetizarse de la siguiente forma:

¹⁹⁶ Sobre la historia de los delitos de prensa e imprenta, ampliamente, VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y responsabilidad criminal, 11 ss.; sobre el derecho comparado: 60 ss. *Vid.* también GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinuencia, 9 ss., 41 ss., respectivamente; CALDERÓN CEREZO, CDJ, XXXIX, 1994, 238 ss.

¹⁹⁷ Resaltan la naturaleza restrictiva del art. 30 respecto a los autores: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 761; QUINTERO OLIVARES, PG³, 654, y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 30, 313;

1. Mientras que en los artículos anteriores (27-29) responden del delito tanto los autores como los cómplices, en estos delitos sólo responden los autores, con exclusión de los cómplices y los favorecedores de los autores (los antiguos encubridores, que era una forma de participación postdelictual)¹⁹⁸ (*vid. infra* XIV 383). **220**

2. Los primeros en responder, pero si responden = juzgados y condenados (no en caso contrario), entonces ellos sólo¹⁹⁹, son los autores materiales del signo reproducido y sus inductores²⁰⁰. Debiéndose entender por autor material tanto el autor inmediato como el mediato y el coautor²⁰¹. **221**

RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 30, 174 (aunque también le asigna la función de garantizar los derechos de la víctima); *vid. también* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 13, 799; *vid. ya* ANTÓN ONECA, Derecho penal, 486; SÁINZ CANTERO, PG, III, 209. Sobre la autoría de prensa e imprenta como auténtica autoría, no autoría ficticia, VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y responsabilidad criminal, 69 ss., 86, 91, 93. Sobre el mantenimiento del sistema de responsabilidad en cascada en la reforma del CP, *vid.* GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinuencia, 125 ss., 132 ss.; sobre sus inconvenientes, no siempre tenidos en cuenta por la doctrina científica: 301 ss.; limitaciones a este sistema de responsabilidad con criterios generales de teoría del delito: 321 ss.; argumentos según los cuales la regulación del art. 30 vulnera el principio de igualdad: 443 ss. Sobre las distintas fórmulas para regular la responsabilidad en estos delitos, Carlos ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 30, 325 ss., sobre los delitos en que puede tener incidencia: 328 ss., sobre el concepto de “medio o soporte de difusión mecánica”: 330 ss.

¹⁹⁸ *Vid.* JUANES PECES, LL, 1997-2, 1677; CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996-1, 1645; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 30, 972; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 571, criticándolo: 573; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 522; QUINTERO OLIVARES, PG³, 656, 658; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 407. GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinuencia, 131 s., entiende que el encubrimiento impune es el del cómplice, no el del delito principal. En realidad, lo es el de cualquier partícipe en el delito principal. En contra de la impunidad del cómplice doloso, con argumentos dignos de tenerse en cuenta, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 155.

¹⁹⁹ Sobre los motivos para el salto en la responsabilidad, art. 30. 3, entendido como condición objetiva de punibilidad, *vid.* ampliamente GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinuencia, 170 ss.

²⁰⁰ Sobre la inclusión de los inductores en 1995, lo que no ocurría antes, *vid.* VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (dir.), CCP, I, com. art. 30, 290; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 761. *Vid. también* CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996-1, 1645; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 30, 973; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 30, 316; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 30, 179.

²⁰¹ Así también CEREZO MIR, PG, III, 250. Sobre el autor real en la r. a., VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y responsabilidad criminal, 108 ss., 150 (con exclusión entonces de los instigadores, además de los cooperadores necesarios), 151 ss., entendiendo certeramente que tan autor del texto es el ejecutor material como quien lo idea: 189 ss., lo que facilita la inclusión de la autoría mediata; siguiéndole: JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 15, 121; *vid. también* CALDERÓN CEREZO, CDJ, XXXIX, 1994, 245 ss., 250 (autor real = directamente realiza el tipo, incluida la coautoría, excluyendo sólo al inductor y al cooperador necesario en la r. a.). Sobre el primer grado de la escala de responsabilidad *vid.* también ampliamente GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinuencia, 136 ss. Este autor [204 ss., 276 s.] sostiene la tesis de que en los delitos que no contemplan la publicidad como elemento del tipo, quien publica aquello de lo que el autor no puede responder por cualquier razón, lo que le excluye de la escala, no puede responder conforme al escalón

222 Sólo en defecto de los anteriores y sucesivamente²⁰², por los mismos motivos mencionados, los directores de programa o publicación, los directores de la empresa editora y finalmente los directores de la empresa reproductora^{203/204}. Todos estos autores, excepción hecha de los primeros, los materiales, son autores basados en la responsabilidad institucional, es decir, una que sobre la base de un hacer o un omitir (lo que será más frecuentemente el caso) fundamenta una autoría en regla, o sea, una que se basa en el principio de culpabilidad, con todas sus garantías²⁰⁵. Se trata, pues, una vez más, del principio funcional del derecho penal actual²⁰⁶.

posterior del art. 30, ya que sólo puede ser partícipe de la conducta contemplada en primer lugar y cuyo autor (real) no responde; su comportamiento debe quedar impune. En cambio, en los delitos que contemplan la publicidad como elemento del tipo, puesto que el director del programa o de la empresa (art. 30. 3 y 4) con su decisión pueden ser considerados autores, no habrá problema en estimarlos responsables en ausencia de responsabilidad del autor real. (Sobre problema paralelo referido a la ausencia de dolo y concurrencia de causa de justificación en el comportamiento del autor responsable anterior: 278 ss.).

²⁰² Con buen criterio, exige CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 30, 974, que antes de proceder contra el siguiente en el orden legal, se debe instar la extradición del anterior huido. Sobre la duda acerca de si las causas de exclusión de la culpabilidad o la punibilidad determinan el salto en los responsables: 974; a favor del salto en las causas de exclusión de la punibilidad, CALDERÓN CEREZO, CDJ, XXXIX, 1994, 265. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 656 s., y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 30. En sentido contrario: responsabilidad penal estricta, se pronuncia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 158. Sobre las sustituciones en la responsabilidad por autoría según la a. r., *vid.* VIVES ANTÓN, Libertad de prensa y responsabilidad criminal 98 ss., con especial referencia a los casos en que el autor responsable sufre un error de prohibición: 104 s.

²⁰³ Sobre los autores incluidos en este segundo grado de la escala, ampliamente, GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinquencia, 150 ss., 159 ss., 168 ss. Incluyendo también al que actúa en lugar de otro: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 30, 973, y entendiendo que frecuentemente serán ambos autores mediatos y sobre todo cooperadores necesarios. *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 159 ss., que pone de relieve con razón lo difícil que será en algunos casos distinguir cada una de las formas de responder, y que debe atenderse a una consideración material no puramente formal y extrapenal (legislación de prensa, p. ej.).

²⁰⁴ Sobre la aplicación de este doble sistema de limitación de la responsabilidad o responsabilidad en cascada, con amplia casuística, *vid.* la excelente exposición de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 30, 333 ss., con profunda valoración crítica [348 ss.], propuesta de derogación del art 30: 351 ss., y vuelta al sistema general de imputación. Formula reparos, aunque no propuesta de derogación y sí modificaciones para que el cambio de escala presuponga deber de garante y esclarecimiento previo de los roles desarrollados, evitándose la responsabilidad objetiva, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 30, 355 ss., 360. Se inclina también por la derogación de este régimen especial, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 160.

²⁰⁵ *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 249; GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la codelinquencia, 293 ss.; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (dir.), CCP, I, com. art. 30, 289; JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 15, 121; CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996-1, 1645; CALDERÓN CEREZO, CDJ, XXXIX, 1994, 255 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 5223; QUINTERO OLIVARES, PG³, 658, y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 30, 316; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 30, 174; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 407; SÁINZ CANTERO, PG, III, 209; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, PG, 505 s., siguiendo a VIVES ANTÓN; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 158.

La explicación de este peculiar sistema de responsabilidad estriba en la naturaleza de los delitos susceptibles de sumisión a este régimen. No lo es, p. ej., la inducción a un asesinato a través de un mensaje en clave a través de un anuncio en un periódico, o la estafa basada en el engaño a través de un anuncio, etc. El delito en que está pensando el sistema de responsabilidad del art. 30 es el tradicional delito de expresión, esto es, aquel que agota su disvalor en la expresión de una idea lesiva del bien jurídico susceptible de ser lesionado por la expresión de un pensamiento, del tipo injuria, calumnia, violación de secreto de Estado, etc.²⁰⁷. Ello hace lógico, además del sistema de responsabilidad en cascada de esta norma, también la decisión de excluir de punición al cómplice y al encubridor (éste último es incluso casi impensable), dado que la genuina complicidad, la material, exige que el delito lesione materialmente un bien jurídico en lo que pueda ser de ayuda a la intervención del cómplice. **223**

Sobre el fundamento de este sistema de responsabilidad, *vid.* CEREZO MIR, PG, III, 248. *Vid.* también de forma excesivamente crítica RUIZ ANTÓN, PCRPHM-Del Rosal, 972 ss.— Sobre el soporte de difusión mecánica *vid.* QUINTERO OLIVARES, PG³, 654 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 155 s.— Sobre este régimen especial de responsabilidad, *vid.* también HERRÁIZ PAGES en: GANZENMÜLLER y otros, Exinentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 460 ss., ampliamente y con jurisprudencia (¡leer!) **224**

18. LAS ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO

A. Los supuestos

Según el art. 31, “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.” Esta norma, inserta en el título II del libro I, **225**

²⁰⁶ En este caso, como bien dice VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 30, 289, al objeto de que el sistema común de responsabilidad, por su extensión, no llegue a dificultar la libertad de expresión. En el mismo sentido JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 13, 115.

²⁰⁷ Sobre la distinción no muy bien fundamentada entre delito de prensa e imprenta y delito cometido por medio de la prensa o imprenta, *vid.* también: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 30, 973 s.; CALDERÓN CEREZO, CDJ, XXXIX, 1994, 269 ss. Sobre los delitos para los que está pensado este régimen especial de responsabilidad del partícipe, *vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 156 s.

donde se regula el régimen general de las personas responsables de los delitos y faltas, tiene su origen en el art. 15 bis de la a. r., introducido en la importante reforma del CP de 1983²⁰⁸, cuya redacción se mantiene prácticamente inalterada, con la única particularidad, no desdeñable, de incluir, además de al representante de la persona jurídica²⁰⁹, al de la persona física²¹⁰.

226 La regla del art. 31 se basa en dos presupuestos fundamentales: *a.* La persona mencionada en el art. 31 debe realizar con su conducta, en primer lugar, todos los elementos del tipo delictivo que se le imputa²¹¹. Así, p. ej., si se trata de la conducta del art. 319 (delito urbanístico), el autor debe conocer que la construcción que se realiza se edifica en uno de los espacios protegidos donde la legislación del suelo prohíbe edificar terminantemente. El autor, por tanto, ha de realizar la conducta típica²¹², debiéndose constatar, además, su culpabilidad por ese hecho. Si falta algún elemento del hecho típico no cabe aplicar el art. 31²¹³. El autor de la conducta del art. 31, puede decirse, responde de su hecho y su culpabilidad en sentido penal²¹⁴. *b.* Al autor de la conducta del art. 31, en cambio, debe faltarle alguna de las cualidades utilizadas por el tipo de la PE para caracterizar la autoría²¹⁵,

²⁰⁸ Sobre los antecedentes históricos del art. 15 bis a. r., su tratamiento doctrinal y jurisprudencial y su finalidad político criminal, *vid.* BACIGALUPO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 317 ss. (¡leer!); GRACIA MARTÍN, Actuar en lugar de otro, II, 3 ss., 15 ss., 45 ss., 79 ss.; ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos, 11. Sobre los antecedentes del art. 15 bis a. r. y 31 n. r., *vid.* ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 371 ss. (¡leer!).

²⁰⁹ Sobre el círculo de personas (físicas) cualificadas para actuar en nombre de una persona jurídica, y las características de ésta en cuyo nombre se puede actuar, del art. 15 bis a. r., *vid.* GRACIA MARTÍN, Actuar en lugar de otro, 173 ss., 203 ss., con un criterio material.

²¹⁰ En lo que tanto insistió BACIGALUPO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 325.

²¹¹ *Vid.* BACIGALUPO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 317; JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 15 bis, 123; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 31, 984; QUINTERO OLIVARES, PG³, 652, y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 31, 320, 321; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 569; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG³, 141; MIR PUIG, EPB, 39, lamenta que el texto del art. 31 no aluda a esta exigencia.

²¹² Como bien dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 304 s., la responsabilidad por omisión del representado, posible, requiere deber de garante.

²¹³ *Vid.* al respecto las muy atinadas consideraciones de GRACIA MARTÍN, Actuar en lugar de otro, II, 87 ss.

²¹⁴ Como bien dice ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 415 s., la responsabilidad del art. 31 no es responsabilidad del representante por el delito de la persona jurídica, sino responsabilidad propia del representante al que le falta una cualidad que sí tiene la persona jurídica en cuyo nombre *comete él* el delito.

²¹⁵ *Vid.* al respecto las muy atinadas consideraciones de GRACIA MARTÍN, Actuar en lugar de otro, II, 95 ss., 102 ss., 121 ss., 161 ss., quien en Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica, ha realizado un “estudio integrado” [25 s.], inclusión hecha de sus repercusiones en los restantes elementos del delito (antijuricidad y culpabilidad) y de su responsabilidad penal: sanciones, y civil, además de la tipicidad, del delito así construido, que resulta muy gráfica. QUINTERO OLIVARES, LH-Cerezo Mir, 927, habla de los artículos 28 y 31 como preceptos complementarios.

siendo precisamente esa cualidad la que supe el art. 31, no exigiéndola en la persona del autor cuando esa persona actúa en nombre o representación de otra (persona física o jurídica, en la que sí concurre la mencionada cualidad)²¹⁶. De esta manera, continuando con el ejemplo anterior, cuando el “promotor” de que habla el art. 319 es una sociedad, la persona o personas que en su nombre adoptan la decisión de construir ilegalmente en los espacios contemplados por el tipo, es decir, quienes no reúnen en su persona la cualidad de la autoría “promotor” contemplada en el tipo, podrán responder por el art. 319 en virtud de la norma contemplada en el art. 31.

De aceptarse los anteriores presupuestos, y para precisarlos, debe tenerse en cuenta lo siguiente: *a.* Que para establecer la responsabilidad penal del autor de un comportamiento típico no es necesario acudir al rodeo del art. 31 cuando el tipo en cuestión no circunscribe en ningún modo la autoría. En tales casos, puesto que la persona física (el representante) ha realizado la conducta típica y posee la cualidad de la autoría (no sometida a criterio normativo alguno)²¹⁷, realiza plenamente el tipo a título de propio autor y no como representante de otro (persona jurídica o física). Así, p. ej., autor del delito fiscal del art. 305 lo es quien defrauda a la Hacienda pública, eludiendo el pago de tributos en cuantía superior a ciento veinte mil euros. De esta manera, el administrador de la empresa obligada a tributar que realiza las operaciones defraudatorias, es autor del delito en virtud de lo establecido en el art. 305, sin necesidad de acudir al art. 31, ya que el art. 305 no establece ninguna cualidad específica de la autoría. De la misma manera, responde directamente del delito de estafa, del art. 248, el representante de la sociedad que engaña a alguien para que disponga patrimonialmente en beneficio de la sociedad a la que representa y en nombre de la cual actúa, ya que para realizar el tipo de estafa basta con que se produzca un perjuicio económico de la víctima aunque el autor no resulte directamente beneficiado (estafa altruista)²¹⁸. *b.* Que no se puede fundamentar la responsabilidad ni directamente (en aplicación del tipo de la PE) ni por la regla del art. 31 respecto a aquellos tipos que contengan ele-

227

²¹⁶ *Vid.* al respecto BACIGALUPO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 315, 316; JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 15 bis, 123; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 31, 987; ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos, 10; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 131; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 362 s.; SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 370 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 416.

²¹⁷ O cuando el autor ya adquirió la cualificación mediante la propia relación de representación, como dice JAKOBS, PG, 727.

²¹⁸ *Vid.* ya QUINTERO OLIVARES, PG³, 651, y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 31, 320; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 570.

mentos personalísimos sin los cuales no puede considerarse realizado el tipo²¹⁹. Así, p. ej., el ánimo de lucro característico de los delitos contra la propiedad debe acompañar de tal manera a la acción delictiva de apoderamiento que sin su concurrencia en la persona del autor material del delito no puede entenderse realizado el tipo, de manera que quien realiza un acto de apoderamiento de cosa ajena (apropiación indebida, p. ej., del art. 252) que incorpora al patrimonio de la persona jurídica o física a la que representa, carece del elemento subjetivo “ánimo de lucro” característico de este delito, no siendo perseguible su conducta por la vía del art. 234, directamente, ni a través del art. 31. La conducta es penalmente atípica. *c.* Asimismo atípica es la conducta de quien, pese a actuar en el seno de una persona jurídica o en el ámbito de la representación de una persona física, no goza del *status* de representante, limitándose su actividad, puntualmente, al acto cuya imputación penal se cuestiona. El contable, p. ej., que se limita a alterar los libros de la sociedad a través de lo cual se causa o agrava la situación de insolvencia de que se habla en el art. 260. 1, a efectos del delito de quiebra fraudulenta, no es autor del delito, ya que tanto el mismo art. 260 (que habla de “deudor o persona que actúe en su nombre”) como el art. 31 exigen un poder de representación del que el contable carece²²⁰.

B. Su fundamentación

228 La regla del art. 31 es una fórmula ideada por el legislador e impulsada por la doctrina científica para evitar los abusos que, no sólo en el ámbito penal, se venían cometiendo al amparo de ficciones jurídicas, tan necesarias por lo demás, como la de la personalidad de los entes colectivos y la representación de la persona física, utilizadas para diluir las responsabilidades penales por comportamientos claramente delictivos ante la dificultad de encontrar a quién imputarlos, el representante, que realizaba la acción, o el representado, en nombre del cual se actuaba. El art. 31 se inserta, pues, en una estrategia de política jurídica encaminada a “levantar el velo” de la representación, permitiendo alcanzar al auténtico responsable de los hechos a efectos de la imputación

²¹⁹ *Vid.* también ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos, 20 s.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 650, y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 31, 320; JAKOBS, PG, 725 s., aunque reconociendo que no está muy bien aclarado qué sean posiciones con efectos personalísimos, con casuística (¡leer!).

²²⁰ *Vid.* las muy atinadas consideraciones de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 31, 987 ss., sobre el alcance y los límites de la extensión de “condiciones”, “cualidades” y “relaciones” a quien no las posee en su persona, al amparo del art. 31. Imprescindible ya: BACIGALUPO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 330 ss.; siguiéndole, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 366 ss.

penal, es decir, impidiéndole enmascararse tras la persona, física o jurídica, representada²²¹.

Fin primordial del art. 31, por tanto, es el de evitar lagunas en la punición que se producían cuando el legislador penal, por razones obvias de política criminal, exigía, y exige, una cualidad especial de la autoría que, sin embargo, no concurre en el autor material del comportamiento y sí en la persona física o jurídica en nombre de la cual actúa²²². Pero, por esa misma razón, en contra de lo sustentado por algún sector doctrinal, no se trata de una regla superflua²²³, frente a la que hubiese bastado con que los tribunales hubiesen perseguido al autor material del delito, pues si la mención de cualidades especiales de la autoría en el tipo cumple alguna función, lo que sin duda ocurre, esa cualidad está restringiendo el ámbito del tipo, por lo que era necesaria la intervención del legislador si en algún caso quería perseguir a quien no posee la cualidad en su persona. Esa es la vía del art. 31, con la mención del representante, auténtica cláusula de ampliación de la responsabilidad penal²²⁴.

Es más, si se presta atención a los tipos delictivos que pueden ser completados con el art. 31, se observará que en todos ellos se contempla una determinada posición estable por parte de los sujetos mencionados: “empresario”, “promotor”, “deudor”, “comerciante”, “constructor”, etc., respecto a los que surgen

229

230

²²¹ Sobre los antecedentes y lagunas a cubrir con esta figura *vid.* CEREZO MIR, PG, III, 219 s. *Vid.* también: JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 15 bis, 122; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 31, 980 ss.; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 784; MIR PUIG, EPB, 38 s.. *Vid.* también ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos, 12, 17, quien pone de relieve, 19 s., con razón, que la fórmula legal no abarca los casos de total desconexión jurídica entre quien actúa y el sujeto cualificado.

²²² En la doctrina española se cotraponen dos concepciones, la de quienes como BACIGALUPO ZAPATER (en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 315), BAJO FERNÁNDEZ, etc., entienden que la norma del art. 31 se refiere a delitos especiales propios, que considera que la cualidad no concurrente en el órgano la suple la norma extensiva del art. 31 (así también PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR [dir.], PG, 785 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, III, com. art. 31, 363 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, III, com. art. 31, 416), y la de GRACIA MARTÍN, que entiende que la norma del art. 31 crea un título nuevo de imputación, cualquiera que sea el tipo cuya cualidad objetiva no reúne en su persona el órgano, basado en el dominio que ejerce como consecuencia de la función asumida (*vid. infra* XIV 231). Se opone a que la cláusula del art. 31 pueda aplicarse al instrumento doloso no cualificado, PÉREZ CEPEDA, DP, 9, 2002, 121. Sobre esta cuestión *vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, Responsabilidad penal de directivos y órganos, 12 ss, 25 s., 21 s. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 650 s., y en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 31, 176 s.; MIR PUIG, EPB, 38.– Sobre la situación, semejante, en su días en Alemania, *vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 327.

²²³ En contra, ya JAKOBS, PG, 727 s.

²²⁴ *Vid.* ya JAKOBS, PG, 724 s., para quien el § 14 StGB regula la transmisión de posiciones de garante en este ámbito, implementando las reglas de la asunción. Sobre la delegación y su incidencia en la transmisión de la posición de garante, PÉREZ CEPEDA, DP, 9, 2002, 110 ss.

deberes de omitir y de actuar, que fundamentan la autoría con base en la creación de deberes de evitar lesiones de los bienes jurídicos, bien porque lesionen los bienes jurídicos de propia mano, bien porque el derecho, en virtud de su posición en el sistema, prevé para ellos el deber de impedir que lo hagan otros. Así, p. ej., el “constructor” del que habla el art. 319 no “hace” con sus propias manos la edificación ilegal, la hacen los operarios que trabajan para él. Él, sin embargo, responde siempre como autor. A su vez, los titulares de ese *status*, frecuentemente necesitan, cada vez más, de la colaboración de personas que actúan en su nombre. Cuando así ocurre, ambos pueden responder penalmente. Por esta vía, se produce una funcionalización del derecho penal ineludible para que éste pueda cumplir sus cometidos en sociedades complejas como la nuestra, en las que, sin renunciar a los principios tradicionales, entre ellos el fundamental de la culpabilidad por los propios actos, se dé cuenta de que la responsabilidad penal es hoy, en buena parte, una responsabilidad por los roles sociales que se asumen personalmente²²⁵.

231 GRACIA MARTÍN, el máximo introductor y sistematizador en España de la doctrina del actuar en lugar de otro, dedica el primer volumen de su *Actuar en lugar de otro*²²⁶ a desarrollar una teoría general sobre la que sólo podemos destacar ahora sus principales aspectos.— Punto de partida de la concepción de GRACIA MARTÍN es demostrar que esta forma de autoría no es una fórmula de imputar el hecho delictivo cuando se ha cometido a través de una persona jurídica [6 ss., 25], sin que por otro lado constituya fórmula superflua de imputación dada la posibilidad existente en derecho penal de imputar lo no realizado activamente por alguien a título de omisión [26 ss., 34]. Respondidas negativamente las anteriores cuestiones, procede GRACIA

²²⁵ Sobre el fundamento material (formal = representación o material = dominio social) de esta norma extensiva *vid.* CEREZO MIR, PG, III, 221 s. *Vid.* también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 31, 986; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 524; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 788, siguiendo a VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 31, 291 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 31, 178. Por el contrario, exigiendo que la representación esté formalmente (título) formulada, siguiendo a BACIGALUPO (en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 328), JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 15 bis, 123. Sobre los conceptos de directivos, órganos y representantes de persona jurídica, *vid.* ya BACIGALUPO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 326 s. Sobre su eficacia (enorme) en los delitos de omisión: 332; sobre su repercusión en el tipo subjetivo: 333 (error sobre circunstancia que fundamenta la representación = error sobre el tipo; error sobre el propio mandato o la prohibición = error de prohibición). Sobre el significado de la alusión del art. 31 al representante de hecho, esencial: SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 31, 380 ss., 385 ss., 389 ss., resaltando que ésa es la principal innovación de 1995 [391 s.], casuística sobre la persona representada: 399 ss. *Vid.* también JAKOBS, PG, 727.

²²⁶ Los aspectos de la cuestión relacionados con la aplicación de esta teoría general con la legalidad española recién inaugurada, en 1983, en el momento en que GRACIA MARTÍN escribe (1986), están recogidos en el volumen II. Los aspectos de la cuestión relacionados con las actuaciones en nombre de persona jurídica, con sus peculiaridades del derecho español, en Responsabilidad de directivos. Ambas obras, por razón de espacio, deben quedar reservadas a exposiciones generales de Derecho penal económico.

MARTÍN a abordar cuáles son los delitos que pueden ser cometidos actuando en nombre de otro [69 ss.], lo que revelará a su vez por qué es necesario tipificar esta figura específica de actuación que evite lagunas de punición *no colmables de otra forma* [64 ss., 160], y cuál es la forma más idónea de concebir dicha tipificación [163 ss.], contraponiéndose un modelo naturalístico a otro normativo-social [207 ss., 237]. El último capítulo, el IV [275 ss., 349 ss.], de la obra de GRACIA MARTÍN está dedicado a interpretar la norma que consagra la responsabilidad por actuación en nombre de otro, como norma que suple el elemento de la autoría contemplado por el tipo de la PE poseído por el representado no actuante, y no por el representante que actúa, como elemento, no personal, que por estar basado en el cumplimiento de una función social es extrapolable a quien cumple la función social en nombre del representado que la ostenta, aprovechando al efecto GRACIA MARTÍN la concepción de Bernd SCHÜNE-MANN [332 ss.], sobre el fundamento del deber de garante de los delitos de omisión impropia que él (SCHÜNE-MANN) basa (*vid. infra* XVI 34 s.) en el dominio del hecho, en este caso social (donde se desarrollan tareas como p. ej. las empresariales a que tan abocada está esta forma de imputación) [372 ss.]²²⁷.

19. NUEVOS DESAFÍOS DOGMÁTICOS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 800 ss., ha tenido el acierto de “abrir” un apartado específico de la teoría de la participación a los problemas que enfrenta el hecho de que ámbitos criminógenos de primera magnitud en la actualidad, como la empresa, las organizaciones criminales y los poderes públicos, no se rijan por el criterio tradicional del autor y el partícipe únicos, cuya problemática, sin duda existente, como estamos viendo, no es comparable a la que supone la asignación de responsabilidad individualizada por hechos cometidos en el seno de estructuras jerárquicamente organizadas y con división de roles de sus miembros unipersonales.— En este ámbito, tras exponer las aportaciones dogmáticas que se han producido para fundamentar la responsabilidad individual (como ha de ser la penal) de superiores (que dan ordenes) y subordinados (que las ejecutan y con ello materialmente el hecho delictivo último) (802 ss.), llega a la sugestiva conclusión, digna de discutirse, lo que ahora desgraciadamente no podemos hacer, de que tanto superiores como subordinados son coautores, basándose la aportación de los primeros no en la realización de actos ejecutivos directos, lo que hacen los subordinados, pero sí por su intervención en la misma organización sin la que los restantes actos ejecutivos no se producirían (810).— Aborda también PÉREZ ALONSO el problema, acuciante, de la responsabilidad por decisiones tomadas en el seno de órganos colegiados (810 ss.), llegando a la conclusión, también sugestiva, pero no abordable aquí, de que 1)

232

²²⁷ Sobre las actuaciones en lugar de otro y su régimen en el art. 31, *vid.* también HERRAIZ PAGES, en: GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 502 ss., ampliamente y con jurisprudencia (¡leer!).

la responsabilidad de quienes formaron parte del órgano colegiado, incluidos los que votaron en contra de la decisión antijurídica, no comienza hasta que aquélla se materializa, momento en el que se constituye un deber de garante (de evitación) que puede fundamentar responsabilidad por omisión de quienes no hacen nada por evitar la ejecución de lo acordado (815).

233 En *EPR-Ruiz Antón*, 1069 ss., *SILVA SÁNCHEZ* contempla la cuestión de la responsabilidad por pertenecer a la organización que comete delitos y la responsabilidad por colaborar con una organización de esa naturaleza, hechos importantes, muy importantes, para luchar contra la criminalidad organizada. Para *SILVA SÁNCHEZ*, el primer fenómeno constituye un supuesto tradicional de participación, que se puede ayudar a resolver con la normativización de la participación, que permite suplir muchos elementos de la consideración naturalística, incluida la concreción del hecho y el momento de la aportación, que puede ser anterior a la ejecución del delito imputado [1085 s.] (a través del dominio de la organización creada de la que se es miembro activo: 1091 s.); mientras que el segundo fenómeno, de colaboración externa con la organización, requiere una tipificación legal expresa, y que de iniciarse la ejecución principal la aportación pudiera caracterizarse de participación a través de la organización, lo que sólo excepcionalmente es el caso [1093 s.].

234 En *LAH-González-Cuéllar García*, 191 ss., *GÓMEZ-JARA DÍEZ* sostiene la tesis según la cual la figura tradicional de la coautoría, debidamente normativizada, superando supuestos inconvenientes de la “horizontalidad” de la figura en su aspecto subjetivo (acuerdo previo) y objetivo (ejecución conjunta), es la que mejor permite abarcar la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas por delitos cometidos por los subordinados, todo ello a través de la organización global que representa la empresa; lamentando *GÓMEZ-JARA DÍEZ* [210] que el proyecto de eurodelitos centre la definición de la coautoría en la decisión conjunta del hecho.

235 Por su parte, también en *LAH-González-Cuéllar García*, 411 ss., *PEÑARANDA RAMOS*, en un artículo donde pasa revista a una serie de problemas relacionados con la actividad empresarial (responsabilidad por el producto, ejemplificado en el caso español de la colza), se ocupa del alcance de las posiciones de garante por organización (de *JAKOBS*) de quienes intervienen a través de la empresa, llegando a la conclusión de que la responsabilidad de titulares, administradores y directivos es a título de autores, no de participación en los hechos del subordinado, ya que en la empresa los ámbitos de responsabilidad no están separados, lo que facilita su consideración de autores a pesar de la autorresponsabilidad del subordinado (principal dificultad que vaían *RUDOLPHI* y *SCHÜNEMANN*).

236 En *Modernas tendencias*, 355 ss., en un artículo dedicado precisamente a demostrar que no hay necesidad de modificar las exigencias dogmáticas tradicionales para abordar los problemas de la sociedad actual, *GIMBERNAT ORDEIG* dedica un apartado a las decisiones colegiadas. Al efecto, el autor distingue entre dos clases de acuerdos

colegiados. En aquellos en los que las personas que votan no son ninguna garante de que un foco de peligro no supere el riesgo permitido (*vid. infra* XV 32, 65 ss. sobre esta categoría diseñada por GIMBERNAT ORDEIG), responden los que votaron hasta formar una mayoría suficiente como autores del delito que después cometieron a través de un instrumento, y los demás votantes sólo pueden ser cómplices. En aquellos casos en los que los votantes eran garantes de un foco de peligro, o en su caso el que lo fuese, responden aún en la hipótesis de que su voto no condicionó la decisión, de la acción u omisión en que consista la decisión: caso de Lederspray alemán: por no retirar el producto en un caso, y por seguir distribuyéndolo en el otro.

También en *Modernas tendencias*, 501 ss., MUÑOZ CONDE defiende la tesis de que la figura que mejor se adapta a la criminalidad organizada no es la autoría mediata, que tan bien definió ROXIN para atajar la criminalidad paraestatal, sino la coautoría [510 s.], sin que ello signifique otra cosa que aplicar coherentemente el dominio funcional (con excelente excursus sobre delitos cometidos por organizaciones terroristas: comandos y cúpula), lo que explica la tendencia jurisprudencial a empezar a analizar la criminalidad de la empresa “desde arriba”. De ahí que MUÑOZ CONDE no vea inconveniente en estimar coautoría mediata de los miembros del consejo de administración cuando los ejecutores carecían de responsabilidad y la coautoría normal cuando son responsables, para lo cual, en la línea iniciada por JAKOBS, hay que reconocer que los requisitos de la coautoría: decisión común, ejecución conjunta y estructura horizontal, presentan un perfil específico tratándose de criminalidad organizada, especialmente la ejecución común, concretamente la intervención de quien decide previamente que se ejecute el delito (consejo de administración), que no deja de configurar la ejecución o “está tan íntimamente vinculado con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso (*nota bene*)” [528]²²⁸.

237

Todas estas aportaciones que: 1º se basan en problemas de la realidad actual que el derecho penal tiene que enfrentar y, 2º, desde el prisma normativo: tareas del derecho penal, deben procurarse incluir en el derecho penal por su gravedad, 3º, no tienen por qué encontrar un obstáculo en la consideración naturalística, por la sencilla razón de que esta consideración: a), ha servido sobre todo para que nos hagamos una idea de cómo entender los conceptos penales idealmente: cuál es, p. ej., el paradigma de la coautoría en la realidad (el caso que no presenta duda ni dificultad para considerarlo de coautoría); pero eso, b), no quiere decir que con el concepto legal, más la pretensión normativista de llegar también a otros casos de la realidad que no son el paradigmático, se haga un esfuerzo interpretativo para lo cual será de ayuda inestimable la consideración naturalística, que permitirá ver el parecido inmediato del nuevo caso al paradigmático, en ejercicio de lo que Armin KAUFMANN llamaba acercar la norma a

238

²²⁸ Le sigue, siempre y cuando algún miembro del consejo asumió la ejecución, PÉREZ CEPEDA, DP, 9, 2002, 109, 119; en cambio, cuando la ejecución corresponda a un subordinado o se realice a través de un intermediario, se inclina por la inducción: 120.

la realidad regulada, y viceversa²²⁹. Pero sin prescindir de ninguna de las dos perspectivas, la ontológica y la normativa. En saber conjugar ambas perspectivas estará la solución razonable de los nuevos desafíos, respecto a lo que intentos pioneros de contraponer lo naturalístico a lo normativo, después moderados, como evidencian las aportaciones aquí analizadas, y todavía esgrimidos en términos abruptos por algunos, no son en absoluto aconsejables, entre otras cosas por no ser siquiera necesarios. Y sí, en cambio, que la redacción de la norma sea inteligible para el ciudadano, lo que justifica (algo de lo que los normativistas no hablan) el empleo de términos del lenguaje común, naturalístico, a la hora de redactar normas como la de la participación. Malo sería que quienes primero contemplaron el lenguaje natural del derecho penal en unos términos excesivamente rígidos (en nombre de una falsa concepción de la seguridad jurídica), ahora se apresuren a prescindir de uno de los mejores instrumentos de control de las normas como es el lenguaje común.

20. EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DEL PARTÍCIPE. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

- 239** Si la participación, *ex definitione*, es aportación al hecho que domina otro como autor, de ahí su nombre, quiere decirse que mientras queda reservado a este último el eslabón causal decisivo del resultado, puesto que en todo proceso causal convergen una pluralidad de factores que contribuyen a su concreta configuración, el partícipe se caracterizará por la aportación de algún eslabón previo que opera también en el resultado a través del eslabón decisivo puesto por el autor. *Ejemplos*: El cómplice que le ha facilitado al autor del homicidio la pistola con la que éste mató a la víctima, no ha aportado el último eslabón causal de la muerte sin el que aquélla no pueda pensarse. Ese eslabón determinante del resultado está constituido por el disparo del homicida. Ahora bien, que el disparo se haya producido de la manera que se ha producido ha sido causado, facilitado y determinado en su mayor concreción (muerte de la víctima por el autor *con esa pistola*) por la aportación del cómplice.— El amante que ha condicionado la continuidad de la relación a que el otro haga desaparecer a su cónyuge ha sido determinante, mediante su influencia anímica (*causalidad psicológica*), del asesinato, por lo que es inductor.
- 240** La participación, al igual que la autoría, es causación y dolo del resultado típico, estribando su peculiaridad frente a la autoría en que, en su aspecto más concreto, su aportación incluye el conocimiento y voluntad (dolo referido a la acción) de un resultado (el causado por él) en su propiedad de determinante del resultado típico causado consciente y voluntariamente por el autor. Puede

²²⁹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 15.

decirse, en suma, que el injusto propio del partícipe consiste en la producción del resultado típico *a través del* injusto del autor (*accesoriedad de la participación*)²³⁰.

Respecto a los delitos de resultado, y siendo indiferente, a estos efectos, que se parta de un concepto extensivo (causalista) de autor, que, con la introducción de normas que distinguen entre autoría y participación, habría que restringir, o de un concepto restrictivo de autor, que esas normas reguladoras de la participación vendrían a enriquecer (con supuestos de responsabilidad no previstos en la PE: que sólo se referiría a autores en sentido restrictivo), la responsabilidad penal de quien no es autor en su sentido más restringido (quien domina el hecho) se fundamenta en la necesidad de proteger exhaustivamente los bienes jurídicos frente a ataques delictivos que los lesionan mediante aportaciones causales determinantes de la lesión. El fundamento de punición del partícipe, por tanto, es el mismo que el de la autoría. Es cierto que sin autores, los partícipes, por más que lo desearan, no conseguirían su propósito, pues faltaría el eslabón último decisivo causante del resultado (de ahí que, en principio, sea menor la punibilidad del partícipe frente a la del autor). Pero eso no constituye obstáculo dogmático alguno para entender, como ha hecho siempre el derecho histórico, que, sin la punición del partícipe, la protección de los bienes jurídicos sería incompleta, pues es lo cierto que, si bien la aportación decisiva al resultado la lleva a cabo el autor, a su vez, consta que hay aportaciones decisivas, las del partícipe, a la aportación del autor.

241

En el plano objetivo, incluso, la lesión del bien jurídico, que, ciertamente, sólo se producirá cuando el autor haya conseguido su propósito (delito consumado), viene siempre precedida de actos en los que pueden intervenir una pluralidad de personas que lo preparan y comienzan a ejecutar, sin que quede claro de antemano cómo cabrá valorar su aportación *ex post*. Quienes, p. ej., primero conspiran y luego comienzan a ejecutar el hecho delictivo que acaba consumándose, realizan aportaciones que *a priori* no permiten deslindar la autoría de la participación. En el delito consumado, o, al menos, intentado, a veces es muy difícil determinar si la aportación de varios se encuentra en una relación de coautoría, autoría-complicidad, autoría-inducción o autoría-cooperación necesaria²³¹. Ello quiere decir, en suma, que el legislador correría un serio riesgo de no proceder a una protección completa de los bienes jurídicos si decidiera restringir la punición a la autoría.— El fundamento de punición del partícipe, por tanto, se basa también, indirectamente, en dificultades delimitativas semejantes a las que

242

²³⁰ Hace de la accesoriedad el concepto básico de la participación, con buen criterio, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 977 s.

²³¹ *Vid.* ya RUIZ ANTÓN, PCRPHM-del Rosal, 971. Y con anterioridad, lúcidamente, CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 634.

fundamentan el castigo, junto a la consumación, de la tentativa y de algunos actos preparatorios (*vid. supra* XIII 9 ss.) donde el trazado de la frontera de lo típico, que no admite un criterio terminante y seguro, es lo que justifica que en algunos casos se abarque también la zona más inmediata colindante con lo típico.

243 Desde el punto de vista de la teoría de las normas, incluso, se justifica que en su tercer escalón, el de los actos dominables por el hombre lesivos de los bienes jurídicos (*vid. supra* VIII 23), las normas, mandatos y prohibiciones, se dirijan también al partícipe dado que, como hemos visto, con su comportamiento puede realizar aportaciones decisivas al hecho punible, por lo que debe ser motivado con amenazas penales a evitarlas, de manera que si no lo abarcasen la protección del bien jurídico sería incompleta. El fundamento de punición del partícipe, por ende, no es uno de segundo grado, como ocurre con la omisión (*vid. infra* XVI 115 ss.), sino de primer grado o directo, el de la evitación de las acciones finales lesivas para los bienes jurídicos, y basado en las acciones individuales que el derecho penal quiere evitar en primer lugar porque si no la convivencia no estaría ni siquiera mínimamente asegurada.

244 Lo dicho sobre los delitos de resultado vale también, siendo incluso más ilustrativo, respecto a los delitos consistentes en la infracción de un deber y de propia mano, que requieren cualidades especiales de la autoría. El hecho de que estos delitos no admitan la autoría (mediata, p. ej.) de quien no reúne en su persona la propiedad exigida y sí, en cambio, su participación (con la correspondiente atenuación en su caso), evidencia el fundamento de su responsabilidad, basada además en el doble aspecto de la lesión del bien jurídico y que ésta se realice a través del comportamiento típico del autor (*vid. infra* XIV 249). En los delitos especiales, el *extraneus*, que no puede responder como autor, puede hacerlo como partícipe porque la participación es causación del resultado a través de la conducta principal antijurídica del autor²³². Lo que corrobora que *la participación se basa en el dominio de la causalidad y el dolo a ella referido*.

245 Es, pues, un falso dilema el que pretende contraponer los delitos de dominio a los delitos de deber, demostrando que es mejor hablar de complemento; como lo corrobora el arduo problema de la participación del *extraneus* en estos delitos, y, en general, en los delitos especiales. Pues, con independencia del problema de la posibilidad de atenuación específica de la penalidad del partícipe *extraneus* por carecer de la cualidad de la autoría (*vid. infra* XIV 333 ss.), el hecho de que tanto en el delito especial propio como en el impropio quepa la participación del *extraneus* evidencia que en todo delito de deber hay un delito de dominio: comportamiento lesivo o de puesta en

²³² *Vid.* ya las atinadas consideraciones de CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 312 s.; MIR PUIG, EPB, 517.

peligro de un bien jurídico, siendo en ese ámbito en el que se justifica la posibilidad de la participación en estos delitos. De ahí que sea infundada la atrevida (pero digna de seguir discutiéndose) tesis de ROBLES PLANAS²³³, para quien el único delito especial genuino lo es el de deber que sólo el autor puede cometerlo, y así siempre si interviene, por acción u omisión, con exclusión de la participación del *extraneus*, que sólo responde cuando la ley contempla expresamente su punición (al estilo del cohecho del CP español: art. 419 ss.), y como tal, no como partícipe en el delito de deber. Por lo demás, el hecho de que SÁNCHEZ-VARA GÓMEZ-TRELLES²³⁴, defensor concienzudo de los delitos de deber, contrapuestos, como quiere y con los mismos argumentos que su maestro alemán JAKOBS, a los delitos de dominio, reconozca la posibilidad de la participación del *extraneus* en estos delitos, incluida la doble atenuación de mera participación y carencia de la cualidad de la autoría, evidencia más bien que no hay contraposición entre ambas clases de delitos.

En su monografía sobre Los delitos especiales y la teoría de la participación, QUINTERO OLIVARES, después de distinguir conceptualmente entre delitos comunes y especiales [1 ss.], especiales propios e impropios [31 s.], procede a dilucidar el sentido de los delitos especiales, en vivo contraste con las teorías reinantes, entendiendo que los mismos caracterizan, precisando la autoría, ataques contra los bienes jurídicos que tienen a todos como destinatarios de las normas que los contienen, como evidencian los delitos especiales impropios, insistiendo muy oportunamente en la no distinta naturaleza (la diferencia es de intensidad y bien de particular interés) de todos los delitos especiales respecto a los comunes [45], de lo que después extrae consecuencias.— Con posterioridad, QUINTERO OLIVARES, tras aludir al fundamento general de la punición del partícipe [47 ss.] y en particular de los delitos especiales [51 ss.] en la doctrina científica comparada, procede a abordar la cuestión en el derecho español, incluida su toma de posición, al hilo de la interpretación del art. 60 a. r. [55 ss., 65 ss.], llegando a la conclusión de que la penalidad del partícipe en los delitos especiales propios e impropios no se resuelve a través del art. 60, referido a las circunstancias modificativas, en tanto que la cualificación de los autores de los delitos especiales es elemento del tipo correspondiente (no abarcado por el art. 60), dentro del cual, puesto que la norma del delito especial se dirige a todos, también al *extraneus*, que puede lesionar el bien jurídico contenido en el delito especial, se encuentra su pena, incluso en el caso de los delitos especiales impropios (no del correspondiente común) [69 ss., 71].— Finalmente, QUINTERO OLIVARES, después de sostener que autor principal del delito especial sólo puede serlo quien reúna la particularidad de la autoría del tipo de la PE (no cabiendo la extensión de la norma general de la autoría de la PG) [77 s.], admite (salvo que la estructura específica del tipo de la PE lo impida terminantemente, lo que no ocurre siempre aunque sí muchas veces) la coautoría del *extraneus* en el hecho de que algún coautor reúna la propiedad de la autoría exigida [80]; no admitiendo a su vez la autoría mediata en los

246

²³³ Participación en el delito, 220 ss.

²³⁴ Delito de infracción de deber, 215 ss.

casos de instrumento doloso, lo que le lleva a poder castigar sólo por inducción en los casos de delito especial impropio y dejarla impune en el delito especial propio, en el caso del *intraneus* que utiliza a un *extraneus* [104], en tanto que cuando el instrumento *extraneus* no actúa dolosamente no ve inconveniente para la autoría mediata del *intraneus* (salvo que se trate de un delito de propia mano además de especial) [105 ss.], y cuando el instrumento *intraneus* no actúa dolosamente no es posible la autoría mediata en los delitos especiales propios, en tanto que sí lo es la autoría mediata del también existente delito común [111 ss., 125]²³⁵.

247

ROBLES PLANAS, partiendo de la idea en que tanto insiste (*vid.* también *infra* XIV 265), según la cual la participación no es participación en el hecho del sujeto que aparece como autor [220], del que dependería la responsabilidad del partícipe, sino que depende más bien de la propia intervención en un hecho objetivo típico y objetivamente antijurídico [221], premisa a la que asigna un valor trascendente en el fundamento de la accesoriedad de la participación (más bien su negación), extrae una serie de consecuencias entre las que destaca la referente a la problemática de los delitos especiales.— En efecto, ROBLES PLANAS, después de criticar la concepción de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, sobre los delitos consistentes en la infracción de un deber, por considerar que en esos delitos la infracción del deber positivo que según ellos fundamenta la responsabilidad (y que por cierto peca de ambigüedad, dada la dificultad de establecer deberes positivos de efectos penales tan relevantes), no sustituye sino que todo lo más se suma a la autoorganización [234] que también para ROBLES PLANAS fundamenta la responsabilidad penal, propone la sugestiva tesis según la cual la categoría realmente representativa de los delitos especiales no es la de los tradicionales delitos especiales impropios, ni siquiera la de los delitos de posición, sino la de los que él llama *delitos especiales de deber*, esto es, aquellos en los que, como el legislador español ha previsto en algunos casos, sólo se penaliza al funcionario que ha atentado contra la función, administrativa o judicial que ostenta, en tanto que castiga autónomamente al *extraneus* que ha participado en aquella conducta, al estilo del cohecho²³⁶, nombramientos ilegales, infidelidad en la custodia de documentos o tráfico de influencias del CP español [244]. Ello es así porque, según ROBLES PLANAS, aquí se muestra que autor sólo puede serlo quien desempeña incorrectamente la función, sin que tales delitos admitan la participación del *extraneus*, como evidenciaría su punición específica y

²³⁵ *Vid.* también, abundando en las tesis aquí defendidas, QUINTERO OLIVARES, PG³, 639 ss.; siguiéndole RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 260.

²³⁶ “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa de tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”: art. 419. “1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos. 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior”: art. 423.

autónoma (mas allá de las normas generales de participación).— Se resuelve, así, también el arduo problema del instrumento doloso no cualificado [245 s.]: El funcionario obligado a proteger secretos que induce a su secretaria a destruirlos, es autor del delito, en tanto que la secretaria queda impune.

De la tesis de ROBLES PLANAS puede decirse lo mismo que, en general, de JAKOBS y la tendencia normativista: que se sitúa en una perspectiva iluminadora que, sin embargo, no barre la naturalística anterior. Concretamente la tesis de ROBLES PLANAS sobre los auténticos y exclusivos delitos de deber incompatibles con la participación, nunca podrá generalizarse; es más, difícilmente podrán encontrarse ámbitos comisivos en los que sólo se tipifique la infracción de un deber, que excluya la punición del partícipe, por la sencilla razón de que, como ya dijo Armin KAUFMANN²³⁷, está superada la época en que la sociedad estaba organizada estamentalmente y basada en la *fides*. Detrás de los delitos de funcionario también hay siempre ataques directos o indirectos graves a bienes jurídicos de los ciudadanos, que harían peligrosa la admisión de la tesis de ROBLES PLANAS sobre el instrumento no cualificado, del estilo secretaria de autoridad que destruye documentos.— Pero sin duda es interesante y digna de seguirse discutiendo esta tesis de ROBLES PLANAS²³⁸.

248

21. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA TRADICIONAL

A la luz de lo anterior, resulta el siguiente cuadro sobre los intentos doctrinales de fundamentación de la responsabilidad del partícipe²³⁹: 1) La punición del partícipe no puede fundamentarse en la *culpabilidad del autor*, a cuya corrupción habría contribuido aquél, dado que la misma culpabilidad del autor no es fundamento de su punición, sino presupuesto de ésta, que se basa en la lesión del bien jurídico, es decir, fundamentalmente, y siempre, con independencia de que se exijan otros requisitos típicos, en la causación del resultado. 2) Por la misma razón, se excluye que el fundamento de punición del partícipe se base en haber

249

²³⁷ Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad (trad. de Joaquín CUELLO CONTRERAS), ADP, 1984, 12 s.

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, EPH-Cobo del Rosal, 908 s., que simpatiza con la tesis de ROBLES PLANAS, introduce una modificación según la cual no cabrá participación en los delitos especiales de infracción de deber, siempre que no contengan ningún elemento de delito de dominio, como el delito fiscal, lo que hace irreconocible la tesis, dado que tales delitos no existen.

²³⁹ *Vid.*, al respecto, SAMSON, SK, I⁵, antes del § 26, núm. marginal 4 ss. (a quien sigo ampliamente: JCC). *Vid.* también GÓMEZ RIVERO, Inducción, 42 ss.; OLMEDO CARDENETE, Inducción, 238 ss. (ampliamente), y en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 296 ss.; RUIZ ANTÓN, CPCr, 11, 1980, 50 ss.; BACIGALUPO, PG⁵, 377 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 397 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 755 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 737 s.; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 753 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 500 ss. (ampliamente); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 794 ss. (¡leer!); STRATENWERTH, PG, 346 ss.

contribuido al *comportamiento antijurídico del autor*, a su vulneración del ordenamiento jurídico, que todos estemos obligados a preservar en nombre de un bien jurídico constituido por la paz ciudadana que aquél persigue, dado que el partícipe hace “algo más” que contribuir a que se conmueva el ordenamiento jurídico por el delito del autor, contribuyendo al delito de una manera que, ya se ha visto, si el CP no contemplara, se produciría una laguna insoportable de la protección de los bienes jurídicos, que es su cometido genuino, entendiendo por tal la causación del resultado típico principalmente. 3) No tiene nada de extraño, por tanto, que las teorías sobre el fundamento de la punición del partícipe en los últimos tiempos, partan, todas (exclusión hecha de la normativa, que no se está imponiendo en Alemania), de la contribución que el partícipe hace a la lesión del bien jurídico a través de la causación del resultado. No obstante, por orden de matizaciones añadidas a la de la contribución a la causación del resultado, que exigen todas, se pueden clasificar del siguiente modo: a) *Teoría que fundamenta la participación en la causación del resultado lesivo del bien jurídico de la PE lesionado también por el autor*. Esta teoría, que parte del hecho, indiscutible, de que tanto el autor como el partícipe lesionan el bien jurídico mediante contribuciones causales al resultado, es, sin embargo, incompleta al reducir el fundamento de punición del partícipe a la mera causación del resultado, sobre todo en aquellos casos, como, p. ej., los delitos de funcionario, en los que la autoría requiere algo más que la causación del resultado, lo que lleva incluso a algún defensor, en principio, de esta teoría a negar la posibilidad de participación del *extraneus* en los delitos especiales propios. b) De ahí la *teoría modificada de la causación*, que requiere que la *causación del resultado por el partícipe* lo sea *a través del hecho del autor*, de manera que el partícipe que no puede lesionar el bien jurídico como autor, el *extraneus* en el delito especial propio, p. ej., sí pueda hacerlo a través de la contribución causal al resultado del autor que posee la cualidad requerida. Sin embargo, la teoría sigue sin resolver cuestiones dogmáticas planteadas en torno a la participación, como la de la impunidad del agente provocador, quien al fin y el cabo ha causado el hecho delictivo del autor al menos en grado de tentativa, o la del partícipe necesario, como el suicida que ha inducido al auxilio ejecutivo intentado, con lo que ha causado el delito de auxiliador ejecutivo, debido precisamente a conformarse con exigir que el partícipe cause a través del hecho del autor. c) De todo lo cual deriva la teoría que fundamenta el castigo de la participación en la *causación del resultado lesivo del bien jurídico a través del hecho antijurídico del autor, siempre y cuando, además, reúna en su persona elementos del tipo de la PE a aplicar que el legislador tenga a bien exigir en el partícipe*. De ahí que, partiendo de una consideración axiológica, más que fáctica y conceptual²⁴⁰, se entienda restrictivamente el tipo de la PE, referido sólo al autor, que la norma de

²⁴⁰ *Vid.*, en este sentido, SAMSON, SK, I⁵, antes del § 26, núm. marginal 15.

participación de la PG haría extensivo al partícipe siempre y cuando actúe sobre la base (accesoriedad) del comportamiento típico y antijurídico del autor que ya ha comenzado a ejecutar el hecho típico principal (tentativa), lo que introduce una conexión espacial y temporal entre la acción de participación y la acción típica que, aunque no puede evitar que por regla general la conducta de participación tenga lugar antes que la conducta del autor principal, reduce el círculo de las conductas punibles como participación en unos términos lo más compatibles posible con la exigencia de la tipicidad penal (principio de legalidad): *accesoriedad jurídica*. A la causalidad, así acotada, axiológicamente, debe añadirse la concurrencia en el mismo partícipe de aquellos elementos del tipo que el legislador exija. De ahí que no haya inconveniente en estimar la participación en el delito especial propio, ya que la cualidad del sujeto especialmente exigida sólo la establece el legislador respecto al autor (como asimismo ocurre con el dominio del hecho, requerido para la punición del autor pero no para la del partícipe) pero no respecto al partícipe; como asimismo, *a sensu contrario*, que no responda como partícipe, a pesar de que sí lo hará el autor principal, quien está excluido de toda posibilidad de responder pese a causar el resultado, cualesquiera que sean las razones que lleven al legislador a exigir un elemento del tipo que ese sujeto no reúne en su persona, como ocurre con quien participa en la apropiación de una cosa que le pertenece, aunque él lo ignore, o quien induce a la conducta, punible, de ejecutar el propio intento de suicidio.

Resumen y toma de posición: Esta última teoría, dominante, se explica mejor, y más directamente (el de accesoriedad de la participación, en su sentido más amplio, no es, pues, sólo ni preferentemente axiológico), con la tesis del dominio de la causalidad por el autor en los términos acotados y enriquecidos axiológicamente por la tipicidad. Ello quiere decir que si la doctrina dominante ve el fundamento de punición del partícipe en la lesión del bien jurídico a través del hecho (típico) antijurídico del autor²⁴¹ es porque quien causa directamente en el sentido requerido por el tipo de injusto correspondiente es el autor, y sin esa causación

²⁴¹ *Accesoriedad limitada:* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 29, 920 ss., 921; MIR PUIG, PG⁷, 398; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 705; QUINTERO OLIVARES, PG³, 627 s.; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 28, 303; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 505; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 757 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 409; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPARTERO, PG², 293 s.; RODRIGUEZ DEVEVA, PG¹⁶, 807; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 148; RODRÍGUEZ RAMOS, CG, 247; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 618; SÁINZ CANTERO, PG, III, 183, 186; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 284 ss. (ampliamente); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 509; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 455; WELZEL, PG, 135 ss. (¡leer!); JAKOBS, PG, 799; STRATENWERTH, PG, 349; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 29, 163 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 980 s.. De otro parecer: CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 414, siguiendo a FERRER SAMA; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 483 ss., que ven en la accesoriedad de la participación un caso de responsabilidad por el hecho (*vid. supra* XI 283, sobre el significado de este escalón de la teoría del delito en su concepción).

principal no cabe la participación, como tampoco sin contribución a la lesión del bien jurídico de su parte, mediante aportación causal en cualquier caso subordinada a la del autor, en el sentido requerido por el tipo (que ha querido acotar así la causalidad). Se explican, de esa manera, los casos difíciles: *a)* El provocado responde como autor porque causa el resultado típico con una aportación suya decisiva, mientras que el agente provocador, con independencia de su aportación (de inductor, cómplice o “falso” coautor), lo único que aporta a ese hecho, ¡el relevante!, es un dejar hacer; luego, por tanto, una aportación no esencial a la causación del resultado típico, de lo que no responde porque domina exclusivamente, evitándolo, el agotamiento del delito. *b)* El partícipe necesario que, ciertamente, realiza una aportación decisiva al hecho delictivo, hasta el punto de que sin su colaboración el hecho es impensable, no es, sin embargo, ni autor ni partícipe en el delito (como inductor o cómplice) porque ya el mismo tipo delictivo coloca al autor del delito en la posición que le obliga a no dañar al partícipe necesario ni con su voluntad, extendiendo (ampliando), pues, como ocurre en tantos delitos especiales, la responsabilidad del autor más allá del dominio de la causalidad, aunque incluyéndolo. *c)* Algo semejante ocurre con la inducción del suicida a la ayuda-ejecutiva de quien va a ser autor del delito de auxilio-ejecutivo al suicidio, ya que el auxiliador no sólo domina el hecho (causación de la muerte), sino que debe resistirse a la inducción del suicida. *d)* El inductor o cómplice en el hurto de cosa propia no responde porque la conducta típica de hurto requiere que al dominio de la causalidad característico de la autoría frente a la participación se añada que el apoderamiento sea de cosa ajena, no propia. Luego, por tanto, el de ajenidad de la cosa es un requisito de la autoría y la participación en el hurto añadido a la conducta principal a realizar por el autor de apoderamiento o ruptura de la posesión con ánimo de lucro. *e)* La participación del *extraneus* en el delito especial propio es posible porque el autor *intraneus*, además de dominar la causalidad (cosa que quizá comparta con el *extraneus*), si no es así no habría delito, presenta la característica de la autoría.— Luego, por tanto, las conclusiones a que llega la doctrina dominante no invalidan lo que venimos diciendo desde el principio: Que bastan la causalidad y el dolo *típicos* para resolver la participación, sólo enriquecida por la misma tipicidad, con requisitos adicionales del estilo de los que permiten extender, dentro de la autoría, la genuina, basada en el dominio de la causalidad, a otras formas modificadas y complementarias de autoría.

- 251** *En conclusión:* La delimitación entre autoría y participación, su razón de ser, es ontológica, con independencia de que después, con criterios axiológicos, *que en ningún caso alteran la fundamental distinción anterior, basada en el dominio de la causalidad*, el concepto de autor se amplíe con criterios axiológicos o funcionales, o se exija algún requisito adicional al dominio de la causalidad para determinar la autoría (y, en su caso, la participación).

22. NORMATIVIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

El intento reciente más sugestivo, junto al ya aludido en la autoría de JAKOBS (*vid. supra* XIV 23 ss.), de *normativizar* la teoría de la participación, es el de FRISCH (Comportamiento típico e imputación del resultado). El hecho de que FRISCH intente recortar la tipicidad, cuyo ámbito sería ilimitado de seguirse criterios naturalísticos, con criterios normativos de corte constitucional y fines de la pena que garanticen el máximo posible de libertad [84 ss.], explica que el de la participación sea campo abonado para que FRISCH plantee en términos restrictivos los actos en los que la aportación de alguien a que quien de forma autorresponsable va a aprovechar la aportación para cometer un delito constituyan, a su vez, intervención delictiva. Dicho de otra manera, lo que FRISCH plantea, en coherencia con la pretensión de su obra capital, acotar objetivamente las acciones prohibidas [106 ss.], es qué acciones objetivas son de intervención delictiva en relación con la conducta delictiva ajena. En este sentido, después de establecer los casos más claros de existencia de deber de garante por la conducta de otro, que, cuando existen, no ofrecen duda sobre la responsabilidad [300 ss.], plantea FRISCH los casos necesitados de fundamentación de la responsabilidad por la misma acción del interviniente en forma de ayuda característica de la complicidad y de la influencia propia de la inducción, con especial referencia a las llamadas acciones neutras [316 ss.], es decir, acciones caracterizadas porque fuera del contexto de la comisión de un crimen son toleradas, p. ej. trasladar a una persona en taxi a un lugar, vender un cuchillo, etc.— La tesis principal de FRISCH (en términos semejantes, por vía diversa, JAKOBS)²⁴², al respecto, es la de que cuando la acción, por muy neutra que sea, es respuesta a la petición de quien va a aprovecharse de ella para cometer un delito, esa acción es siempre de complicidad. En cambio, cuando sólo se trata de que la aportación, neutra de por sí, va a ser aprovechada para cometer un delito, cuestión a la que FRISCH dedica su mayor esfuerzo hermenéutico [328 ss.], y situado ante el dilema que este penalista quiere ayudar a resolver con su gran monografía, de constreñir lo menos posible la libertad de hacer, argumenta de una manera que como mejor puede ser ilustrada es a través del siguiente ejemplo: Sólo en los casos en que existe un deber de actuar determinado, del tipo deber de socorro, cuya infracción dé lugar a responsabilidad penal (lo que da cuenta de la gravedad de la situación), el sujeto ve constreñida su libertad de actuar de otra manera: el viandante que ha visto cómo unos terroristas colocan una bomba-lapa en un coche no puede indicarle sin más dónde se encuentra al dueño del mismo que ha olvidado dónde lo dejó y le pregunta. Además, si, no obstante, se lo indica, su responsabilidad no será a título de

252

²⁴² *Vid.* JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. de Manuel CANCIO MELIÁ), 1998, 92. *Vid.* al respecto, ROBLES PLANAS, *Participación en el delito*, 308 ss.

mera omisión del deber de socorro, sino de auténtica participación en el delito cometido por los terroristas. En los restantes casos, las acciones neutras no pueden constituir conductas delictivas de participación en el delito de otro. Por esta vía cree FRISCH haber procedido a la normativización (pues son criterios de tipo axiológico los decisivos), de la intervención en la conducta de otro.

253 A este sugestivo e influyente planteamiento hay que contraponerle lo siguiente: Más aún que en la autoría y la tentativa, es en la participación donde claramente se muestra que la necesidad indiscutible y fructífera de *normativizar* el derecho penal ha de contar por fuerza con determinadas estructuras del psiquismo humano. La solución a la que llega FRISCH a la hora de imputar responsabilidad por participación a través de acciones neutras es la formulación normativista, y un tanto atormentada, del fundamento de la accesoriedad de la participación desde la consideración naturalística.— Cuando FRISCH sustenta que la aportación dirigida directamente a facilitar el delito de alguien autorresponsable como autor constituye, quizá, el prototipo de la complicidad, está acotando en términos normativistas lo sustentado desde antaño con la concepción naturalística, o como en términos más sofisticados y conciliatorios con aquella concepción hemos denominado perspectiva del autor²⁴³.— A esta luz, incluso, la acción neutra que se convierte en complicidad por la seguridad de que aunque el sujeto no la proporcionó como acción de aportación a un delito de persona responsable constituirá una aportación de esa naturaleza, como la misma tesis de FRISCH sobre la inducción²⁴⁴, según la cual ésta requeriría un contacto directo (paradigmático: diálogo inductor-inducido a través del cual aquél convenza a éste del delito), no necesariamente articulado verbalmente²⁴⁵, sólo muestran que, mientras más clara y consciente sea la dirección del actuar de quienes participan en el hecho o los hechos delictivos, es decir, *el elemento subjetivo*, más claramente se articularán las formas de participación. Los casos más evidentes de participación delictiva que FRISCH quiere definir (y lo consigue) objetivamente, son aquellos en los que más claramente se constata el elemento subjetivo adecuado a la causalidad consciente²⁴⁶. Esto es muestra, la más

²⁴³ RECPC, 08-01 (2006), 2 ss.

²⁴⁴ Comportamiento típico e imputación del resultado, 359 ss.

²⁴⁵ Se trata en suma de hacer nacer en el inducido una resolución de signo inequívocamente delictivo, no bastando la creación de la situación propiciatoria indirecta más indiciaria pensable.

²⁴⁶ No se trata tanto de concebir la participación desde la perspectiva de qué actos que se realizan pueden ser utilizados por un tercero para cometer un delito (tesis de FRISCH), sino de concebirla, al modo tradicional, desde la perspectiva según la cual el ordenamiento jurídico prohíbe cooperar al hecho delictivo del tercero, que luego se acotaría con los criterios que propone FRISCH: qué acciones, pese a representar la cooperación a un hecho delictivo, deben quedar impunes por tratarse de unos actos permitidos e incluso fomentados por el ordenamiento jurídico. En cualquier caso, ambas perspectivas confluyen, y FRISCH sólo lo escamotea sustituyendo el conocimiento subjetivo por un móvil en el que el *finalismo* nunca pensó (*vid.* mi crítica a este posicionamiento de FRISCH *supra* VIII, 196 s.).

clara quizá, de la correlación perspectiva del ordenamiento jurídico / perspectiva del sujeto obligado.

Circunscrito a la complicidad, WEIGEND, RDPC, 2ª época, 10, 2002, 199 ss., para poner límites a las acciones neutras que pueden fundamentar complicidad (no todas, dado que su carácter delictivo no se manifiesta abiertamente) [199], y después de pasar revista a las soluciones propuestas en la materia [201 ss.], aporta la suya, basada no en la inofensividad extrema de la contribución sino en el sentido de la punibilidad de la complicidad, de favorecimiento del delito del autor [207], para lo cual estima que la delimitación ha de ser de carácter político-criminal, reduciéndose por tanto al favorecimiento *extraordinario*, no inocuo, del delito del autor, un criterio por tanto *cuantitativo*, no cualitativo, ejemplificándolo en supuestos difíciles como la *complicidad psíquica*, proporcionar un *substrato* en el que ejecutar el hecho o proporcionar *objetos* fácilmente asequibles [209 ss.], reconociendo que pueden constituir complicidad (p. ej., proporcionar agua para que el autor sacie la sed si en otro caso el autor habría desistido)

254

En su estudio sobre Los límites a la participación criminal, FEIJÓO SÁNCHEZ pretende armonizar la necesidad de prevenir la participación en el hecho delictivo de otro con la idea de que en derecho penal nadie puede ser hecho responsable de la conducta ajena [25]. Para ello, FEIJÓO SÁNCHEZ se propone: 1. Contextualizar la problemática de la participación criminal desde la idea de prohibición de regreso (del autor hacia atrás); 2) Establecer así límites normativos a la responsabilidad por participación que podría sí no extenderse demasiado [28]. En el primer punto, FEIJÓO SÁNCHEZ pasa revista a ensayos como los de WEHRLE, JAKOBS y FRISCH, que acuden a la prohibición de regreso para limitar la participación, llegando a la conclusión de que es válido el propósito de JAKOBS²⁴⁷, de exigir para extender la participación que el sujeto no pueda distanciarse de lo que hizo y fue aprovechado por el autor para cometer el delito. Cuando es ello posible, no hay participación. Cuando no lo es, hay participación por accesoriedad, si bien le da la razón a FRISCH cuando sostenía que la pretensión de JAKOBS es sólo la consecuencia de aplicar criterios materiales que permiten, en el plano normativo, valorar ese efecto de distanciamiento. Esos criterios materiales son los que han de permitir decidir que una actividad que no tiene un sentido delictivo único sino que se puede definir como habitual o inofensiva, cuando es utilizada por un tercero para un fin delictivo puede fundamentar un tipo de participación [31 ss., 61 s.]. En el segundo aspecto, procede FEIJÓO SÁNCHEZ, a proporcionar los siguientes criterios en el sentido buscado: a) El favorecimiento del delito anterior a la resolución delictiva del autor no puede conformarse con la creación de la situación en que otro posiblemente lo ejecutará o la sugestión para que tome la decisión, siendo necesaria una connivencia con el hecho posterior, no bastando acciones ambivalente [64 ss., 71]; b) El favorecimiento del delito posterior al comienzo de la ejecución determina el principio contrario: todo favorecimiento a partir de entonces da lugar a participación,

255

²⁴⁷ Vid. JAKOBS, PG, 842 ss.

siendo más difícil distanciarse del hecho del autor a medida que más cercana está la realización del mismo, sobre todo cuando la actividad del partícipe no es una a la que esté obligado o supone el ejercicio de una determinada actividad; con una excepción: cuando existen posiciones de garantía de control [73 ss.]. Con un añadido curioso: el límite vale sólo para el partícipe, no para el autor [90].

256 BLANCO CORDERO, Límites a la participación normativa, después de exponer los casos que plantean la cuestión acerca de cuándo acciones cotidianas toleradas que son usadas por otros para cometer delito pueden ser tenidas en cuenta, si es que pueden serlo, para fundamentar una responsabilidad por complicidad [2 ss.], procede a ubicarla en el ámbito de la imputación objetiva, con cuyos criterios propondrá resolverla [26 ss., 146 ss.]. A tal fin, y previo proceder a una excelente y exhaustiva exposición de la doctrina comparada emanada con ese propósito [29 ss.], utiliza criterios derivados de la doctrina de la imputación objetiva como los de adecuación y previsibilidad objetiva [150 ss.], criterio del hombre medio y conocimientos especiales del interviniente [159 ss.] al que dedica una especial atención [164 ss.], para, sin dejar de tenerlo en cuenta a la hora de solucionar el problema indicado, no conformarse con él, como pretenden HASSEMER o ROXIN [27 s., 166 s.], pues según BLANCO CORDERO, ello supondría subjetivizar el injusto; de ahí su énfasis en resolver el problema con los criterios generales de la imputación objetiva, dentro de la cual, a los criterios ya aludidos añade otros concretos y *ad hoc*, para la problemática de las acciones neutras de participación, como la proximidad temporal y material al hecho antijurídico del autor [168 ss.], cooperación manipulativa o clandestina del tipo aumento del suministro de material que se sabe va a provocar mayor contaminación ambiental [171 s.] o comunicación de información que se sabe va a ser utilizada para cometer un delito [174 ss.].

257 LANDA GOROSTIZA, Complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”, por su parte, después de exponer una amplia constelación de casos en los que aflora la problemática de los actos cotidianos utilizados por terceros para cometer delito y su posible fundamentación de una responsabilidad por complicidad [45, 49 ss.], con especial referencia a la participación en negocios de intercambio de bienes y servicios [58 ss.], procede a realizar una interesantísima clasificación de los esfuerzos doctrinales por ubicar tales actos, que agrupa en teorías subjetivas [71 ss.], teorías objetivas “puras” [82 ss.], teorías mixto-objetivas (que darían cabida a los conocimientos subjetivos del actor neutro para fundamentar su complicidad) [134 ss.] y teorías mixtas-subjetivas (ROXIN, OTTO) [171 ss.], teorías, estas últimas, con las que simpatiza y en las que abunda [217 ss., 234 ss.], por considerarlas las más equilibradas, ya que no caen en el subjetivismo puro (derecho penal del ánimo) ni en el puro objetivismo (al estilo de JAKOBS), y por hacer hincapié en el disvalor-acción que ha de estar presente en todo ilícito, estableciendo una especie de escala en la que, además de otros criterios decisivos, como el de la proximidad de la acción neutra a la ejecución del delito principal, mientras el conocimiento del actor neutral de que el autor principal actúa con dolo directo fundamenta la conversión en punible de su aportación “neutral”, el

conocimiento de que lo hará con dolo eventual no es suficiente (tesis de OTTO que LANDA GOROSTIZA descarta) o constituye un mero indicio (tesis de ROXIN, que LANDA GOROSTIZA comparte), si a la presencia del dolo del autor principal como indicio, se añade el requisito de la presencia de la fase ejecutiva o preparatoria anterior y la infracción o no de normas sectoriales dadas precisamente para evitar abusos (protocolos de actuación para evitar precisamente actividades delictivas), con previsión de responsabilidad en caso de dolo directo, e incluso en el caso del dolo eventual. LANDA GOROSTIZA pretende extraer todavía de este planteamiento sobre el problema representado por los actos neutros en materia de participación delictiva argumentos en favor de la tesis de TORÍO LÓPEZ, del peligro “posible” como fundamento de los delitos de peligro, y a favor de exigir un peligro en la tentativa que excluya la mera conmoción social si no son suficientemente peligrosos.

Por su parte, RUEDA MARTÍN, RP, 9, 202, después de exponer los criterios doctrinales para resolver los casos de actividades cotidianas y sus límites para fundamentar una responsabilidad por participación [125 ss.], sostiene que siendo la adecuación social mejor criterio de delimitación de cuestiones como éstas que el dominante de la imputación objetiva, y puesto que además la valoración de las actividades cotidianas ha de incluir también necesariamente los conocimientos subjetivos sobre la situación [130, 132, 133], una actividad de la que se sabe se va a hacer un uso delictivo deja de ser socialmente adecuada y puede fundamentar responsabilidad.— La argumentación de RUEDA MARTÍN desde la inescindibilidad del aspecto objetivo y el aspecto subjetivo de la actividad es afortunada; su argumentación desde la adecuación social, no, por tautológica.

258

Finalmente, ROBLES PLANAS, en Participación en el delito [275 ss.], que también se esfuerza en normativizar la participación, en la línea de JAKOBS, FRISCH y FEIJÓO SÁNCHEZ, y entroncando con su concepción sobre el fundamento de punibilidad del partícipe, que se va a empeñar en verlo constituido con total independencia del comportamiento del autor (*vid. infra* XIV 265), lo que le lleva a hablar de prohibición de retroceso, mejor que de regreso, para enfatizar que no se trata de recortar una participación inicialmente concebida en términos naturalísticos, sino de tenerla por inexistente salvo que se acredite normativamente [276], lo hace en el sentido de los autores antes mencionados entendiendo que para que haya participación es preciso que el sujeto haya planificado su actuar en función de la comisión de un delito por otro como autor [303 ss., 306]. Además, para salvar la insatisfacción de JAKOBS y FRISCH a la hora de delimitar cuándo las acciones neutras pueden fundamentar no obstante la participación, dudando JAKOBS de que todo esto se base en la mera idea de solidaridad y teniendo que reconocer FRISCH que al menos en algunos casos el comportamiento neutro puede convertirse de atípico en típico, por exigencias de protección del bien jurídico [310], cree ROBLES PLANAS solventar la cuestión sobre la base de simple expediente de distinguir entre que la actividad de colaboración sea la que directamente ejerce habitualmente el sujeto o no se trate exactamente de eso y sí de algo relacionado con su actividad; de esa manera cree asegurar el objetivismo perseguido

259

en toda esta materia: Así, el carnicero que tiene un cuchillo en sus manos y se lo entrega al asesino en presencia de la víctima a la que va a matar “a todas luces”, es una acción de participació; el ferretero que le vende al asesino en el mismo escenario el cuchillo, no [312]²⁴⁸.

260 Todos estos ensayos de normativizar la participación son válidos, persiguiendo recortar la responsabilidad penal. Ahora bien, ello es totalmente compatible con la consideración subjetiva, lo que permite explicar soluciones a la complicidad de normativistas nada sospechosos como JAKOBS o FRISCH. En el peor de los casos, la consideración naturalista sirve como poco para contrastar la decisiones normativas que se pretendan aportar. De ahí que sea censurable el afán desmesurado de algunos normativistas de prescindir por completo de la consideración naturalística, que es la propia del lenguaje común en que están redactadas (¡hasta ahora!) las normas penales (*vid. supra* XV 177).

23. ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

261 Accesoriedad de la participación significa, como consecuencia de todo lo anterior, que el fundamento de la participación estriba en que el dominio de la causalidad por el partícipe (de ahí la autonomía de su comportamiento) es el dominio de un acto cuyo objetivo final es la lesión del bien jurídico a través del comportamiento de otro (autor) también basado en el dominio de la causalidad que esta vez sí lesionará directamente el bien jurídico (por eso el autor domina siempre el último eslabón de la cadena causal) a cuya realización contribuye conscientemente (finalmente) (*vid. supra* XIV 8). En este sentido, y *sólo en este sentido*, el de accesoriadad de la participación es un *concepto ontológico irrenunciable*, respetado el cual todos los problemas que suscite pueden resolverse con criterios axiológicos o de política criminal. Al igual que ocurre con el *iter criminis*, en el que hay que tener en cuenta que, definido el delito de resultado como conducta lesiva del bien jurídico, ello va a enfrentar necesariamente al problema ontológico de que toda causación de un resultado mediante un comportamiento tiene un antes, un comienzo de realización, un desarrollo de ésta y una causación del resultado, que en ningún caso impide acotar normativamente (determinación, p. ej., de cuándo comienza la realización del tipo delictivo o tentativa) los aspectos jurídicamente relevantes de la misma, siempre que se tenga en cuenta el *plan del autor*²⁴⁹; de la misma forma, por mucho que se resuelvan normativamente aspectos de la responsabilidad penal del partícipe, lo que se diga de él pasa por aceptar que es alguien cuyo comportamiento no puede considerarse sin tener en

²⁴⁸ A favor de que las acciones neutras puedan constituir participación: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵. Sobre este difícil y novedoso problema *vid.* también STRATENWERTH, PG, 359 s.

²⁴⁹ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, LH-Cerezo Mir, 625 s.

cuenta el comportamiento final o consciente de un tercero al que toma como referente del suyo, final o consciente también²⁵⁰.

BOLDOVA PASAMAR²⁵¹ ha hecho un estudio excelente en el que, partiendo de la regulación española, fundamentalmente el art. 60 de la r. a. al CP de 1995 (aplicación al partícipe de las circunstancias materiales y personales), defiende tenazmente un concepto mínimo de la accesoriedad, circunscrito al tipo, como categoría segregable de la antijuricidad, que comparto plenamente, y que formula en términos jurídicos (tipicidad) lo que defiende en términos ontológicos, que le sirve, lo que también comparto (*vid. supra* X, 66), para posibilitar la consideración separada de la justificación de la acción del partícipe cuando quizá la del autor no lo está.

262

24. OTRAS FORMAS DE FUNDAMENTAR LA ACCESORIEDAD (INCLUIDA SU NEGACIÓN) DE LA PARTICIPACIÓN

1. PEÑARANDA RAMOS²⁵², que ha hecho un estudio impresionante de derecho español y comparado históricos desde los comentaristas y prácticos italianos de los siglos XIII a XVI a la actualidad [31 ss., 106 ss., 150 ss.], con consideración especialmente detallada sobre las concepciones actuales acerca de la accesoriedad de la participación conforme a las distintas concepciones de la autoría [237 ss.] y especial referencia al concepto unitario de autor [259 ss.], concibe la accesoriedad recreándose en el aspecto cualitativo de la cuestión (la participación exige un hecho principal, realizado por otro como autor), poniendo énfasis, en la línea de SAMSON, en que si, con el concepto unitario de autor, no se distingue entre autor y partícipe, no se concreta suficientemente el ámbito de lo punible [327]. Se explica así que si la interpretación estricta del tipo contempla a la autoría, la existencia de normas de punición de la participación supone un factor de limitación de la responsabilidad [336]. Frente a la accesoriedad cualitativa, la accesoriedad cuantitativa (el hecho principal del autor en que se participa ha debido comenzar a realizarse), ocupa un papel secundario, como evidencia el hecho de que también ha de ocurrir así en la doctrina de la autoría única y el que los códigos penales contemplen actos preparatorios de la participación [327,328].— Para fundamentar su tesis principal sobre la accesoriedad de la participación, PEÑARANDA RAMOS demuestra que, en contra del parecer de una opinión muy extendida, no sólo en los delitos especiales sino también en los delitos comunes el partícipe lesiona el bien jurídico a través de la conducta principal del autor, lo que ocurre es que, a la ligera, se confunde el contenido con el fundamento de la imputación en los delitos comunes, siendo así que ni la imputación al partícipe se basa en la

263

²⁵⁰ En este sentido, de forma particularmente clara ya: MAURCH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 411, 412; STRATENWERTH, PG. Sobre las consecuencias que de aquí se derivan para el peculiar problema de la participación en el delito imprudente, *vid. infra* XV 161 ss.

²⁵¹ BOLDOVA PASAMAR, Comunicabilidad de las circunstancias y participación delictiva, 144 ss., 173, 175.

²⁵² PEÑARANDA RAMOS, Participación en el delito y principio de accesoriedad.

mera causación del resultado ni cabe el experimento de que parte JAKOBS, según el cual mientras que en el delito común la sustitución del autor por un objeto de la naturaleza se limita a elevar la participación a autoría, en el delito especial decaería el tipo [325].— De ahí que deba llegarse a la conclusión de que el partícipe responde de su propio injusto, luego no es uno derivado del del autor, si bien este injusto propio se basa en una relación con “el injusto de otro”; y que el fundamento de la punición del partícipe incluye (además de lo que hace) algo (el delito en que participa) “que por sí sólo no podría cometer” [336]. Esta configuración de la accesoriedad, de caracterización de la participación en relación con otros sujetos también intervinientes en el delito, no se diferencia de la intervención de varios en un delito conforme a la concepción unitaria sino por el hecho de que mientras en ésta caben todas las combinaciones de las respectivas intervenciones, en las participación dentro de la teoría restringida de la autoría que practican la mayoría de los códigos penales se exige “más bien que el hecho tenga que estar cualificado como delito en la persona del autor (o los coautores) para que se pueda hacer responder del mismo a inductores y cómplices”. En este sentido habla PEÑARANDA RAMOS de la accesoriedad como “factor limitativo de la responsabilidad”.

264 El planteamiento de PEÑARANDA RAMOS es muy esclarecedor; además de confirmar la relatividad, como ya demostró magistralmente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO²⁵³, de abordar la problemática de la autoría desde el concepto unitario o restrictivo de autor que después se corregiría en aras de los fines regulativos, que PEÑARANDA RAMOS resuelve con SAMSON en los términos del concepto restrictivo de autor: la norma de la participación como “factor restrictivo de la responsabilidad”. Ello, a su vez, lo que muestra muy bien es lo que no resulta relativizable: que el dolo y la acción sí constituyen elementos decisivos con los que proceder a la categorización diferencial pretendida, tesis fundamental de nuestra obra.

265 2. Para fundamentar la punición del partícipe, arranca ROBLES PLANAS (Participación en el delito) de la premisa según la cual los tipos sólo contemplan conductas de autoría, lo que obliga a concebir la accesoriedad de la participación en el sentido de que, siendo en sí misma atípica, y no exteriorizando nada típico, ha puesto una razón, algo idóneo a la comisión del delito, que permite trasladar la “tipicidad propia del hecho penalmente relevante a la conducta de participación”. De esta manera, el injusto del autor se puede entender como propio del partícipe que da lugar a una relación de sentido conjunto [179 s.].— Para precisar la conducta típica de intervención, ROBLES PLANAS distingue entre hecho típico y conducta típica, de manera que el hecho típico consiste en la unidad de sentido social separable de las concretas aportaciones que han podido hacer diversos intervinientes (respecto al hecho objetivamente típico de todos ellos) [217 s.], lo que le permite hablar, como MIR PUIG, de un doble nivel de imputación (no sólo para las formas de la autoría elaboradas por MIR PUIG: *vid. supra* XIV 27 sino incluyendo también las formas de participación). En uno, pri-

²⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 47 ss., 200.

mero, se dilucida el nivel de riesgo que el interviniente ha debido crear para ser penalmente relevante. En el otro, segundo nivel, se procede a valorar si la aportación de cada interviniente es de autoría o participación [219].— Para proceder a la imputación en el segundo nivel, prescindiendo por completo del dominio del hecho, y distinguir diversas formas de intervención, atiende ROBLES PLANAS a los siguientes criterios [270 ss.]. 1) *La realización directa del tipo*. Quien realiza el último paso de la tentativa es por lo general autor; pero eso no excluye la intervención hasta el instante antes de la tentativa ni la realización del último acto de tentativa por un partícipe. También la coautoría es una forma de realización directa del tipo. 2) *La definición del hecho*, el más difícil de establecer, respecto al que hay que distinguir entre coautoría, cooperación necesaria, inducción y complicidad. Quienes definen directamente el delito (sin intervención de otro) son autores (coautores). Si lo hace sólo indirectamente hay que distinguir en los planos horizontal y vertical. En el primero, plano horizontal, la definición de quién ejecutará el hecho, quién será la víctima, cuáles los medios comisivos y cuál la magnitud de la lesión del bien jurídico, serán criterios decisivos y quien los define todos, desde luego autor (coautor si son varios). En el segundo, plano vertical, hay que distinguir entre coautoría vertical e inducción. El primer caso es el que otros autores llaman autor detrás del autor (no el autor mediato que además de definir el delito decide la producción del mismo), siendo preferible su terminología porque no hay dos hechos, sino uno sólo, por el que responden los dos en calidad de coautores. La inducción, por su parte, a distinguir de la cooperación necesaria (o no), dado que ambas tienen en común el ser formas de intervenir en el delito a través de otro y pueden ser de naturaleza psíquica o comunicativa, se explica preferentemente en el plano vertical, mientras que la cooperación se basa en el horizontal. El inductor crea la necesidad del delito, lo que además de en la cooperación necesaria tampoco existe en la complicidad. 3) *La decisión de la producción del delito*, donde la dificultad está en distinguir entre autoría mediata e inducción, de manera que mientras que el autor mediato usurpa a la persona de delante la decisión de producir el delito, no ocurre lo propio con el inductor.

Del planteamiento de ROBLES PLANAS en este punto debe decirse además de lo que ya se dijo del pensamiento de MIR PUIG, a quien sigue, en materia de autoría: que la división en dos escalones de la imputación a título de autor (uno primero reducido prácticamente a la causalidad y al dolo [riesgo en el caso de ROBLES PLANAS], separado de la causalidad y sin función delimitativa alguna²⁵⁴, y otro, decisivo, en el que se resuelve lo que la doctrina tradicional resuelve sin tanto circunloquio como que la coautoría y la autoría mediata son autoría) es innecesaria, lo insuficiente que resulta intentar resolver la participación con criterios puramente normativos, sobre una base indiferenciada y limitada a la aportación de algo relevante para el resultado, que se es autor o mero partícipe en función de la realización directa (o no) del tipo, aunque a la postre no sea decisivo actuar el último, la definición del hecho, que o bien se resuelve

266

²⁵⁴ Lo que he llamado en alguna ocasión “posición errática del dolo” en la doctrina de la imputación objetiva.

en la trivialidad de que quien o quienes deciden todo son autores (o coautores) o bien resulta tan artificial e innecesario, además de perturbador, como llamar coautoría vertical a lo que es simple autoría, autoría separada, autor junto al autor, o como quiera llamarse, que sólo sirve para oscurecer la coautoría, o la decisión de la producción del delito, que o bien ha de resolverse con la doctrina del dominio del hecho, de ROXIN, o bien está abocada a recaer en al antigua teoría subjetiva.— Y es que, en definitiva, si algo ha supuesto la teoría de la participación en la historia de la teoría jurídica del delito ha sido la acotación de una materia en la que las extralimitaciones pueden ser muy fáciles. Probablemente quepa hacer mucho para llenar de contenido normativo los huecos dejados por las grandes acotaciones del dominio del hecho. El error estaría en prescindir de la teoría y de su mínimo contenido naturalístico, en intentar concebir un cuerpo sin su correspondiente estructura ósea.

267 3. GÓMEZ RIVERO (Inducción), la primera monografista de la inducción en España, que parte del fundamento de la accesoriedad de la participación, incluida la inducción, en la teoría del ataque accesorio al bien jurídico de ROXIN [53 ss.], reforzada con argumentos de derecho positivo español [55 s.], considera que tal fundamentación es necesaria [65 ss.], pero insuficiente para dar cuenta de la punición del inductor, para la que en su opinión, siguiendo a HERZBERG, hace falta además que la aportación al ataque al bien jurídico a través del autor llevado a cabo por el inductor suponga un incremento del riesgo de que devenga la lesión [30 ss., 71 ss.], propugnando al efecto una serie de criterios objetivos muy acertados [80 ss.].

268 Por su parte, LÓPEZ PEREGRÍN (Complicidad), la primera autora en tratar exhaustivamente la complicidad en España, después de contrastar los sistemas unitarios y de accesoriedad limitada, respecto a los que relativiza la cuestión conceptual que se quiere resolver con ellos: los sistemas unitarios acaban distinguiendo las diferentes formas de tomar parte en el hecho y los de la accesoriedad limitada no se basan en una estructura ontológica rígida, toma partido por este último, el sistema de accesoriedad limitada, admitiendo la posibilidad de saltárselo si razones político-criminales lo aconsejaran; adoptándolo, además, en la concepción que le han dado autores como ROXIN: de ataque accesorio al bien jurídico por parte del partícipe [29 ss., 108 ss., 113 ss., 151 ss., 159 ss.].— Fundamentada así la participación, fundamenta dentro de ella la complicidad LÓPEZ PEREGRÍN, en la línea de ROXIN y SAMSON, de exigir causalidad del cómplice a través de una acción que haya supuesto un facilitar, acelerar o asegurar (no en cambio el posibilitar que en el derecho español constituye cooperación necesaria: siguiendo a RUIZ ANTÓN) la producción del resultado por el autor, lo que constituiría la aportación propia del cómplice al hecho, y que LÓPEZ PEREGRÍN concreta con criterios basados en la teoría de la imputación objetiva, según los cuales la acción del cómplice ha debido suponer un incremento del riesgo de que sobrevenga el resultado causado por el autor, siendo ese riesgo el que se haya concretado en el resultado [165 ss., 225 ss., 227 ss.,].— Es digno de destacarse que LÓPEZ PEREGRÍN cree posible establecer *ex ante* y de manera objetiva, prescindiendo de los conocimientos del cómplice, qué aportación es peligrosa y cuál no, excluyéndose la

imputación ya en el primer escalón de imputación objetiva [236 ss., 238]. De esta manera, cree posible descartar la complicidad consistente en llevarle al ladrón una escalera de poco peso o el después muy discutido supuesto de las acciones cotidianas, excluidas de responsabilidad aun en el caso de que el sujeto sepa que su acción va a ser utilizada para cometer un delito [239 ss., 253 ss., 270 ss.]; con conclusiones críticas sobre el fundamento de ROXIN y SAMSON, que parecieran sentirse obligados a una consideración *ex post* a la hora de descartar el incremento de riesgo [242 s.].

Tal como se anticipaba al exponer la concepción normativa de la participación de FRISCH, es impensable la participación sin referencia al hecho principal, inclusión hecha de su aspecto subjetivo, tanto el que caracteriza o acompaña al hecho principal del autor como el que hace lo propio con el accesorio del partícipe. Antes o después, como ocurre en el pensamiento de FRISCH, el elemento subjetivo acaba aflorando y obligando a auténticos malabarismos, caso de FRISCH, para escamotear esa realidad.— Sintomático de lo que decimos es también el hecho de que los propios JAKOBS y FRISCH, los artífices genuinos de la actual normativización de la materia, se vean obligados a reintroducir en la esfera de la responsabilidad las acciones neutras de las que se sabe con certeza que van a ser utilizadas para cometer un delito. Una prueba más de la inevitabilidad del elemento subjetivo.— Ello, por lo demás, no constituye ningún obstáculo para introducir en la teoría (de estructura mínimamente ontológica) de la participación restricciones en el ámbito de la responsabilidad del partícipe basadas en la relevancia del riesgo creado, como pretenden GÓMEZ RIVERO y LÓPEZ PEREGRÍN en materia de inducción y complicidad respectivamente. Sólo que como ROXIN y SAMSON, con su agudeza, se dan cuenta (aunque el primero no extraiga consecuencias para la teoría de la imputación objetiva que patrocina), del papel decisivo del dolo en toda imputación: qué aportación al hecho sea relevante lo proporcionan los conocimientos subjetivos del partícipe sobre lo que se propone hacer el autor. Sólo el sujeto que sabe lo importante que será una escalera para el hecho principal que se propone cometer el autor puede aportarla a título de complicidad (complicidad en la tentativa); sólo *ex post* podrá saberse si efectivamente la escalera jugó un papel decisivo o suficientemente importante para imputar a título de complicidad consumada (= causación del resultado).

4. En ilícito propio de actuar en hecho ajeno, SANCINETTI se ha propuesto prescindir por completo de la accesoriedad de la participación respecto al hecho principal ajeno tanto en el aspecto externo (= comienzo de ejecución del hecho principal) como en el interno (= exigencia de comportamiento principal típico y antijurídico) [60]. Para ello, y para fundamentar la no dependencia interna del injusto de partícipe del injusto de autor, acude SANCINETTI a los argumentos de JAKOBS, que también defiende la no accesoriedad interna sobre todo con el argumento de que el comportamiento del autor principal puede estar justificado, no estándolo el del partícipe (a través del ejemplo de quien le alcanza a quien está siendo atacado injustamente un cuchillo en lugar de un palo con el que también habría evitado el ataque) [61 ss., 65 s.]. En cambio, para fundamentar la no accesoriedad externa, en contra de JAKOBS, que sí la exige (junto a una doctrina

mayoritaria), sostiene que la norma de la participación debe dirigirse también a quien aporta algo al que todavía no ha comenzado a actuar, pero que, puesto que esa aportación está muy lejos aún de la lesión del derecho, que será la del autor, con lo que la aportación del partícipe en el momento de realizarse puede no haber determinado todavía que el hecho haya salido de sus manos, propone situar el comienzo de la participación en un momento anterior a la acción principal, pero no muy alejado de ella, no valiendo el argumento de JAKOBS de exigir accesoriedad externa para evitar que los momentos de comienzo de la tentativa dependan de cada uno de los intervinientes individualmente considerados (con consecuencias para el desistimiento: el partícipe que ya hizo su aportación y creyó que el hecho salió de sus manos, puede recuperar después la capacidad de evitar el resultado), lo que pecaría de naturalismo, que justamente es de eso de lo que peca, pues normativamente [67 ss., 77 ss.] lo único importante, pero entonces ya suficiente, es lo “ya no más dominable”.

271 Sin necesidad de volver a repetir los argumentos que cabe esgrimir contra la tesis de JAKOBS negando la accesoriedad cualitativa: quien alcanza un cuchillo pudiendo alcanzar un palo, es autor mediato del homicidio de la víctima a pesar, y por eso, de que el instrumento actúa al amparo de la legítima defensa, y no alguien que deba ser punido aunque participe en un hecho típico no antijurídico, sin que pierda virtualidad el principio según el cual la participación requiere un hecho principal típico y antijurídico, porque de participación sólo cabe hablar respecto a la acción que domina el sujeto llamado a ampararse en una causa de justificación. Sin necesidad, como decimos, de rebatir la tesis negadora de la accesoriedad cualitativa, la nueva tesis negadora de la accesoriedad cuantitativa de SANCINETTI puede rebatirse apelando al propio fundamento de tal accesoriedad, que reconociendo, como SANCINETTI esgrime, que por regla general la aportación del partícipe se producirá antes de que el autor comience a actuar, la seguridad jurídica aconseja circunscribir todo lo relacionado con el hecho delictivo a su comienzo. Una anticipación como la pretendida por SANCINETTI, ciertamente posible, como prueba la existencia de los actos preparatorios de la participación, ni es necesaria ni se aprovecha del “reajuste” que la ejecución del delito supone —definiéndolo mejor— de lo anteriormente acaecido; además de los contundentes argumentos de JAKOBS sobre la restricción de las posibilidades de desistir que ello comportaría.

272 5. MARAVER GÓMEZ, H-Rodríguez Mourullo, 630, 631 ss., quiere aplicar criterios de imputación objetiva en la fundamentación de la participación que sean compatibles con el principio de accesoriedad. Para ello, valiéndose de los principios propios de la imputación objetiva, de autorresponsabilidad y prohibición de regreso, define la coautoría y la autoría mediata conforme al principio de autorresponsabilidad, con lo que se reafirma el principio como fundamento de la autoría, y utiliza el principio de prohibición de regreso para fundamentar la participación, su accesoriedad, en el principio de autorresponsabilidad referida al hecho de que del propio ámbito no surja el riesgo de que un tercero, autor, lesione el bien jurídico en su propio ámbito de autorresponsabilidad. Por lo demás, tanto la autoría como la participación se fundamentan en el mismo deber de garante por organización, de que del propio ámbito no surjan

riesgos, siendo directo el riesgo del que responde el autor, e indirecto el del partícipe (referido al creado por el autor). Con consecuencias: es posible participación sin autor (participación en la conducta de un autor que obra con error del tipo invencible).— Este posicionamiento doctrinal evidencia los dos tópicos principales de la tendencia normativista en teoría de la participación. En primer lugar, evidencia el hecho trivial de que el delito se puede entender siempre como comportamiento (tesis naturalística) o como infracción de un deber (tesis normativista). En segundo lugar, evidencia que la participación, como forma de comportamiento delictivo, aunque se puede definir también como infracción de deber (de evitar riesgos), incorpora el elemento adicional de la accesoriedad, o referencia al comportamiento del autor, punto en el que ya se hace difícil caracterizar su contenido de injusto prescindiendo del conocimiento de ambos (el denostado elemento subjetivo de la consideración naturalística), que hace difícil también pensar otra forma de “participar” en el comportamiento de quien sufre un error inevitable sobre el tipo que no sea la autoría mediata.

25. EL TIPO DE PARTICIPACIÓN

Si la participación es causación del resultado a través del comportamiento antijurídico del autor, a su tipo objetivo y subjetivo pertenecerán circunstancias referidas tanto al comportamiento del partícipe como al del autor principal. **273**

A. Tipo objetivo

1. Al tipo objetivo de participación pertenece, en primer lugar, la realización (al menos su comienzo: tentativa) del tipo objetivo del delito correspondiente por parte del autor. La participación, por lo demás, está consumada sólo cuando el autor principal también ha consumado el delito. La participación en el delito intentado y no consumado constituye participación en la tentativa, y, en la medida en que el delito intentado se castiga con pena inferior a la del delito consumado (art. 62) y la pena de participación, concretamente la del cómplice (no, en cambio, la de la inducción) es inferior a la del autor (art. 63), aquél experimenta una doble atenuación. De la participación en la tentativa debe distinguirse la tentativa de participación (conspiración, proposición: art. 17)²⁵⁵, en la que se castigan comportamientos preparatorios de la participación, que lo son porque si el delito principal no se ha comenzado a ejecutar (tentativa) no cabe hablar de participación (accesoriedad de la participación). Estos actos constituyen una ampliación de lo punible a la zona previa al comienzo de ejecución. **274**

2. El autor ha debido realizar con su comportamiento el tipo subjetivo del delito correspondiente. La participación, ésta es otra consecuencia directamente **275**

²⁵⁵ *Vid.*, atinadamente, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 570 s.

derivada del dogma de la accesoriedad, sólo es posible en un comportamiento principal doloso. Por eso cabe participación en el delito imprudente si se le reconoce un elemento subjetivo (*vid. infra* XV 161 ss.). No se trata ahora de que el partícipe se represente que el autor principal actúa con el dolo exigido por el tipo en el que se participa (*vid. infra* XIV 279), sino de que, *objetivamente*, el comportamiento del autor principal ha de ser doloso. No basta, por tanto, la creencia errónea por parte del partícipe de esa circunstancia; si ocurre así, su conducta sólo será de tentativa de participación.

- 276** 3. El hecho principal ha de ser *antijurídico*. No cabe participación (punible) en un comportamiento principal amparado por una causa de justificación.
- 277** 4. El autor del hecho principal antijurídico no ha debido actuar necesariamente de forma *culpable*. Cuando actuó sin culpabilidad, frecuentemente, no siempre (*vid. supra* XIV 111), estaremos ante una autoría mediata.
- 278** 5. Al tipo objetivo de participación pertenece también la que es propiamente la acción de participar. Estas acciones son las de inducción, o causación del resultado a través del hacer surgir en el autor principal la voluntad de cometer el delito, y la de complicidad, o causación del resultado a través de la ayuda al autor principal para la consecución de su propósito, que como tales, y en sus problemas específicos, serán tratadas en los siguientes apartados.

B. Tipo subjetivo

- 279** 1. Al tipo subjetivo de la participación pertenece principalmente el dolo o representación subjetiva de los elementos del tipo objetivo²⁵⁶. No se trata de un tipo subjetivo duplicado²⁵⁷, que alcance a la voluntad de participar y a la voluntad de lo realizado por el autor, de tal manera que si falte alguno de ellos el comportamiento sería atípico, por incongruencia entre el tipo subjetivo y el objetivo. El partícipe debe querer la causación del resultado en los términos ya vistos. La incongruencia que pueda haber entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo dará lugar, en su caso, a una participación intentada o una tentativa de participación, con los efectos que ya se le asignaron.
- 280** Acerca de la sobre- o subestimación de la responsabilidad de la persona (autor) sobre la que influye el partícipe y sus efectos, *vid.* las atinadas consideraciones de

²⁵⁶ *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 233.

²⁵⁷ Escéptico también sobre la doble dirección del dolo en la inducción, debido a que él no cree en la concepción causal de la inducción y sí sólo en la motivacional, OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 653 s., y a que como dice con razón hablar de doble dirección del dolo de inducción es reiterativo [702]. Se refiere al doble dolo del partícipe: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 946, com. art. 29, 967.

JAKOBS, PG, 837 ss., apelando a la “tradición experimental” (¡leer!). *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 374 ss.

2. Más importancia tiene respecto al dolo el problema del agente provocador. **281**
El agente provocador, cuya muestra reciente más representativa la constituye la práctica policial consistente, sobre todo, en la infiltración en las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas para descubrirlas desde dentro, interviniendo incluso en la comisión de delitos cuyo descubrimiento tras la consumación permite recuperar el alijo de la mercancía y la desarticulación de la banda, no interesa ahora en sus aspectos constitucional y procesal, por su más que dudosa legalidad, sino en su aspecto puramente penal de que, al fin y al cabo, el agente provocador quiere que tenga lugar y participa en el delito comenzado a ejecutar, faltándole el dolo de la consumación; otras veces, aunque el autor ha consumado el delito, mediante interpretación teleológica del precepto, exigencias de extender la intencionalidad y posibilidades de desistir más allá de la consumación formal (agotamiento) (SAMSON, SK, I^o, antes del com. § 26, núm. marginal 38 ss., ampliamente), se puede explicar la impunidad del agente provocador²⁵⁸.

RUIZ ANTÓN, Agente provocador, ha realizado un estudio minuciosísimo de esta figura. Después de acotar un concepto de agente provocador, extraído de la doctrina que se ha ocupado del tema desde antaño [21 ss.], la vía metodológica que va a utilizar para desarrollar su propia concepción ha sido la de pasar revista a todas las formas de participar en el delito: empezando por los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación [63 ss.], y siguiendo por las formas de la autoría [101 ss.], para terminar con las formas de participación [185 ss.], inclusión hecha de un último capítulo, esencial, referido a la tentativa inidónea y el agente provocador [321 ss.] que, aparte de su interés intrínseco, es relevante para toda la problemática del agente provocador precisamente porque RUIZ ANTÓN excluye la punición del agente provocador en todas las formas participativas que analiza en base a su concepción del injusto objetivo-formal, según la cual sin peligro *ex post* para el bien jurídico no hay **282**

²⁵⁸ *Vid.* también GÓMEZ RIVERO, Inducción, 455 ss., con especial alusión a riesgos que el agente provocador no logra anular y de los que por tanto responde [469 s.]. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 406 s. Sobre la problemática del agente provocador y la necesidad de legislar en este ámbito, *vid.* también OLMEDO CARDENETE, Inducción, 724 ss. *Vid.* también en contra de la punibilidad del agente provocador en caso de inducción CEREZO MIR, PG, III, 242 ss.; insistiendo también en el agotamiento: BACIGALUPO, PG⁵, 385; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 510 s.; PÉREZ MANZANO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 764; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 411; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 295; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 247 s., sitúa al agente provocador en la órbita del delito imposible; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, 855 (en la misma dirección); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 537 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 473 s.: delito imposible; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 443, ampliamente, y restringiendo coherentemente la impunidad del agente provocador (¡leer!); STRATENWERTH, PG, 357; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 830, con reservas frente a la figura debido a que no deja de entrañar un peligro para los bienes jurídicos.

ilícito.— El estudio de RUIZ ANTÓN, esencial para el desarrollo de una teoría del injusto, es sin embargo desafortunado para la problemática del agente provocador, pues su impunidad puede defenderse también aunque no se comparta la teoría objetivo-formal del injusto y la impunidad de la tentativa inidónea²⁵⁹.

283 En su excelente Agente provocador, en la estela de la tradición iniciada por RUIZ ANTÓN, MUÑOZ SÁNCHEZ concibe al agente provocador como alguien que, 1, induce a otro para que, 2, cometa un delito que no llegará a consumarse porque aquél, 3, interpondrá las medidas necesarias que lo impidan [39, 43]. Como consecuencia del concepto, la impunidad del agente provocador no provendrá de que no haya habido delito por parte del provocado ni inducción por parte del provocador (tesis de RUIZ ANTÓN), sino de que habiendo habido ambas cosas el agente provocador ha tomado medidas para neutralizar la consumación material [67]; de ahí que si en contra de su voluntad pero p. ej. por su negligencia no ha evitado la consumación, el agente provocador podrá responder como autor accesorio de un delito imprudente [69]. Y de ahí, a mayor abundamiento, cabrá la posibilidad de su responsabilidad por el delito de consumación anticipada o peligro abstracto, salvo que aquélla se excluya por alguna de las causas que eximen de responsabilidad en derecho penal [73 ss.]. A tal efecto, MUÑOZ SÁNCHEZ comprueba que en algunos casos el consentimiento del titular del bien jurídico excluye la tipicidad de la conducta del agente provocador, pero no el estado de necesidad o la legítima defensa estatal [107 s.]. Por lo que se refiere a la punibilidad del provocado, MUÑOZ SÁNCHEZ critica, siguiendo a RUIZ ANTÓN, la doctrina del TS, que distingue entre delito provocado y provocación policial para descubrir delitos [118 ss.], de las que sólo el delito provocado da lugar a responsabilidad por tentativa del sujeto provocado [128]. MUÑOZ SÁNCHEZ aprovecha la oportunidad para realizar una exposición de la teoría alemana que ha llevado a la impunidad del delito provocado en aplicación de la doctrina procesal de la prueba ilícita, lo que el autor descarta para España [154 s.], mostrándose partidario de resolver el problema dogmáticamente, por la vía de la tentativa, descartando incluso que razones de política-criminal desaconsejen su punición [156 s.], y propugnando también que se regule en el ámbito policial la autorización a provocar el delito [172].

284 3. Otra manifestación del dolo del partícipe la constituyen los problemas de *exceso*, es decir, los casos donde el autor realiza una conducta más grave que la que el partícipe se representó iba a realizar²⁶⁰. Si el inductor ha inducido a un hurto, pero el autor ha cometido un robo, o ha inducido a un homicidio, pero ha cometido un asesinato, el exceso del autor no es imputable al partícipe. El pri-

²⁵⁹ Vid. también RUIZ ANTÓN, ADP, 1982, 119 ss., donde abunda en el tratamiento de la figura por parte del TS español, con profundas consideraciones críticas; CDJ, XXXIX, 1994, 336 ss., donde procede a una revisión del tratamiento jurisprudencial y de los conceptos relacionados con la figura del agente provocador doce años después de publicar su gran monografía.

²⁶⁰ Vid. también STRATENWERTH, PG, 356. Vid. ya ANTÓN ONECA, Derecho penal, 459 ss., con valiosas consideraciones sobre la jurisprudencia de su tiempo. Sobre esta cuestión, ampliamente, OLMEDO CARDENETE, Inducción, 741 ss.; EPB, 982.

mero responderá por la conducta más grave realizada por él dolosamente, y el partícipe sólo por el delito menos grave que se representó. Cuando los delitos son tan heterogéneos que ni siquiera plantean una cuestión de posible constatación alternativa (*vid. supra* III 68), sólo cabe castigar al partícipe por participación intentada del art. 17 si se dan sus elementos (sólo al inductor). Puede ocurrir, finalmente, que el autor realice conducta menos grave que la que el partícipe se representó²⁶¹, en cuyo caso no habrá inconveniente en castigar al partícipe por participación en la consumación por lo que se refiere a esa conducta, y por tentativa de participación respecto a la conducta más grave que se representó.

La STS de 24 de junio 1987 condenó a A, que había instigado (pagando una cantidad) a B para que diese un escarmiento a C, rival sentimental de A, que le llevara a abandonar la localidad en que ambas vivían, por un delito de inducción a las lesiones graves que B causó a A, pero no por los abusos sexuales que también cometió. BALDÓ LAVILLA, ADP, 1989-III, 1091 ss., que ha hecho un comentario excelente a la mencionada sentencia, expone muy bien los casos de desvío que pueden darse (1) esencial, 2) delitos distintos por completo, 3) delito menos grave, 4) delito más grave) [115 ss.], con consideraciones críticas sobre la inevitable imprecisión del concreto a cometer en el momento de la inducción.— Sobre el exceso del inducido *vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 386 s.

285

4. Un problema específico de incongruencia entre la representación del partícipe y la realización del tipo delictivo por el autor lo presentan los casos en los que el autor sufre un *error in obiecto*. Frente a la teoría que sustenta que el error en el objeto del autor constituye un error en el golpe en el partícipe²⁶², debe sostenerse que siendo eso cierto, sin embargo y en consecuencia con la tesis de que el error en el golpe es tan irrelevante como el error en el objeto del autor, lo mismo debe valer para el partícipe. En suma: Autor y partícipe responden por delito consumado en caso de error en el objeto del autor²⁶³.

286

Sobre toda esta problemática, ampliamente, WELZEL, PG, 148 s. *Vid.* también JAKOBS, PG, 809.

287

C. Participación necesaria

Como participación necesaria se conocen desde hace tiempo los casos en que, excepcionalmente, no es concebible la intervención de un único sujeto (el autor)

288

²⁶¹ *Vid.* al respecto OLMEDO CARDENETE, Inducción, 776 ss.

²⁶² Sobre esta problemática, referida al inductor, ampliamente, con criterio muy certero, GÓMEZ RIVERO, Inducción, 517 ss.

²⁶³ *Vid.* ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 857 (para el inductor); GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 524 s., 527.

en el delito, por la configuración especial del hecho típico. Las modalidades tradicionales de participación necesaria son: 1) Los llamados delitos de convergencia, como el delito de rebelión (art. 472 ss.), en los que varios autores actúan con la misma finalidad y en la misma dirección, siendo todos autores y respondiendo como tales. 2) Los llamados delitos de encuentro, como los abusos sexuales consentidos o la bigamia, en los que intervienen al menos dos personas en la misma dirección y con fines complementarios. En este grupo de casos, el de los delitos de encuentro, es a veces problemática la punibilidad de alguna de las partes: 1) Está claro que la acción necesaria de aquel en cuya protección existe el delito no sólo no constituye delito sino que además, por un argumento *a maiore ad minus* no puede verse su acción, la acción que se limita a lo típico, como un acto de participación en el delito del otro a quien el tipo no protege (sino todo lo contrario). El menor que consiente en los abusos sexuales no es autor ni participa en el delito del otro. 2) Por la misma razón, quien no puede ser autor, porque el tipo protege sus bienes jurídicos, no puede ser partícipe en los casos en que lleve a cabo actos adicionales a lo típico que en otro caso constituirían participación punible. El menor que seduce al adulto en los abusos sexuales con menores tampoco responde por inducción. 3) Cuando el tipo no le protege y el sujeto hace más que limitarse a cumplir el tipo, se discute si siempre responderá, como autor o como partícipe en el delito: el preso que induce al carcelero a que le libere es autor o al menos inductor al delito de quebrantamiento de condena, o en algún caso, por reducción teleológica debe excluirse de la punibilidad. La redacción de los artículos 468 ss. parece partir de esta premisa.

289

CARRASCO ANDRINO, Delitos plurisubjetivos y participación necesaria, aborda el arduo problema de la participación necesaria pasando revista previamente al concepto de delito plurisubjetivo desarrollado en Italia [10 ss.] y al concepto de participación necesaria desarrollado en la doctrina alemana [29 ss.], para llegar a la interesante conclusión de que ambas categorías han de ser refundidas en una caracterizada por el hecho de que hay tipos delictivos en el CP que ya requieren una pluralidad de sujetos (o cuando concurren se modifica la tipicidad), con independencia de que todos estén castigados o no (“partícipe necesario” puede ser la víctima en este sentido) e incluso con independencia, esa será cuestión a dilucidar posteriormente (no antes, lo que ha contribuido a la confusión de la doctrina alemana), del “partícipe necesario” que no es contemplado como autor en el tipo [51 ss., 57]. De esta manera, después de dedicar un breve capítulo a las clases de delitos plurisubjetivos, deteniéndose particularmente en la cuestión capital de la relación, dentro del tipo, de unos y otros partícipes necesarios, llega a la conclusión [95 ss.] de que los “partícipes necesarios” son autores, no partícipes, salvo que no estén amenazados con pena (como suele ocurrir en los delitos de encuentro) o *les falte algún elemento adicional del tipo*; son autores, además, en forma de coautoría, coautoría típica. En el fundamental capítulo último de la monografía [105 ss.], CARRASCO ANDRINO llega a la convincente

conclusión de que el “partícipe necesario” es impune como tal, sea cual sea su contribución al tipo, bien la estrictamente necesaria para su realización bien una que vaya más allá [123], y además es también impune como partícipe por esa contribución adicional no necesaria, dado que su consideración dentro del tipo le hace sujeto inidóneo también como partícipe [143].

Vid. también sobre esta interesante problemática: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 751 ss. (proclives a la impunidad total del partícipe necesario), como WELZEL, PG, 147; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 803 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 516, 517 (en términos muy restrictivos: impunidad); dudando: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 405; muy matizada y convincentemente JAKOBS, PG, 840 ss. (¡leer!); muy restrictivo y convincentemente STRATENWERTH, PG, 372 ss. (¡leer!); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 984. **290**

D. Participación sucesiva o en cadena

Participación en la participación es, p. ej., inducción para que otro induzca a un tercero o complicidad en el acto de complicidad de otro en un hecho principal. La participación en cadena es posible siempre que al menos se haya comenzado a ejecutar la acción delictiva principal (pero no parece punible en nuestro derecho)²⁶⁴. En España ni siquiera es punible la inducción a la inducción al hecho principal no comenzado a ejecutar, lo que sí ocurre en Alemania (*vid. infra* XIV 341)²⁶⁵. **291**

E. Peculiaridades del desistimiento del partícipe (remisión)

El partícipe, art. 16. 3, como ya se vio (*vid. supra* XIII 282 ss.), debe esmerarse en evitar el resultado, no sólo en retirar su parte, a efectos del desistimiento, pero basta ese esfuerzo para que su desistimiento sea eficaz a pesar de que los restantes intervinientes no dejen de continuar actuando. **292**

Con buen criterio, RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 821, exigía ya que si el delito no había comenzado a ejecutarse, el partícipe, para desistir, habría de comunicar su pro- **293**

²⁶⁴ Así JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 750. *Vid.* al respecto ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice, 323 ss, 329 ss., PG, 148 s. *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto, en lo que se refiere a la complicidad, de LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 293 ss. *Vid.* también CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 367 (con rebajas sucesivas de pena)(j)

²⁶⁵ Así: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 739; JAKOBS, PG, 809 s.; STRATENWERTH, PG, 376 s. Realizan críticas a esta construcción alemana MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 433 ss., aunque al final minimizan la importancia de la cuestión y acaban reconociendo la participación en cadena. *Vid.* las hipótesis de participación en cadena relacionadas con la inducción que expone OLMEDO CARDENETE, Inducción, 827 ss. En contra de la complicidad en cadena, QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 29, 312. En contra de la inducción en cadena RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, com. art. 14, 862.

pósito firme y serio de no continuar, y si ya había comenzado a ejecutarse sería preciso un arrepentimiento activo de su parte (= actuar para evitar el resultado). *Vid.* también PUIG PEÑA, PG, II, 325; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 54 ss., siguiendo a PESSINA; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 862, habla de neutralizar el efecto psíquico sobre el inducido ejercido con anterioridad por el inductor.

26. LA INDUCCIÓN

A. Delimitación conceptual

294 La inducción es participación en el hecho delictivo ajeno porque, aunque consista en la influencia decisiva sobre el autor en orden a conseguir, y haber determinado, la comisión del delito por el autor, no supone intervención en el hecho delictivo principal, lo que sólo hace el autor. El inductor, pues, no interviene en la ejecución del delito, aunque ejerce una influencia decisiva en su comisión *antes de que éste se produzca*, ya que de su intervención depende que el autor se decida a actuar²⁶⁶. El inductor, que domina el surgimiento de la voluntad delictiva del autor, influencia que debe durar hasta la consumación, no domina la ejecución del delito, que deja en manos del autor. El inductor subordina su papel en el delito (en la ejecución) a la voluntad del autor, que, libremente, aparece como ejecutor de lo sugerido por aquél. El autor, por su parte, ejecuta su propia voluntad libre, sólo que lo hace sabiendo que con ello cumple con la voluntad del inductor.

295 La inducción se distingue de la autoría mediata desde el momento en que mientras en la autoría mediata no puede hablarse de voluntad propia desarrollada por el instrumento, y sí por el autor mediato a través del instrumento, en la inducción el autor sí desarrolla su propia voluntad delictiva, él domina el hecho, aunque lo hace siguiendo la pauta del inductor, que no domina el hecho²⁶⁷. La inducción se distingue, por su parte, de la coautoría en que mientras que en la coautoría todos los coautores dominan el hecho mediante actos ejecutivos imprescindibles para la consumación, con independencia de que además pueda incluir una inducción mutua (que algunos autores consideran no imprescindible), en la inducción el hecho principal sólo lo domina el autor.

²⁶⁶ *Vid.* BACIGALUPO, PG⁵, 384; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 944; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 757.

²⁶⁷ Sobre la distinción autoría mediata/inducción, *vid.* ya OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, com. art. 27, 28 y 29, 247 ss.

Es cierto que el inductor causa el resultado, con una aportación (la influencia sobre la decisión delictiva del autor) sin la que el resultado no se habría producido; es más, sin la que el delito ni siquiera habría comenzado a realizarse. Pero lo hace a través de la conducta del autor, influyendo sobre el comienzo de la cadena causal que desembocará en el resultado, pero no sobre el resto de la ejecución, pues aunque la voluntad del autor de ejecutar la voluntad del inductor debe persistir hasta el final, cada uno de los actos que pone como determinantes del resultado son actos que él sabe dependen de su concreta voluntad. **296**

Fundamento de punición del inductor, que el legislador siempre ha equiparado al autor (incluso el CP habla todavía de la inducción como forma de la autoría, lo que es incorrecto y resabio histórico), además de ser la forma a través de la cual alguien puede causar el resultado sin ser autor (relevante especialmente en los delitos que contienen deberes especiales de la autoría), es la experiencia general acerca de la influencia que unos seres humanos ejercen sobre otros a la hora de actuar. Nuestro comportamiento, salvo el de quien vive totalmente aislado (si es que es ello posible), depende siempre en alguna medida de los demás, razón por la cual el derecho penal, para proceder a la más amplia protección de los bienes jurídicos frente a comportamientos delictivos, ha estimado siempre conveniente motivar a los ciudadanos a que se abstengan de atentar contra los bienes jurídicos tanto directamente, ejecutando la lesión en que consiste el tipo, como indirectamente, a través de un tercero sensible a su influencia. Esa capacidad de influir, unido a lo cómodo que puede ser para alguien conseguir la lesión que quiere sin tener siquiera que hacerlo de propia mano (piénsese, p. ej., en quien está dispuesto a cometer un asesinato –asesino a sueldo– a poco que haya alguien que realice el encargo), son motivos suficientes para justificar la punición del inductor, que no tiene en sus manos la ejecución del delito pero sí el surgimiento de la voluntad delictiva y, por tanto, su desarrollo, a través de un tercero. **297**

Como quiera que, incluso, la influencia característica de la inducción tiene lugar antes del comienzo de ejecución del delito por el autor, existe un interés político-criminal de la mayor magnitud en extender el ámbito de punición de la inducción desde el comienzo de realización del tipo delictivo (exigencia del principio de accesoriadad de la participación; *vid. supra* XIV 261 ss.) a la fase anterior, de preparación, constituyendo quizá, por las razones antes aludidas, la punición de la denominada *tentativa de inducción* (*vid. infra* XIV 368 ss.) el supuesto en el que está más claramente justificada la punición de la zona previa al comienzo de ejecución. **298**

En comentario a la STS alemán de 21.4.1986, que había absuelto de inducción a quien había sugerido a otro que para obtener su propósito (huir al extranjero) podía **299**

atracar un Banco, cosa que aquél hizo, HERZBERG, ADP, XLVIII, 1995-II, 556 ss., sostiene que en contra del TS y en contra de ROXIN, con quien se había confrontado el TS, la no realización del tipo de inducción no consiste en ausencia de concreción de su tipo objetivo (en el tipo subjetivo), sino en la ausencia del tipo objetivo, que requiere, también en la participación (lo que celebra GÓMEZ RIVERO: 553 ss.), una aportación del inductor que incremente el riesgo de producción del resultado, argumentando que si en el caso el inductor p. ej. le hubiese proporcionado al autor el arma con la cual cometió el atraco, el TS alemán no habría dudado en castigar por inducción, a pesar de la falta de concreción del delito al que se induce. También la inducción, como el injusto (*vid. infra* XV 13 la polémica de HERZBERG con STRUENSEE sobre el tipo subjetivo de imprudencia), se resuelve en el tipo objetivo, no en el subjetivo.

300 En EPR-Ruiz Antón, 823 ss., BLANCO CORDERO ha hecho una aplicación al problema de la repercusión del error *in persona* del inducido en la responsabilidad del inductor, para lo cual, después de exponer la doctrina dominante proclive a resolver el problema en el tipo subjetivo [824 ss.] muy detallada y brillantemente, lo resuelve como cuestión concerniente al tipo objetivo, con criterios de imputación objetiva [845 ss.], referida tanto al surgimiento de la voluntad de delinquir del inducido como a la concreción del delito al que se induce, en cuyo contexto dilucidar la cuestión del desvío, para la que serán relevantes las instrucciones dadas y su contenido.

301 GÓMEZ RIVERO, la primera gran monografista de la inducción en España, que parte del fundamento de la accesoriedad de la participación, incluida la inducción, en la teoría del ataque accesorio al bien jurídico de ROXIN [53 ss.], reforzada con argumentos de derecho positivo español [55 s.], considera que tal fundamentación es necesaria [65 ss.], pero insuficiente para dar cuenta de la punición del inductor, para la que en su opinión, siguiendo a HERZBERG, hace falta además que la aportación al ataque al bien jurídico a través del autor llevado a cabo por el inductor suponga un incremento del riesgo de que devenga la lesión [30 ss., 71 ss.], propugnando al efecto una serie de criterios objetivos del siguiente tenor [80 ss.]: 1) Incitación mediante un plan viable que hace especialmente sugestiva su ejecución, bien por la presentación del mismo plan bien por la remoción de obstáculos serios de un plan ya acordado antes por el inducido o tercero; 2) Incitación a plan alternativo sin riesgo o con ponderación ventajosa de los pros y contras del anteriormente concebido por el inducido o tercero; 3) Incitaciones cuya importancia no radique tanto en la facilitación del plan como en la desinhibición subjetiva del inducido, como dar el impulso decisivo a quien duda o el caso frecuente de la persona que recompensa o emplea medios colindantes con la autoría mediata (amenazas, p. ej., en una situación de superioridad); 4) Incitaciones basadas en los especiales conocimientos subjetivos del inductor, como el del que sabe que por su carácter el inducido no soportará la insinuación de que es un cobarde y no se atreve a hacer algo delictivo, que debe distinguirse de aquellos otros en los que los conocimientos sólo permiten prever la reacción del inducido.

Para OLMEDO CARDENETE, que ha hecho un estudio histórico espléndido de derecho comparado español/alemán a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, para describir el paso de la inducción como forma de autoría a la inducción como forma de participación [33 ss.], es decisiva en la fundamentación de la inducción la tesis que defiende con ahínco según la cual la causalidad no juega papel alguno [128, 128 ss.] en ella y sí la motivación (del inducido a través del inductor) [142 ss.], a dar por probada o no mediante criterios objetivos aproximados [142 ss.], lo que a través de una fundamentación de la autoría en general conforme a la concepción formal-objetiva que comparte, con matizaciones inspiradas en la concepción de BLOY [179] y aceptando un concepto de accesoriedad limitada para la participación [197 ss.], le lleva a fundamentar la punibilidad del inductor, partiendo de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, en la existencia de un tipo de participación que permite definir la propia y autónoma responsabilidad del inductor [309 ss.]; lo que obliga precisamente a criticar, éste es otra de las tesis que OLMEDO CARDENETE defiende enérgicamente, la equiparación punitiva del inductor al autor [315 ss., 353 ss.: excelente exposición de los intentos de fundamentación específica de la inducción], siendo así que ello sólo estaría justificado en el menor número de casos²⁶⁸.

302

DE FIGUEIREDO DIAS, H-Rodríguez Mourullo, 343 ss., partiendo de una regulación como la portuguesa, que también castiga a la inducción como autoría, entiende que la inducción-determinación es autoría [350 ss.], lo que explicaría las dificultades actuales de algunos casos entre la autoría mediata y la inducción [354], siempre y cuando haya habido comienzo de ejecución [361].

303

B. Tipo objetivo

El tipo objetivo de la inducción lo proporciona la determinación del autor a cometer el delito a través de la acción inductora del inductor²⁶⁹. Como consecuencia, al tipo objetivo de la inducción pertenece la determinación del autor (con-

304

²⁶⁸ De otro parecer, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 830 s.

²⁶⁹ Sobre el doble resultado de la inducción del autor y producción del resultado por el autor, *vid.* GÓMEZ RIVERO, Inducción, 170 s.; insistiendo en la exigencia de causación de la resolución delictiva del autor, DEL ROSAL BLASCO, CPCr, 40, 1990, 101 ss., 103. Sobre el doble resultado de la inducción, justificándolo muy oportunamente en la necesidad de concreción del delito al que se induce: BALDÓ LAVILLA, ADP, 1989-III, 1093 ss. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 403, 404; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 508; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 739; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDIA ESPINAR (ir.), PG, 761; QUINTERO OLIVARES, PG³, 631; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 28, 170; ya en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 846, 847 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 519; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, PG, 422; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 294; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 810; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 145; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 623, 631; SÁINZ CANTERO, PG, III, 184; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 50; MEZGER, PG, II, 275; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 310; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 530 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 471; WELZEL, PG, 139; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 435; STRATENWERTH, PG, 352.

creto) de cometer el delito, lo que significa algo más que una mera influencia a título, p. ej., de provocación (concepto más amplio que el de proposición [concur-rencia de personas sin especificar]); de ahí la extensión de la responsabilidad que supone la regla del art. 18 último párrafo; *vid infra* XIV 376). Inducción significa influencia decisiva, es decir, una sin la que el delito no se habría cometido por el autor (de ahí la gravedad de la pena)²⁷⁰.— El CP no contiene un concepto de inducción. El art. 28 II a) habla solamente de inducir *directamente* a otro a *ejecutar* el delito. De ahí que, si se entiende el “directamente” en el sentido de que el acto de inducción (influir decisivamente) debe contener la referencia a la comisión de un delito concreto, concreción de sus rasgos más importantes, lo que muestra su serie-dad, y estar dirigido a la persona que lo cometerá (el delito como tipo principal, eje-cución material de una acción lesiva de un bien jurídico)²⁷¹, quepa extraer las siguientes *consecuencias*: 1) Es posible la coinducción (analogía con la coautoría) cuando varios, por la suma de sus influencias, lo hacen directamente sobre el indu-cido²⁷²; cuando no es así, la llamada coinducción accesoria, no cabe hablar de inducción (coinducción) y sí, a lo sumo, sólo de complicidad psicológica²⁷³;

²⁷⁰ Sobre el concepto de la acción de inducir, como influencia psicológica que aumente el riesgo de la decisión del autor, *vid.* las atinadas consideraciones de GÓMEZ RIVERO, Inducción, 167 ss., y acentuando la influencia en el proceso de motivación del autor, las de OLMEDO CARDENETE, Inducción, 412 ss., 415; y en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 310. *Vid.* también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. arts. 27-28-29, 286; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 758; JESCHECK/WEIGEND, PG³, 739; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 762; QUINTERO OLIVARES, PG³, 632; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 295; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 632; PUIG PEÑA, PG, II, 322; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 373; SÁINZ CANTERO, PG, III, 196; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 11, 51 s.; MEZGER, PG, II, 276; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 848; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 533; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 473; WELZEL, PG, 140; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 436; JAKOBS, PG, 804 ss. (con exposición al respecto sumamente ilustrativa: ¡leer!); STRATENWERTH, PG, 354; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 827 s. No considera en cambio que la inducción haya de ser eficaz QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 247; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 515 s. (ambiguo).

²⁷¹ GÓMEZ RIVERO, Inducción, 117 s., pone en relación el *directamente* de la norma de la inducción con la norma de la provocación, para circunscribir su función a la exigencia de relación interpersonal allí (inductor-inducido) y no aquí (provocador-provocado). *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 404 s.; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 763; QUINTERO OLIVARES, PG³; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 411; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 295; RODRÍGUEZ DEVE-SA, PG¹⁶, 810; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 624, 637; PUIG PEÑA, PG, II, 322; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 370; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 247; SÁINZ CANTERO, PG, III, 195; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, com. art. 14, 853; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 522; AN-TÓN ONECA, Derecho penal, 472 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 437, 441.

²⁷² *Vid.* CEREZO MIR, PG, III, 242; MIR PUIG, PG⁷, 405; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 739; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 763, 632; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 304; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 437; JAKOBS, PG, 788; STRATENWERTH, PG, 376 (en “autoría” mediata). De otro parecer COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 758; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 983.

²⁷³ Así OLMEDO CARDENETE, Inducción, 428. De otro parecer, siguiendo a ROXIN y MIR PUIG, GÓMEZ RIVERO, Inducción, 92; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 739.

cuando se produce coinducción sucesiva, la plena inducción del primer inductor excluye la inducción de los demás; 2) Cabe inducir a alguien que cometerá el delito en autoría mediata, pues, al fin y al cabo, es él quien ejecuta el delito (*vid. supra* XIV 73 ss.)²⁷⁴; 3) No son punibles ni la inducción a la complicidad²⁷⁵ ni la inducción a la inducción o inducción en cadena²⁷⁶, pues el inductor no ejecuta el delito en el que está pensando el art. 28 II a), con la consiguiente laguna grave de nuestro ordenamiento jurídico (*vid. supra* XIV 298 e *infra* XIV 368 ss.); 4) La impunidad de la inducción en cadena debe distinguirse de la inducción a través de otro u otros, que sí es inducción directa²⁷⁷, incluida la inducción mediata²⁷⁸. *Ejemplo*: El jefe de la banda da la orden de asesinar a través de un tercero que se limita a transmitirla al ejecutor; 5) La inducción a varios para que cometan el mismo delito como coautores constituye una única inducción; la inducción a varios para que cometan delitos distintos, concurso de inducciones²⁷⁹.

A quien ya está decidido a cometer el delito (*omnimodo facturus*)²⁸⁰ no se le puede inducir; pero sí a quien duda o a quien todavía no ha concretado suficiente-

305

²⁷⁴ Así ya acertadamente OLMEDO CARDENETE, Inducción, 416 ss., 418. A distinguir de la inducción mediata o inducción a tercero a través de un instrumento, equiparada, según OLMEDO CARDENETE [420 s.], pero de difícil integración en el art. 28. *Vid.* también PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 763. En contra tanto de la inducción en cadena como de la inducción indirecta, QUINTERO OLIVARES, LH-Cerezo Mir, 924.

²⁷⁵ Sobre la inducción a la complicidad, impune, y la complicidad en la inducción, impune también (salvo la cooperación necesaria), *vid.* OLMEDO CARDENETE, Inducción, 460 ss.

²⁷⁶ Ampliamente, GÓMEZ RIVERO, Inducción, 118 ss., que a los argumentos de derecho positivo en contra de la inducción en cadena en nuestro derecho, añade otro basado en su concepción de la participación como incremento del riesgo de lesión del bien jurídico (que se diluiría a través de la cadena), reconduciendo alguno de sus casos a la provocación y a la cooperación necesaria. En contra también CEREZO MIR, PG, III, 242 (“directamente”). *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 509; SÁINZ CANTERO, PG, III, 195. Parece cuestionar la distinción inducción en cadena / inducción mediata, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 532 s.

²⁷⁷ *Vid.* GÓMEZ RIVERO, Inducción, 92 s. *Vid.* también con muchos matices enriquecedores de la problemática, OLMEDO CARDENETE, Inducción, 456 ss. *Vid.* también DEL ROSAL BLASCO, CPCr, 40, 1990, 99; BACIGALUPO, PG⁵, 386; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 945; MIR PUIG, PG⁵, 405; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 510; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 763; RODRIGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 810 (que aparentemente parece admitir la inducción en cadena). En contra: VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 286; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG³, 758; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 763.

²⁷⁸ *Vid.* al respecto JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 739 s. (el inductor no aparece ante el autor sino que se vale de un tercero como instrumento); JAKOBS, PG, 788. OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 303 ss., distingue entre inducción mediata e inducción en cadena, sendo punible en nuestro derecho el primer caso e impune el segundo. *Vid.* ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 535. *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 830.

²⁷⁹ Así ya acertadamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 830.

²⁸⁰ Sobre el concepto de *omnimodo facturus*, con una fórmula heurística para su aplicación, *vid.* GÓMEZ RIVERO, Inducción, 403 ss., 405 s. *Vid.* ampliamente OLMEDO CARDENETE, Inducción, 654 ss.; y en:

mente el delito que va a cometer. *Consecuencias*: 1) No es necesario que el autor esté absolutamente decidido para considerarlo *omnimodo facturus*; un leve motivo adicional para decidirlo a actuar no justifica imputación a título tan grave como el de inducción. De la misma manera, al contrario, una influencia importante, aunque no única, puede fundamentar la inducción²⁸¹; 2) De la consecuencia anterior se deduce, a su vez, esta otra: Quien está decidido a cometer el delito, haciéndolo depender sólo de la voluntad del mandante, asesino a sueldo, p. ej., que incluso se ofrece a hacerlo, puede decirse que es inducido por quien le resuelve esa última condición, pagar una cantidad por el encargo del asesinato²⁸².

306 Cabe también inducción cuando el inducido lo es a cambiar, y, en la medida en que cambia, lo hace el delito que cometerá²⁸³. Cuando se induce a cometer delito distinto de mayor gravedad, y referido a lo más grave (*solución analítica*), cabe inducción. *Ejemplo*: Si al decidido a hurtar se le convence para que robe, ha habido inducción a las coacciones suplementarias²⁸⁴. *Consecuencias*: 1) Cuando el cambio de delito es a menos grave (se induce a cometer un hurto en lugar del robo que el autor se proponía realizar) el comportamiento es impune como inducción, aunque se puede castigar por complicidad (psicológica)²⁸⁵; 2) Cuando el cambio es trivial, p. ej., sugerir al autor que cometa el asesinato un día después, porque, p. ej., habrá menos gente en el lugar de los hechos, la solución debe ser la misma que en el caso anterior: complicidad²⁸⁶; 3) La concreción de la resolución

COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 229, 311. *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 384; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. arts. 27-28-29, 286; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 758; MIR PUIG, PG⁷, 403; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 410; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 741; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 762; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 28, 170; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 811; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 50 s.; MEZGER, PG, II, 277; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 533; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, PG, 522; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 438; JAKOBS, PG, 806; STRATENWERTH, PG, 355.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 828.

²⁸¹ *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 741 (siguiendo a ROXIN); ya FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 51; RODRÍGUEZ MORULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 848; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 438; STRATENWERTH, PG, 354 s.

²⁸² Excesivamente proclive a excluir la inducción a poco que exista una decisión previa del autor de cierta firmeza, con alusión expresa a la de la inducción en el caso del asesino a sueldo que espera sólo que se le ofrezca una recompensa, GÓMEZ RIVERO, *Inducción*, 406 ss., 424, 431. Con mejor criterio MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 510; SÁINZ CANTERO, PG, III, 195; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 438; JAKOBS, PG, 806.

²⁸³ *Vid.* la excelente exposición de JAKOBS, PG, 806 ss. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 355. *Vid.* también OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 663 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 828.

²⁸⁴ Así los defensores de la solución analítica, entre quienes se encuentra OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 671 ss., 675, matizándola a favor de la solución concursal entre inducción a lo más grave y complicidad psíquica respecto al hecho global.

²⁸⁵ *Vid.* también OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 670 s.

²⁸⁶ *Vid.* ya MEZGER, PG, II, 281; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 853; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 449.

a título delictivo distinto, el mismo tipo pero más grave o con cambio de lugar, tiempo u objeto sí relevante, puede fundamentar inducción. *Ejemplos*: Inducción a violar en lugar de hurtar; inducción a hurtar una cantidad de dinero mucho mayor que la pretendida inicialmente por el autor; inducción a asesinar a A en lugar de a B²⁸⁷.

Se discute mucho actualmente en la doctrina si la inducción requiere un contacto psíquico, e incluso un hablar abiertamente del tema (PUPE), o basta con que el inductor haya creado circunstancias que provoquen el efecto característico de la inducción²⁸⁸.— El problema quizá se relativice por la vía de la “concreción”, por la que, en principio, mientras más clara sea la influencia más segura será la interpretación, como evidencia la exigencia del dolo.— *Consecuencias*: 1) La inducción puede llevarse a cabo por medios no necesariamente verbales, pero sí lo suficientemente concluyentes como para motivar directamente (psicológicamente) al inducido²⁸⁹; 2) El garante que no hace nada por evitar el delito que cometerá o del que será víctima aquel frente al que está obligado, puede estar induciendo por omisión²⁹⁰ (con independencia de su posible responsabilidad como autor de una omisión) (muy discutido); 3) En la inducción siempre hay un

307

²⁸⁷ Propone criterios muy ponderados para reducir la inducción en los casos de cambio de delito, a los más graves, BALDÓ LAVILLA, ADP, 1989-III, 1106 ss., 112 s. Sobre los límites de la exigencia de concreción en la inducción, atinadamente, BACIGALUPO, PG⁵, 385

²⁸⁸ En contra de esta última posibilidad, ampliamente, OLMEDO CARDENETE, Inducción, 495 ss., sin que se exija por lo demás un “acuerdo colusorio” [501]. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 406. De acuerdo expreso y previo, pero también tácito y simultáneo, habla CEREZO MIR, PG, III, 234, tanto en la inducción como en la complicidad. *Vid.* también DÍAZ Y GARCIA CONLEDO, EPB, 828. Sostiene que aunque como consecuencia de la regulación española (que hablaba de “forzar”, “inducir directamente”, e, incluso, art. 4 III: “incitar”), y previo distinguir entre “contexto” y “medios de persuasión” [108 ss.], es pensable cualquier forma de inducción suficientemente concreta, a efectos probatorios, para distinguir la participación en el hecho de otro y autoría mediata, es decir, por una cuestión probatoria, es aconsejable reducir el ámbito de la inducción a la comunicación psíquica expresa [116 ss., 124], BALDÓ LAVILLA, ADP, 1989-III, 1097 ss., que se ha empeñado en distinguir entre inducción y complicidad psíquica, no viendo necesario seguir el criterio de PUPPE, de la exigencia de “pacto de injusto” para poder hablar de inducción, conformándose con el criterio de ROXIN, de la “preponderancia”, esto es, que prepondere la resolución autónomamente tomada, entonces complicidad psíquica, o lo haga la voluntad del instigador, entonces inducción. Insisten también en el empleo de medios psíquicos, no bastando la creación de una ocasión favorable: CEREZO MIR, PG, III, 241; BACIGALUPO, PG⁵, 384.

²⁸⁹ *Vid.* el amplio elenco de situaciones a que pasa revista OLMEDO CARDENETE, Inducción, 526 ss., (mandato, encargo y orden; acuerdo, pacto o convenio; amenazas y coacciones; mera invitación y disuasiones aparentes; aleccionar o instruir y la expresión de un deseo; etc.).

²⁹⁰ *Vid.* ya MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 440 s. En contra, con amplia exposición doctrinal en torno a las posturas proclives y adversas a esta posibilidad, OLMEDO CARDENETE, Inducción, 507 ss. En contra también BACIGALUPO, PG⁵, 384; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 945 s.; ya: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 534, siguiendo a MIR PUIG; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 521.

efecto psíquico (ésa es su naturaleza) en el inducido como consecuencia de algo que dice o hace el inductor²⁹¹.

308 GÓMEZ RIVERO, *Inducción*, 175 ss., se ha ocupado con detenimiento y particular acierto de los modos de hacer surgir la resolución de delinquir, llegando a las siguientes conclusiones: 1) La simple sugerencia, invitación, consejo o indicación de la posibilidad no más concretada de cometer un delito, no es suficiente para estimar la inducción [178]. 2) Las incitaciones implícitas, como la creación de una situación estimulante, etc., en cambio, en contra de un extendido parecer doctrinal²⁹², sí pueden fundamentar la inducción, siempre y cuando sean potencialmente adecuadas para crear el riesgo de que la resolución sea consecuencia fundamental (aumento del riesgo) de la invitación (lo que no ocurre cuando la resolución se ha adoptado como consecuencia de la mera comunicación de circunstancias no acompañada de una propuesta de comportamiento) [173 ss., 185, 191, 195, 200], dependiendo, pues, ampliamente, de las características del caso concreto. 3) La omisión nunca puede constituir inducción, ni cuando se omite disuadir p. ej. a la hija que es inducida activamente por un tercero, a cometer el delito (p. ej. en presencia del padre que no hace nada por contrarrestarlo), ni cuando es la hija quien está induciendo a un tercero a cometerlo, ni cuando la hija no hace nada para impedir que un tercero adopte la decisión de matar a su propio padre (de la hija); y ello porque la omisión de una acción nunca puede tener el valor de una instigación [200 ss., 212]²⁹³. 4) En cuanto a los medios colindantes con los de la autoría mediata [214 ss.], entiende GÓMEZ RIVERO que los casos de error, cualquiera que sea su naturaleza, del tipo o de prohibición, sobre la cuantía del injusto o sobre la víctima del delito, etc., constituyen autoría mediata cuando determinan un cambio en la valoración jurídica del hecho [245], casos en los que, al igual que cuando se trata de medios coactivos o empleados sobre menor o incapaz [245 ss.], respecto a los cuales GÓMEZ RIVERO, acertadamente, se ve en la necesidad de graduar la afectación de la libertad sin poderse decidir *a priori* si quedó libertad o no para calificar de inducción o se necesita acudir a la autoría mediata [248], la que está mermada hasta anularse es la libertad [235, 256]. 5) Todos los medios adecuados para producir el efecto psicológico de la inducción son de igual gravedad [262].

309 LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 446 ss., que ha hecho un estudio excelente de la distinción (y sus dificultades últimas) entre inducción y complicidad (psíquica), siguiendo con matices puntuales en los que ahora no podemos entrar, las pautas de GÓMEZ RIVERO sobre la acotación de las aportaciones del partícipe que fundamentan la inducción, con especial referencia a la creación de situaciones estimulantes, la

²⁹¹ *Vid.* sobre la instigación suficiente e insuficiente, OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 677 ss., 682 ss.

²⁹² *Vid.* OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 504 ss., aduciendo entre otros problemas probatorios.

²⁹³ En los mismos términos, siguiendo a ROXIN, pero como él proclive a una concepción que a su vez se fundamenta de forma distinta a ROXIN, en el caso del padre que no impide que el menor instigue a un tercero al delito: inducción mediata, DEL ROSAL BLASCO, *CPCr*, 40, 1990, 125 ss., 129. En contra de la inducción por omisión, porque en los pocos casos pensables estaría el obstáculo de que ha de ser “directa”, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 829.

resolución del autor con especial referencia al problema de la inducción del *omni-modo facturus* (muy restrictiva en la concepción de estas autoras), influencia sobre la concreción del plan delictivo (no es lo mismo ayudar a concretar que “inducir concretando”), modificación del plan inicial del autor, etc.; LÓPEZ PEREGRÍN, como decimos, al igual que ya antes GÓMEZ RIVERO, no oculta lo que en definitiva es genuino y principal (que no único ni exclusivo) criterio de la inducción (frente a la autoría y la complicidad): que el inductor desencadena la voluntad delictiva del autor.

OLMEDO CARDENETE, Inducción, por su parte, ve particularmente difícil la delimitación entre autoría mediata e inducción, de la que además depende que sea punible o no la conducta en cuestión, dado que se castiga la tentativa de autoría mediata y no en cambio la tentativa de inducción [560 ss.]. OLMEDO CARDENETE ve en este punto, el de la delimitación entre autoría mediata e inducción, un punto débil de la teoría del dominio del hecho, que al intentar distinguir las nítidamente en el plano prejurídico, está abocada a no conseguirlo o a intentar lo imposible, como que alguien que actúa típica, antijurídica y culpablemente pueda ser autor y además lo sea también, mediato, otro; razón por la cual no ve más que un criterio normativo, de adscripción de la responsabilidad, como capaz de permitir la delimitación deseada en los casos cuestionados fronterizos. Así: a) En los casos de instrumentalización de un inimputable no ve inconveniente en calificar los hechos de autoría mediata, y de inducción en el caso de instrumentalización de un semiinimputable. La creencia de que el instrumento es imputable sin serlo no cierra el paso a la inducción [576 ss.]. b) En los casos de instrumentalización de quien actúa imprudentemente, es decir, alguien que actúa típica, antijurídica y culpablemente, niega OLMEDO CARDENETE la autoría mediata, y en su lugar quedaría todo lo más una cooperación necesaria a la conducta principal del instrumento. Si el hombre de atrás cree inducir a un hecho doloso cuando en realidad el instrumento actúa imprudentemente, cabe estimar inducción consumada. En el caso contrario: el hombre de atrás cree inducir a comportamiento imprudente, cuando el “instrumento” actúa dolosamente, es posible la inducción consumada si la invitación fue terminante. Por su parte, el error de prohibición invencible da lugar a autoría mediata, mientras que el vencible propicia la inducción. Lo mismo vale para el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, según sea vencible o invencible, siendo incluso en el vencible más factible la calificación de inducción que de cooperación necesaria, por la conciencia de la lesividad material de la conducta [591 ss.]. c) En los casos de amenaza o violencia, si ha lugar a la eximente de miedo insuperable, entonces la instrumentalización constituirá autoría mediata, y mera inducción en el caso de que la instrumentalización sólo dé lugar al miedo insuperable como eximente incompleta. En los casos de provocación de un error sobre los presupuestos de la eximente, los efectos serían los del error de prohibición [606 ss.] (*vid. supra* XI 245 ss.). d) La instrumentalización de quien actúa dolosa pero no cualificadamente da lugar sólo a responsabilidad por omisión, no cabiendo ni la autoría mediata ni la participación [612 ss.]. e) La instrumentalización de un *intraneus* por medio de un *extraneus* en delito especial propio no es ni autoría mediata ni inducción (falta su proceso motivacional característico); sólo cabe

la cooperación necesaria [624 ss.]. f) Instrumentalización en delito de propia mano: omisión o impunidad [630]. g) Instrumentalización de quien actúa dolosamente pero sin intención: inducción del hombre de atrás y autoría directa del instrumento “ya que no cabe negar el ánimo de lucro” (en favor de tercero) [633]. h) La problemática de quien controla un aparato de poder debe resolverse con la propia figura de la inducción [641 s.]. i) Manipulación del sentido de la acción (caso Rosa/Rosenthal): cooperación necesaria. j) Provocación de un error en la cuantía del injusto = inducción más agravación de la pena en su marco. k) Provocación de error que afecta a la esencia del injusto = autoría mediata sólo si su injusto abarca ya el de la inducción (p. ej. A induce a B a que lesione a C, sabiendo aquél, no éste, que C es hemofílico) y concurso (real) cuando no lo abarca [643 ss.].

C. Tipo subjetivo

311 *Vid.* sobre esta cuestión las atinadas y realistas consideraciones de GÓMEZ RIVERO, *Inducción*, 383 ss., 395, insistiendo en que el dolo del inductor ha de abarcar todo lo relevante del tipo a realizar por el autor, pero su mayor concreción debe poderse determinar mediante interpretación de la invitación, no siendo necesaria una referencia expresa del inductor²⁹⁴.

a. *El dolo de inducción*

312 La conducta de inducción, como la de complicidad, es eminentemente dolosa²⁹⁵, intencional, en el sentido de que el ataque indirecto al bien jurídico que supone puede ser un ataque aún más alejado de su fundamento de punición si no se tiende a exigir una *voluntad directa de influir en el autor*, lo que hace que siendo quizá exagerado limitar la inducción a los casos de dolo directo, al menos en lo que respecta a la influencia sobre el autor debe excluirse el dolo eventual²⁹⁶,

²⁹⁴ *Vid.* también las muy atinadas reflexiones al respecto de OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 705 ss., 717 ss., insistiendo en lo que sí debe ser objeto de concreción, en la línea de ROXIN, de la “oportunidad concreta”, la “ocasión precisa”.

²⁹⁵ *Vid.* las atinadas argumentaciones de DEL ROSAL BLASCO, CPCr, al respecto; en el mismo sentido, siguiéndole, GÓMEZ RIVERO, *Inducción*, 352 ss., 368 ss. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 406; QUINTERO OLIVARES, PG³, 632; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 411; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 623; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 852; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 535; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 522; MAURCH/GÖSEL/ZIPF, PG, 2, 441; STRATENWERTH, PG, 353, extrayendo consecuencias para los casos de utilización de instrumento doloso sin intención.

²⁹⁶ FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 14, 50. 52, con perfecta descripción de lo que queremos decir. *Vid.*, no obstante, las consideraciones un tanto confusas de GÓMEZ RIVERO, *Inducción*, 377 ss., a la que se ve no acaba de convencerle la doctrina mayoritaria del dolo eventual, pero sin querer admitir lo contrario, acerca del dolo eventual en la inducción. Con mejor criterio, OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 721 ss., 723 s., quien situando correctamente la cuestión en el exceso del inducido [762 ss.], separa bien lo que el inductor debió proponerse, que exige dolo directo, y la posible imputación de consecuencias con

que sí puede ser relevante y suficiente respecto a consecuencias sólo indirectas de la voluntad directa de influir, p. ej., algunos casos de desvío entre lo que el inductor se representó que realizaría el autor y lo que éste realmente hizo.— Por las mismas razones, alejamiento de la acción del inductor con respecto a la lesión del bien jurídico, se explica que, siendo pensable la inducción imprudente a un delito doloso y a un delito también imprudente, no quepa estimarlas punibles (*vid.* más detalladamente, *infra* XV 161 ss.)²⁹⁷. En cambio, la inducción dolosa a un comportamiento imprudente invita a castigar por autoría mediata²⁹⁸.

Al tipo subjetivo de la inducción, como se vio en el apartado anterior, pertenece el dolo más concreto posible del delito que cometerá el autor. De ahí que se reproduzca aquí el arduo problema anterior y las discrepancias al respecto. En cualquier caso, el delito debe estar concretado en sus rasgos más generales, pudiéndose dejar a criterio del inducido sus aspectos más concretos²⁹⁹. Esto significa que el inductor quizá tenga por posibles distintas formas de cometer el delito. *Ejemplo*: A induce a B a matar a C, contando con la posibilidad de que B ejecute el asesinato o se lo encargue a un sicario. Estos casos se pueden resolver por la vía del desvío inessential. *Consecuencias*: 1) No se puede pretender un grado absoluto de concreción del delito, lo que haría inoperante a la inducción. Tampoco cabe conformarse con la más leve insinuación; 2) En este contexto, flexible, es exagerado considerar esencial el desvío entre lo que el inductor se representó, que el inducido cometería el delito, y lo que hizo, inducir a otro a cometerlo³⁰⁰.

313

las que contó. En contra del dolo eventual en la inducción (“directamente”), también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 829. En el mismo sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 946. Admiten el dolo eventual en la inducción: BACIGALUPO, PG⁵, 385; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 28, 946. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 407; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 740; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 764; SÁINZ CANTERO, PG, III, 196; MEZGER, PG, II, 278; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 853; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 314; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 473; WELZEL, PG, 140; STRATENWERTH, PG, 355.

²⁹⁷ *Vid.* también las atinadas consideraciones al respecto de GÓMEZ RIVERO, Inducción, 333 ss., 348 s., en el mismo sentido, dejando abierto, además, en estos casos el expediente de la autoría imprudente del inductor [351], lo que también es extender demasiado el ámbito de la imprudencia.

²⁹⁸ *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto de GÓMEZ RIVERO, Inducción, 370 ss., quien, acertadamente, califica de autoría mediata el caso en que el “inductor” doloso conocía que el autor actuaría imprudentemente, y de posible autor mediato si creía que el “inducido” actuaría también dolosamente sin hacerlo, admitiendo él tal posibilidad (dolo eventual) como autor mediato o, en su caso (lo que es muy forzado, debe reconocerse), como provocador al delito en concurso con autoría mediata en delito imprudente.

²⁹⁹ *Vid.* ya *supra* XIV 311: GÓMEZ RIVERO. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 741.

³⁰⁰ En contra de esta solución, no obstante, y a favor todo lo más de cooperación necesaria: GÓMEZ RIVERO, Inducción, 127, o complicidad: OLMEDO CARDENETE, Inducción, 460, ambos con argumentos dignos de tenerse en cuenta.

b. *Error in objecto y aberratio ictus*

314 Como se vio al estudiar el tipo de participación (*vid. supra* XIV 286), la teoría general sobre el error en el objeto y el error en el golpe se mantiene también para el inductor. En consecuencia: 1) El error en el objeto del inducido que no origina un título de imputación distinto, es irrelevante para el inducido y para el inductor. *Ejemplo*: A induce a B a matar a C; al intentarlo B, que confundió en la noche a D con C, mató a D. Ambos responden por homicidio (o asesinato en su caso) como inductor y autor respectivamente³⁰¹. 2) El error en el objeto del inducido que origina un título de imputación distinto, obliga a castigar al autor conforme a la teoría general (*vid. supra* VIII 335) y al inductor por inducción a la tentativa (parece excesivo castigarle también por delito imprudente en autoría). *Ejemplo*: A indujo a B a matar a C, y B en la oscuridad mató a un perro al que confundió con C. 3) El error en el golpe del inducido cuando no cambia el título de imputación permite imputar tanto al inducido como al inductor el delito consumado que ambos se propusieron (solución del delito único). Los defensores de la solución concursal determinan en ambos sujetos la correspondiente responsabilidad por delito intentado en concurso con delito imprudente³⁰². *Ejemplo*: A, que quiere matar a B, a cuyo homicidio le indujo C, alcanza a D, que está junto a B. 4) Cuando el error en el golpe del inducido cambia el título de imputación, la solución es la misma que en el caso correspondiente el error en el objeto. *Ejemplo*: A indujo a B a matar a C, pero al disparar B no mató a C (homicidio) sino al perro que le acompañaba (daños).

D. Penalidad

315 Puesto que la inducción es una forma de participación elevada a la categoría de la autoría en virtud del mandato legal del art. 28, le es aplicable la regla de determinación de la pena que el art. 61 prevé para los autores³⁰³, indicando, lógicamente, que la pena aludida en el tipo respectivo es la que corresponde a los autores, es decir, también a los inductores, con la atenuación, también común a los auténticos autores, prevista para el grado de tentativa en el art. 62. Sobre las posibilidades de atenuar la pena del inductor cuando los tipos contengan características específicas de la autoría *vid infra* XIV 333 ss. Allí se verá que el inductor

³⁰¹ Así ya WELZEL, PG, 140. De otro parecer JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 743, para quien el error en el objeto del inducido es *aberratio ictus* en el inductor = inducción intentada (¡impune en nuestro derecho!)

³⁰² *Vid.* en este sentido GÓMEZ RIVERO, Inducción, 501 ss., 511 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 511.

³⁰³ Críticamente en el derecho alemán, que prevé lo mismo, JAKOBS, PG, 810.

al delito especial del que no puede ser autor se beneficia de la atenuación prevista para las actuaciones en nombre de otro³⁰⁴.

27. LA COMPLICIDAD

A. Delimitación conceptual

La complicidad es causación del resultado, a través de la conducta principal del autor, consistente, en feliz categorización de Erich SAMSON (SK, I⁵, com. § 27, núm. marginal 10), en hacer posible, intensificar o facilitar la producción del resultado por parte del autor³⁰⁵. **316**

El cómplice, como partícipe, se distingue del autor en que no lleva a cabo la conducta típica principal, sino que, situado en su periferia, realiza aportaciones a ella, la acción principal del autor, facilitándola en orden al resultado. Puede decirse que el cómplice, aunque configura el concreto resultado (el homicidio se cometió con la pistola que él proporcionó al autor, p. ej.), y el resultado típico también se habría podido producir sin su intervención (porque, p. ej., de no recibir del cómplice la pistola la habría obtenido el autor de otra forma), no realiza una aportación decisiva. Respecto a la coautoría, se distingue la complicidad por el hecho de que, aunque ambas tienen en común que consisten en actos ejecutivos, mientras que los de la coautoría son decisivos para configurar la comisión del delito, los de la complicidad no lo son³⁰⁶. Finalmente, se diferencia la complicidad de la inducción por el hecho de que mientras el inductor no interviene en la ejecución del delito, el cómplice sí lo hace. **317**

Fundamento de punición del cómplice, de cuya menor gravedad da cuenta el hecho de su menor castigo en el CP frente a la autoría y la inducción, lo constituye el hecho de facilitar que el autor consiga su propósito, consumando el delito, pues la experiencia muestra que mientras más facilidades encuentre el autor para cometer el delito mayor será el peligro de que acometa su propósito. Por eso, la norma sancionadora de la complicidad previene la causación del resultado por el cómplice a través de la conducta antijurídica del autor. En muchos delitos, incluso, quien no puede ser autor puede cometer (facilitándolo) el delito a través **318**

³⁰⁴ Sobre la inducción *vid.* también la exposición de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 28, 146 ss.; HERRAIZ PAGES, en: GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 406 ss.

³⁰⁵ *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 311.

³⁰⁶ Sobre la delimitación en el derecho romano entre complicidad y coautoría, con alusión a la jurisprudencia actual en España, Víctor AMAYA GARCÍA, Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial, 1993.

del autor (delitos especiales propios), por lo que la protección de los bienes jurídicos sería insuficiente si no se castigaran conductas de complicidad, ya que los autores, sí perseguibles penalmente, se verían tentados de pedir acciones de complicidad con el pretexto de que, al fin y al cabo, quien prestara la ayuda no tendría que temer una amenaza penal (recuérdese lo que ya se dijo, además, de las dificultades delimitativas entre alguna forma de autoría, p. ej. la coautoría, y la complicidad, lo que en caso de duda podría determinar, en ausencia de la norma de la complicidad, un salto desde la responsabilidad por coautoría a la impunidad total, con lo que el fin protector de bienes jurídicos del derecho penal se iría al traste). Es, pues, fundamental la norma sancionadora de la complicidad.

319 La complicidad, por otra parte, debe ser eficaz hasta el resultado (si no, no sería causal, uno de sus elementos definidores)³⁰⁷. Ello cierra el paso a un intento que a veces se ha hecho por la doctrina, de reconducir la complicidad *material* que no ha surtido efecto (el cómplice ha querido proporcionar al autor la pistola con que ejecutar el delito, pero que éste no la ha usado porque ya disponía de otra) a una forma de complicidad, también reconocida, consistente en complicidad *psicológica*, o robustecimiento de la voluntad delictiva del autor que no alcanza el grado de la inducción, lo que sólo vale cuando, efectivamente (causalmente: causalidad psicológica) se ha producido esa influencia, y no en caso contrario (no valen presunciones)³⁰⁸.

320 A esta delimitación entre la autoría (incluida la coautoría) y la complicidad no se opone el hecho de que el derecho español reconozca la figura de la *cooperación necesaria*, que es una complicidad elevada (cuantitativamente) a autoría (*vid. supra* XIV 210 ss.).

321 LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, la gran monografista de la complicidad en España, después de contrastar los sistemas unitarios y de accesoriad limitada, respecto a la que relativiza la cuestión conceptual que se quiere resolver con ellas: los sistemas unitarios acaban distinguiendo las diferentes formas de tomar parte en el hecho y los de la accesoriad limitada no se basan en una estructura ontológica rígida [29 ss.], toma partido por este último, el sistema de accesoriad limitada, admitiendo la posibilidad de saltárselo si razones político-criminales lo aconsejaren; adaptándolo, además, en la concepción que le han dado autores como ROXIN, de ataque accesorio al bien jurídico por parte del partícipe [159 ss.]- Fundamentada así la participación, basa dentro de ella la complicidad LÓPEZ PEREGRÍN, en la línea a de ROXIN y SAMSON, de exigir causalidad del cómplice a través de una acción que haya supuesto un facilitar, acelerar o asegurar (no en cambio el posibilitar que en el dere-

³⁰⁷ *Vid.* ya BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 414.

³⁰⁸ *Vid.* las atinadas consideraciones de CEREZO MIR, PG, III, 231, sobre la causalidad psicológica.

cho español constituye cooperación necesaria: siguiendo a RUIZ ANTÓN) la producción del resultado por el autor, lo que constituiría la aportación propia del cómplice al hecho, y que LÓPEZ PEREGRÍN concreta con criterios basados en la teoría de la imputación objetiva, según los cuales la acción del cómplice ha debido suponer un incremento del riesgo de que sobrevenga el resultado causado por el autor, siendo ese riesgo el que se haya concretado en el resultado [165 ss.]³⁰⁹.— Es digno de destacarse que LÓPEZ PEREGRÍN cree posible establecer *ex ante* y de manera objetiva, prescindiendo de los conocimientos del cómplice, qué aportación es peligrosa y cuál no, excluyéndose la imputación ya en el primer escalón de imputación objetiva [236 ss.]. De esta manera, cree posible descartar la complicidad consistente en llevarle al ladrón una escalera de poco peso o el después muy discutido supuesto de las acciones cotidianas, excluidas de responsabilidad aun en el caso de que el sujeto sepa que su acción va a ser utilizada para cometer un delito [239 ss.]; con conclusiones críticas sobre el fundamento de ROXIN y SAMSON, que parecieran sentirse obligados a una consideración *ex post* a la hora de descartar el incremento de riesgo [242 s.].

Sostiene una concepción de la complicidad excesivamente psicologizada y alejada de la causalidad (influido por el entendimiento de la causalidad de VIVES ANTÓN), DEL ROSAL BLASCO, CDJ, XXXIX, 1994, 220, 224 s. 322

B. Tipo objetivo

Al tipo objetivo de la complicidad pertenece la *cooperación* anterior o simultánea al hecho delictivo del autor.— Primer requisito del tipo objetivo de complicidad en los delitos de resultado es que la acción de cooperación del cómplice haya causado el resultado, no bastando con que meramente lo haya estimulado o, como sostiene un sector de la doctrina alemana, haya aumentado el riesgo de producción del resultado. Sin seguridad del efecto causal el tipo objetivo de complicidad no está completo (en su lugar: complicidad en la tentativa, punible de forma atenuada, o tentativa de complicidad: impune)³¹⁰.— Aunque la redacción del art. 29, a diferencia de lo que hace el art. 28 II a) para la inducción, no exige taxativamente que la complicidad deba serlo directamente a la acción principal llevada a cabo por el autor (directo, mediato o en coautoría), debe descartarse, por un argumento *a maiore ad minus*, la punición en nuestro derecho de la complicidad en la inducción. 323

³⁰⁹ Siguiéndole, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 414.

³¹⁰ *Vid.* al respecto LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 283 ss. *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 387; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 514 s.; MEZGER, PG, II, 283. De otro parecer COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 759 s. Matizadamente MIR PUIG, PG⁷, 411 s. *Vid.* las muy oportunas consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 746 s. *Vid.* también excéptico, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 534, 536. Ampliamente sobre la cuestión MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 455 ss., con interesantes consideraciones sobre la imputación objetiva en la complicidad, siguiendo a JAKOBS, PG, 811 ss. (¡leer!). *Vid.* también en la misma dirección STRATENWERTH, PG, 358 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 318.

324 Cuestión distinta a la de la causalidad de la complicidad, que puede ser irrelevante (la causalidad, pese a existir, no justifica la responsabilidad: la ayuda prestada, p. ej., fue trivial)³¹¹, es la de la imputación o naturaleza normativa de la aportación del cómplice, que en la configuración muy plástica de SAMSON, requiere que la acción causal del cómplice haya supuesto la *posibilitación*, la *intensificación* o la *facilitación* de la lesión del bien jurídico por el autor³¹².

C. Tipo subjetivo

325 El supuesto básico de complicidad es el de la dolosa³¹³, en el delito también doloso³¹⁴.

D. Modalidades

326 Distinta, a su vez, de la naturaleza de la aportación causal de la complicidad es la cuestión de las formas en que puede manifestarse externamente. En este sentido, la complicidad puede adoptar una de estas dos formas. La acción de complicidad puede ser una aportación física o una aportación psíquica³¹⁵. Mediante la aportación física, a lo que se coopera es a posibilitar, intensificar o facilitar la ejecución material de la acción principal, p. ej., proporcionándole al autor el instrumento del delito o vigilando la posible presencia de terceros en el lugar del robo. Mediante la complicidad psíquica lo que recibe el autor del cómplice es bien un consejo técnico que facilite la comisión del delito, información, p. ej., sobre cuándo los dueños de la casa a robar están ausentes³¹⁶. En otro caso

³¹¹ Vid. también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 29, 967; QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 29, 311; SÁINZ CANTERO, PG, III, 201; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 16, 889 s.

³¹² Sobre el momento temporal en la complicidad, con especial referencia a la conducta de quien vigila el ocurrir del delito (p. ej. robo), *vid.* LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 303 ss.

³¹³ Vid. ya QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 29, 310; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 412. Incluyendo el dolo eventual: JAÉN VALLEJO, en LÓPEZ BARJA DE QUOROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 16, 124; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 748; SÁINZ CANTERO, PG, III, 202; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, com. art. 16, 895; WELZEL, PG, 143.

³¹⁴ Descartando la complicidad en el delito imprudente: JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ Ramos (coords.), com. art. 16, 124

³¹⁵ Vid. JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 16, 124; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, com. art. 29, 967; MIR PUIG, PG⁷, 410 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 744 s.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 625; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 534 s.; WELZEL, PG, 143; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 452; STRATENWERTH, PG, 358. En contra de la complicidad psíquica: QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 29, 311. Vid. ya ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 473.

³¹⁶ Vid. BACIGALUPO, PG⁵, 387; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 515; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 413.

se habla de complicidad psíquica también cuando la aportación se ha limitado a robustecer la persistencia del autor en la comisión de delito, modalidad, ésta, muy cuestionada en la doctrina^{317/318}.

E. Complicidad sucesiva

A diferencia de las restantes formas de participación, incluidas la coautoría y la cooperación necesaria, la complicidad constituye el único caso de participación que puede prestarse entre la consumación y el agotamiento del delito³¹⁹. Ello es así porque es el único supuesto de participación que se conforma con el mero favorecimiento del autor en la consecución de su fin último, lo que abarca el agotamiento material (*vid. supra* XIII 91 ss.). Sobre la distinción complicidad-encubrimiento *vid. infra* XIV 330 ss. **327**

F. Penalidad

Según el art. 63, a los cómplices en el delito, consumado o intentado, se le impondrá la pena inferior en grado a la correspondiente al autor, salvo que la pena del partícipe se establezca legalmente por separado (art. 64). El cómplice del delito intentado, por tanto, experimenta una doble atenuación, la que rebaja la del autor en un grado y la que rebaja tanto la del cómplice como la del autor en caso de tentativa (ésta en uno o dos grados: art. 62)³²⁰.— Sobre la posible atenuación de la pena del cómplice en los delitos que contemplan elementos especiales de la autoría, *vid. infra* XIV 333 ss. **328**

En su excelente estudio de RDPC, 2ª época, 10, 2002, GÓMEZ TOMILLO, después de mostrar cómo la doctrina y la jurisprudencia son proclives a admitir la complicidad sucesiva hasta el agotamiento del delito, inclusión hecha de la tesis de RUDOLPHI, según **329**

³¹⁷ *Vid.* sobre esta cuestión, incluido el caso del reforzamiento de la decisión delictiva, su estabilización, disposición para intervenir si es necesario, encubrimiento anticipado, promesa del posterior e incluso tentativa de complicidad física, y su adecuada consideración como complicidad psicológica relevante o no en función de su eficacia, LÓPEZ PEREGRÍN, *Complicidad*, 309 ss. *Vid.* también DEL ROSAL BLASCO, CDJ, XXXIX, 1994, 228 s.

³¹⁸ Una tendencia doctrinal (*vid.* JUANES PECES, LL, 1997-2, 1676) proclive a reducir el ámbito de la complicidad a la no pactada previamente y de escasa virtualidad, debe rechazarse.

³¹⁹ De otro parecer CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 29, 967, que sólo admite la complicidad en la fase de agotamiento cuando fue pactada antes de la ejecución. *Vid.* los interesantes argumentos de JAKOBS, PG, 815 ss., que defiende lo mismo en el derecho alemán, en contra de la doctrina dominante y la jurisprudencia, que ven punible la complicidad posterior a la consumación previa al agotamiento. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 351.

³²⁰ La complicidad en las faltas no es punible a pesar de lo que dice el art. 27: *vid.* QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 27, 300. *Vid.* también OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 321 s.

la cual la complicidad sólo tendría virtualidad hasta la terminación de la acción típica del autor (en otro caso sólo cabrá autoría accesoria o encubrimiento) y la consiguiente crítica de ROXIN, que no ve necesario recortar la complicidad a algún estadio anterior a la consumación [113 ss.], sostiene que no estando sometida la complicidad sucesiva a la misma restricción que la coautoría sucesiva (*vid. supra* XIV 189 ss.), será posible la complicidad sucesiva hasta el momento de la consumación (producción del resultado en los delitos de un sólo acto sin medio determinado y resultativos)³²¹, con la única restricción de que debe quedar un control al menos negativo del autor sobre el flujo de los acontecimientos [120 ss., 123], avalado todo ello por el fundamento de la complicidad en su doble alternativa de favorecimiento del autor o de la producción del resultado [132]. Con consideración adicional sobre el elemento subjetivo de la complicidad, que le lleva a decir [140] que la complicidad secreta o sin dolo común que no se concreta en el resultado da lugar a complicidad intentada impune [140]³²².

G. La delimitación entre la complicidad y el encubrimiento y la receptación

330 Aunque el encubrimiento ha dejado de ser una forma de participación, y la receptación y el blanqueo de capitales, entre otras conductas postdelictuales, nunca lo han sido, se ubican en un campo fronterizo con el ya delictivo que obliga a delimitar estas conductas autónomas de las que propiamente son de participación en el delito de referencia, al igual que ocurre con la preparación del delito y su amplia problemática (*vid. supra* XIII 1 ss.), con la particularidad de que mientras la preparación del delito en su sentido más amplio ha sido muy estudiada, el comportamiento postdelictivo sólo ahora comienza a serlo, pese a que se adivina una rica y compleja problemática.

331 Con buen criterio, la doctrina que se ocupa de estas figuras tiende a considerarlas como delitos autónomos, aunque vinculadas a un delito anterior de referencia, con bien jurídico propio. *Vid.* la excelente y amplia monografía de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, ¿Encubridores o cómplices?, quien [207, 307 ss.] apunta en la dirección correcta, en lo referente al problema que aquí nos ocupa, cuando sostiene que el encubrimiento comienza allí donde termina el delito encubierto (tomando como criterio el autor el de la tipicidad, dentro del cual aquí primamos al del dominio de la causalidad [típica]).

332 En esta ocasión, sin poder agotar la materia, que obligaría a penetrar mucho en la PE, donde se ubican los comportamientos postdelictivos autónomos, con su pro-

³²¹ Sobre la complicidad sucesiva en los delitos permanentes, continuado y con circunstancia agravante: 126 ss., 133 ss.

³²² Sobre la complicidad, *vid.* también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (drt.), CCP, II, com. art. 29, 166 ss.; HERRÁIZ PAGES, en: GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes. Personas criminalmente responsables, 442 ss.

pio bien jurídico, hemos de conformarnos con proporcionar una fórmula heurística muy general que, extraída de la estructura de la participación estudiada en este capítulo de la PG, teoría del delito, proporcione un criterio de diferenciación entre complicidad en el delito anterior, especialmente importante desde el momento en que se reconoce que cabe una complicidad entre la consumación formal y el agotamiento material, sobre todo cuando por motivos de política criminal razonable conviene adelantar la consumación, y comportamiento postdelictual autónomo en autoría, en el bien entendido de que una misma y única conducta puede reunir ambas características, con el correspondiente problema concursal a resolver con su norma (unidad de acción). Por decirlo muy brevemente y aprovechando la doctrina general sobre autoría y participación: El autor domina la causalidad en su último eslabón referido al resultado contemplado en un tipo de injusto. El cómplice, en cambio, domina sólo una parte de la causalidad (p. ej. la determinante de que el asesinato se cometa con un arma: la que él aportó, y no otra), pero no domina el último eslabón, el decisivo, que sólo domina el autor. Por su parte, el encubridor, el receptor, el blanqueador, etc., aun en el caso de actuar de acuerdo con el autor del delito previo de referencia, y para favorecerlo, son autores de una conducta principal productora de un resultado protector de bien jurídico perteneciente a un tipo específico (con independencia de sus dificultades de determinación), distintos ambos, bien jurídico y resultado típico del delito principal, que además ellos (encubridor, receptor, blanqueador, etc.), dominan y el autor del delito anterior no. De ahí cabe extraer la conclusión de que p. ej. sólo se puede hablar de receptación (cuestión distinta es la de la tipificación de un acto preparatorio de la receptación) cuando el receptor tiene la cosa, p. ej., el producto del robo, bajo su dominio, que, a su vez, ya ha perdido el autor del delito anterior³²³. Con consecuencias.

28. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN (I). LOS DELITOS QUE CONTIENEN ELEMENTOS ESPECIALES DE LA AUTORÍA³²⁴

Como se vio con anterioridad (*vid. supra* XIV 240), el principio básico en materia de participación es el de la accesoriadad, según el cual, entre otras cosas, la pena del partícipe se toma de la prevista en el tipo realizado por el autor principal³²⁵. Por eso, es necesario modificar de alguna manera la pena del partícipe

333

³²³ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 408, ponen el acento en el momento en que el autor anterior realizó por última vez el tipo del hecho previo.

³²⁴ Una buena panorámica sobre la participación en los delitos especiales puede verse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, CDJ, XXXIX, 1994, 138 ss.

³²⁵ “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”: art. 63.

cuando el tipo delictivo realizado contempla elementos personales o relacionados con la persona del autor que no pueden concurrir (o si lo hacen son irrelevantes) o no concurren en la persona del partícipe.— La posible excepción al principio de la accesoriadad *cualitativa* de la participación³²⁶, pues de eso se trata con lo acabado de mencionar, por tanto, viene constituida por los casos en los que el legislador ha utilizado para caracterizar la tipicidad no elementos relacionados con el bien jurídico tutelado, la forma de lesionarlo o circunstancias concomitantes a la acción y el resultado, sino elementos relacionados, de una manera u otra, con el autor, trátase de una cualidad de su persona, trátase de posibles motivos, intenciones o tendencias, etc., más allá de la conducta típica.— En realidad, si se observa bien, más que de excepción al principio de accesoriadad de la participación, en estos casos, de lo que se trata es de que, circunscrita la accesoriadad de la participación a la existencia de la acción principal en la que participar, cualquier fundamentación del castigo del partícipe en el castigo del autor sólo estará justificada *a priori* cuando la pena del autor se base en la realización de la acción principal, y no cuando se base, o en el incremento en que se base, en su persona (unido siempre a la acción).— De lo que se trata, pues, es de determinar cómo establecer, modificando la regla general, la pena del partícipe cuando el tipo del que tomarla (el que sanciona al autor) contiene algún elemento personal³²⁷.

334 En España, sólo la reciente reforma del CP, la de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha contemplado una norma específica en la materia, referida por lo demás al inductor y al cooperador necesario (que son formas de participación elevadas al mismo rango que la autoría)³²⁸ que no reúnen en su persona alguna cualidad de la autoría³²⁹ (p. ej. la de promotor o constructor en el delito urbanístico del art. 319. 3)³³⁰ tenida en cuenta por el tipo delictivo, previendo la atenuación de la pena en uno o dos grados³³¹.— La nueva norma, además, no se

³²⁶ El otro gran concepto de la accesoriadad es el de accesoriadad *cuantitativa*, según el cual la participación sólo es posible cuando el acto principal del autor ya ha comenzado a realizarse, y su posible excepción la de la punibilidad de determinados actos preparatorios de la misma previos al comienzo de la ejecución por el autor (en el derecho español: conspiración, proposición, provocación y apología: art. 17 s.) (*vid infra* XIV 341 ss.). Sobre los conceptos de accesoriadad *cualitativa* y *cuantitativa* *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 229; BACIGALUPO, PG⁵, 379 s.; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 756 s.; WELZEL, PG, 134 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 978 ss.

³²⁷ *Vid.* las interesantes consideraciones de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 496 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 981.

³²⁸ “También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”: art. 28 II.

³²⁹ “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”: art. 65. 3 CP.

³³⁰ *Vid. supra* XIV 230.

³³¹ *Vid.* al respecto MIR PUIG, PG⁷, 401.

ubica en el título de la determinación de la pena en los casos de participación, sino en el título de la determinación de la pena en atención a la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes³³², concretamente en el art. 65, como nuevo apartado 3, complementario de los apartados 1 y 2, que prevén cuándo es aplicable (o no) al partícipe la circunstancia modificativa nominada genérica en función de su naturaleza personal o material³³³.— Ante este desaguisado legislativo, hay que hacer la siguiente labor integradora: 1) Si la cualidad especial de la autoría permite imponer la pena inferior en uno o dos grados al inductor y al cooperador necesario, que son formas agravadas de participación, con mayor razón debe atenuarse la pena del simple partícipe, el cómplice, cuando no concurra en él la cualidad de la autoría³³⁴. Queda la cuestión de si el legislador español de 2003 ha dejado de aludir a él porque considera que ya basta con la atenuación del cómplice respecto al autor (art. 63), concurran o no elementos cualificantes de la autoría. 2) Si el art. 65. 1, por su parte, prevé que la circunstancia personal que concurre en el autor no es extensible al partícipe, salvo que también concurra en su persona, no es descabellado entender que esa norma no es sino manifestación puntual de un principio más general derivado, ya se vio, del principio de culpabilidad (individual y propia), que permitiría extender (por analogía, si se quiere, siempre que favorezca: ¡lo que excluye a las agravantes!) el régimen del art 65. 1, p. ej., a las circunstancias personales específicas de algún delito o grupo de delitos (p. ej. art. 299: receptación habitual), como asimismo a los llamados delitos especiales impropios (p. ej., art. 530: detenciones ilegales cometidas por funcionario público investido de autoridad para ello)³³⁵. Quedando pendiente de resolver, también por esta vía, el problema no resuelto expresamente ni resoluble por analogía, de qué hacer, atenuar la pena o no, y en su caso en qué medida, del

³³² Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 65, 754 s., propugna ubicar el art. 65 después de 23, considerando que sus efectos se producen en la teoría del delito (por afectar las circunstancias a sus características constitutiva) no en la teoría de la pena, como otros desean, lo que además repercute en su (in)aplicabilidad a las circunstancias específicas del CP; en realidad, su lugar adecuado sería después del art. 31, y ni afecta a la teoría del delito ni repercute sobre su extensión (vía interpretación teleológica) a las circunstancias específicas.

³³³ “Art. 65. 1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

³³⁴ Parece no percibir este cambio legislativo, o no considerarlo tal, PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 773.

³³⁵ No es pues exacta la tesis de MIR PUIG, PG⁷, 400 s., según el cual la norma del art. 60 a. r. era sólo aplicable a las circunstancias genéricas, pero no a las recogidas en tipos particulares de la PE, sino que más bien aquella norma y la actual del art. 65. 3 n. r. son aplicación particularizada del principio de culpabilidad individual. *Vid.* en este sentido ya GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 65, 380, 383 s.

partícipe en los delitos especiales propios (habiendo excluido la introducción en el derecho español de la norma del art. 65. 3, toda posibilidad de especular con la no punición en absoluto de la participación en los delitos especiales propios e impropios).— Con todo ello, y reprochando al legislador español de 2003, que podría haber resuelto el problema unitariamente introduciendo en el Título II del Libro I³³⁶ un nuevo artículo donde se incluyera la norma que ahora contiene el art. 65. 3 (mejorando su redacción en lo que se refiere a la alusión a los elementos personales caracterizadores de la autoría y su culpabilidad)³³⁷, aludiendo también al cómplice, en tanto que en el Título III, Capítulo 2º, Sección 1ª³³⁸, se modulara la pena (atenuación) cuando hay responsabilidad del partícipe a pesar de que el marco penal del tipo de donde tomarla contiene un elemento personal (fundamentador o agravatorio) de la autoría; con todo ello, como decimos, pueden obtenerse los siguientes criterios: *a)* Puesto que la pena del partícipe se toma de la del autor, cuando el tipo en cuestión caracterice a la autoría a través de elementos personales (funcionario, empresario, constructor, deberes de garante, promotor, pariente, menor, etc.) o relacionados con el autor (intenciones, tendencias, motivos, etc.), que, a su vez, se pueden relacionar más exactamente con la persona del autor (ánimo de enriquecimiento en la estafa) o con los hechos (ánimo de apropiación en el hurto), de los que sólo los primeros son relevantes a los efectos que ahora interesan, en aplicación del principio de culpabilidad el partícipe (mediante interpretación teleológica del tipo de la PE que contiene un elemento de esta naturaleza) debe experimentar como mínimo, en el caso de que deba responder y sólo pueda hacerlo por el mismo tipo aplicable al autor, con una pena atenuada. A este espíritu responde el nuevo art. 65. 3, ya que el legislador quiere que en los casos contemplados se responda (*vid.* al menos el art. 31. 1³³⁹, tenido en cuenta a la hora de redactar aquél), y, en consecuencia, se haga con una pena atenuada. Esta norma general sería subsidiaria de otras más matizadas y concretas que dirían así: *b)* Cuando el tipo cualificado o privilegiado contemple exclusivamente un elemento característico de la culpabilidad, como las tradicionales del infanticidio y el parricidio en España, no sólo alcanzarán al autor o partícipe en quien

³³⁶ Que comienza con el art. 27, que dice: “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”. Sobre la mejor ubicación legal de la norma en el capítulo de las personas responsables *vid.* ya BOLDOVA PASAMAR, Comunicabilidad de las circunstancias y participación delictiva, 26 s.

³³⁷ Al estilo del StGB (*vid. infra* XIV 337).

³³⁸ Que comienza con el art. 61, que dice: “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”.

³³⁹ “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Sobre la situación con anterioridad a la reforma de 2003, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 31, 365 (laguna).

concurran sino que, además, en contra de lo que sostiene PEÑARANDA RAMOS (*vid. infra* XIV 337), puede aplicarse el tipo cualificado o privilegiado al partícipe pese a no serlo al autor sin que se vea en ello un ataque al principio de accesoriidad de la participación, ya que la accesoriidad limitada, que es la vinculante, no contempla sino todo lo contrario (obliga a personalizar) a la culpabilidad (ni la general ni la específica) del delito que la constituye³⁴⁰. c) Variación del anterior: Cuando el elemento caracterizador de la autoría sólo lo haga como parte de un tipo modificado, cualificado o privilegiado, que posee su correspondiente tipo básico que no incluye elemento especial alguno de la autoría, como ocurre con los delitos impropios de funcionarios, algunas modalidades del asesinato respecto al homicidio, etc., se procederá a la ruptura del título de imputación, haciendo responder al autor (en su caso al partícipe sin que se haga lo propio con el autor) por el tipo modificado, y al partícipe por el tipo básico (con la atenuación común de la complicidad: art. 63) y con la pena de la autoría del delito común para el inductor y el cooperador necesario.

Para SILVA SÁNCHEZ, EPH-Cobo del Rosal, 912 ss., la cláusula del art. 65. 3, ha de entenderse en el sentido de que no debe atenuarse la pena del cooperador necesario y el cómplice en los delitos especiales de dominio, debe atenuarse en un grado en los delitos de infracción de deber que, además, incorporen elementos de dominio, y no debería ni sancionarse a esos partícipes en los delitos de pura infracción de deber. Por lo que se refiere al cómplice, entiende SILVA SÁNCHEZ que no cabe posibilidad alguna de que directa o indirectamente (ni por analogía) le alcance algún efecto atenuatorio como consecuencia del art. 65. 3. Finalmente, entiende SILVA SÁNCHEZ que la circunstancia innominada de “mayor gravedad del hecho” sólo debe operar, agravando la pena, respecto al partícipe que la conociera. **335**

ZUGALDÍA ESPINAR, EPH-Cobo del Rosal, 965 ss., ubica muy bien el nuevo art. 65. 3, en el contexto de la laguna existente en nuestro derecho respecto a la participación en los delitos especiales propios (“fundamentan”), que en parte vendría a colmar, por lo que lo celebra, aunque formula reparos como el de no contemplar al cómplice, lo que él (ZUGALDÍA ESPINAR) resuelve por vía de analogía. **336**

Un autor que en España se ha planteado con detalle el problema de la ruptura de la accesoriidad de la participación cuando están presentes elementos personales del **337**

³⁴⁰ Sostener lo contrario, por muy cualificada que sea la doctrina que lo sustente (*vid. infra* XIV 337 ss.), sigue siendo jurisprudencia conceptual. Desde el punto de vista de la política criminal, incluso, habría casos en los que exigir la concurrencia en el autor para que pueda ser estimada la que concurre en el partícipe, sería escandaloso. Algunos móviles, como el de la codicia en el asesinato de algunos ordenamientos jurídicos, hablan a favor de mi tesis. Como ocurría con los delitos de parricidio e infanticidio en España (que por cierto no contenían elementos del tipo de culpabilidad que fundamentasen la pena sino meros elementos especiales de la culpabilidad que la agravaban: parricidio, o la atenuaban: infanticidio) hasta su desaparición. *Vid.* también la atinada reflexión de PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 779.

tipo en la caracterización de la autoría, aprovechando la doctrina alemana que se ha ocupado del tema, entre otras cosas porque el StGB contiene una norma específica al respecto relativamente reciente y sumamente complicada³⁴¹, ha sido PEÑARANDA RAMOS, Principio de accesoriedad. Tomando como referente el concepto de *accesoriedad positiva* elaborado por HERZBERG, según el cual mientras que la accesoriedad negativa establece lo que ha de estar presente en el comportamiento del autor para que pueda punirse la participación, la accesoriedad positiva explica que el partícipe responda pese a no haber realizado él personal y directamente determinados elementos del tipo sí cumplidos por el autor [338], entiende con este autor alemán que la accesoriedad positiva es fácil de edificar con elementos impersonales, pero no con los personales, respecto a los que estaría vigente el principio de no accesoriedad [340]³⁴².— A partir de ahí, PEÑARANDA RAMOS, que ve cómo en la doctrina alemana hay una tendencia a reconocer cada vez más elementos del tipo necesitados de un tratamiento individualizado, procede a comprobar si la doctrina es extrapolable al derecho español y en qué límites, por comparación con lo que ocurre en el derecho positivo y doctrina alemanes.— Tras argumentar PEÑARANDA RAMOS que ninguna de las normas que regulan la materia en el CP se oponen a importar esta doctrina alemana (en honor a la verdad, lo que realmente ocurría es que no se contemplaban en la época en que PEÑARANDA RAMOS escribe), puede concluirse que es correcto exigir que la punición del partícipe en los delitos que contienen elementos altamente personales requiera la concurrencia del elemento en el partícipe, no bastando la concurrencia en el autor [344]. Cuestión distinta es la de si puede ser suficiente para su estimación cuando estuvo presente en el partícipe y ausente en el autor. Aquí, lo primero que hace PEÑARANDA RAMOS es exponer la tesis pionera que un día sostuvieron en el derecho español DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO³⁴³, y después

³⁴¹ Que evidencia una vez más que en determinadas materias puede ser mejor no legislar *expresamente*.

³⁴² Vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 931.

³⁴³ Tesis a la que me adherí en 1978. Vid. CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos, ADP, 1978, 71. Se ha adherido también CEREZO MIR, PG, III, 240, que razona muy bien en contra de PEÑARANDA RAMOS y su argumento de la exigencia de legalidad. Vid. también la defensa de esta concepción que ha hecho Esteban PÉREZ ALONSO, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, 1995, 218 ss., 234 ss., 239 ss., 245 s. La propia jurisprudencia del TS incluso ha sido más atrevida a este respecto que la doctrina científica; vid. la selecta recopilación de SsTS que hace muy oportunamente MORENO Y BRAVO, Autoría en la doctrina del TS, 97 ss., sobre ruptura del título de imputación. Vid. también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 285, que cita una STS de 24 de junio 1994, que aplicó una atenuación analógica al partícipe *extraneus* en un delito de prevaricación. Vid. también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 27, 923 s. Vid. también el excelente comentario a las SsTS de 24 de 18 de enero y 24 de junio 1994, que realiza MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, AP, 1996, 218. Vid. también CHOCLÁN MONTALVO, AP, 1995, 95 ss., con una excelente revisión previa sobre el estado de la cuestión en la doctrina científica; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 757; PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), 781; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 629; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 256; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 12, 18, 33; MEZGER, PG, II, 299 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 60, 189 ss., que anticipó lúcidamente que los elementos personales vinculados al autor (del tipo

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, partidarios de la consideración individualizada de los elementos personales del tipo (aplicación al autor o partícipe en cuya persona concurren), y la discusión doctrinal alemana en torno a los §§ 28 y 29 StGB³⁴⁴, dividida entre quienes por un lado, grupo minoritario, entienden que los elementos del tipo caracterizadores de la culpabilidad, directamente, en aplicación del principio de culpabilidad deben ser individualizadamente considerados, y quienes por otro, grupo mayoritario, entienden que esos elementos deben ser sometidos a tratamiento diferenciado según que fundamenten la punibilidad o simplemente la modifiquen (p. ej. situación de la madre en el infanticidio § 217; codicia en el asesinato: § 211), de manera que mientras en el segundo caso cabe individualizar, bien por la vía del § 29, bien por la vía del § 28 II, en el primero, cuando el elemento de la culpabilidad fundamenta la punibilidad (p. ej. profesionalidad en la receptación: § 180 I y III; desconsideración en el abandono de niños: § 315 I 2, etc.), la pena del partícipe en quien no concurre la cualidad personal de la autoría debe atenuarse conforme a lo establecido en el § 28 I. Mientras que en este último caso el grupo minoritario se inclinaría por la total impunidad del partícipe.— Cabe simpatizar, continúa PEÑARANDA RAMOS, con la doctrina minoritaria expuesta, pues es acorde con el principio de culpabilidad; el problema estaba, como ha puesto de relieve STRATENWERTH³⁴⁵, en que de ser consecuentes habría que estimar también posible tener en cuenta la circunstancia personal de la culpabilidad cuando concurrendo en el partícipe no estuvo presente en el autor, lo que supondría una vulneración del principio de la exigencia de hecho principal típico, es decir, el principio de legalidad. Conclusión mayoritaria: Sacrificar el principio de culpabilidad para salvar el de legalidad, propiciando sólo la atenuación donde estaría justificada la total impunidad del partícipe.— HERZBERG y ROXIN, continúa PEÑARANDA RAMOS, no se resignan, y no ven inconveniente en aplicar el § 29 allí donde la doctrina mayoritaria ve inevitable aplicar el § 28 I: en los elementos de la culpabilidad que fundamentan la punibilidad, pues su función sólo estriba en servir de presupuesto mínimo para cualquier accesoriadad: sin realización de todo el tipo por el autor (incluidos sus elementos caracterizadores de la culpabilidad) no cabe accesoriadad; y nada más³⁴⁶. El § 28 II, por su parte, precisamente para lo que sirve es para crear un título de imputación nuevo

parricidio de la r. a.) no debían extenderse al partícipe en quien no concurren (¡sí, si concurren en él aunque no concurren en el autor!) cuando modifican la pena (y si cuando están vinculados al hecho: autoría); en tanto que respecto a los elementos personales vinculados al autor y que fundamentan la pena (del tipo delito especial propio: prevaricación), sin dejar de admitir la participación de quien no reúne en su persona la cualidad exigida, la pena debe atenuarse siempre.

³⁴⁴ “§ 28 Elementos personales especiales (1) Si los elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor (§ 14, apartado 1) están ausentes en el partícipe (inductor o cómplice), se atenuará su pena conforme al § 49, apartado 1. (2) Si la ley determina que elementos personales especiales agraven, atenuen o excluyan la pena, sólo serán válidos para el partícipe (inductor o cómplice) en quien concurren”. “§ 29 “Punibilidad independiente del partícipe. Cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración a la culpabilidad de otro”. *Vid.* ya sobre el derecho alemán, que no ha tenido reparos en admitir la ruptura del título de imputación, ampliamente: WELZEL, PG, 144 ss. Sobre la situación actual en Alemania y los gravísimos problemas interpretativos que plantea la redacción vigente: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 499 ss. (con especial referencia a los elementos personales).

³⁴⁵ *Vid.* STRATENWERTH, PG, 366 ss.

³⁴⁶ En el mismo sentido JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 710.

que remite a otro tipo no realizado por el autor [347]. Por su parte, JAKOBS³⁴⁷, para corregir las incoherencias sistemáticas de HERZBERG y ROXIN, de distinguir entre elementos de la culpabilidad que fundamenten o sólo modifiquen, siendo preferible un tratamiento unitario inspirado en el § 29, es decir, en el principio individualizador, exige siempre la concurrencia tanto en el partícipe como en el autor de la característica de la culpabilidad (JAKOBS lo extiende a todo elemento altamente personal, lo que abarca más que la culpabilidad), para que en todo caso juegue el doble privilegio de que habla ROXIN: quedar exento de pena el partícipe cuando no concurre en su persona el elemento cualificante de la culpabilidad que fundamenta la pena o responder por el tipo modificado, y exigencia de que el autor reúna siempre en su persona el elemento cualificante (no bastando con su concurrencia en el partícipe) [347].— Como consecuencia de todo lo anterior, descarta PEÑARANDA RAMOS la tesis de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, ya que los códigos penales se inspiran en la idea de autor único que realiza el tipo y, por tanto, ha de cumplir todos los elementos del mismo para que quepa accesoriadad. Otra cosa sólo sería posible si los tipos estuviesen redactados de otra forma, o existiese una cláusula que extendiese la aplicabilidad de tales factores (de la culpabilidad) a sujetos distintos a los autores del hecho [349]. PEÑARANDA RAMOS concluye que el antiguo art. 405 CP español (parricidio) no agravaba la pena del hijo que induce al tercero a matar a su padre (sólo si él lo mataba) [349], lo que cambia cuando se trata de circunstancias genéricas (antiguo art. 60), lo que explicaba la regulación española, muy bien^{348/349}.

338 Una posición intermedia es la de MIR PUIG, PG⁷, 402³⁵⁰, que no ve inconveniente en aplicar el elemento típico accidental de carácter personal al autor o partícipe en quien concurra, pero no el esencial.

339 Como consecuencia de esta compleja cuestión hay que decir: Caben todas las alternativas en lo que se refiere a la extensibilidad del elemento personal del delito al partícipe³⁵¹. Cabe su consideración separada, como aquí se ha defendido. Cabe condicionar

³⁴⁷ Vid. JAKOBS, PG, 820 ss.

³⁴⁸ A lo que hay que contraponer: con independencia de los argumentos que quepa aducir en favor de la tesis de PEÑARANDA RAMOS, es seguro que el legislador no pensó en ello en el momento de legislar.

³⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, Inducción, 129 ss., que también después se ha ocupado exhaustivamente de la participación en los delitos especiales, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, partiendo de la accesoriadad de la participación y no ruptura del título de imputación, sostiene incluso, contra PEÑARANDA RAMOS, que los elementos de la culpabilidad elevados a típicos, permiten que el tipo, ese tipo que lo contiene, sea aplicable al partícipe *extraneus*, aunque a la postre admite la atenuación, que es de lo que se trata. A favor de la no ruptura del título de imputación, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 516; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 299; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 820; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 247; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 513 ss., 523

³⁵⁰ Vid. ya, ampliamente, MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 916 ss., 918.

³⁵¹ Sobre esta cuestión es imprescindible leer el capítulo 3 (215 ss., 284 ss.) de la monografía de BOLDOVA PASAMAR, Comunicabilidad de las circunstancias y participación delictiva; como asimismo RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, 862 ss. Vid. también PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 777 ss., con excelente exposición general de la problemática, aunque admite (con buen criterio) que el partícipe en la muerte de su padre ignorando que se trataba de él respondía por participación en el homicidio [527]; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 160.

la extensión al partícipe siempre y cuando esté presente el elemento personal también en el autor, como quiere PEÑARANDA RAMOS. Cabe, incluso, extender la responsabilidad por el tipo que contiene un elemento personal al partícipe a pesar de no estar presente en el autor (salvo que se trate de un elemento personal que fundamente la pena, inclusión hecha del que constituye un tipo de culpabilidad, en cuyo caso el elemento ha de concurrir en el autor para que, *si concurre también en el partícipe*, se le aplique). A su vez, cabe atenuar (en su caso agravar) de una u otra forma la responsabilidad del partícipe que pese a responder no reúne en su persona la cualidad de la autoría como quiere GIMBERNAT ORDEIG³⁵², y una amplia doctrina que le sigue³⁵³. Todas esas alternativas caben, y están representadas en nuestra ciencia penal³⁵⁴, porque al fin y al cabo se trata de una cuestión axiológica que no se puede resolver con el rigor de las cuestiones ontológicas. Ahora bien, lo que no admite esa flexibilidad y además ha de estar presente para que quepa plantear la cuestión axiológica acabada de mencionar, es la presencia de un hecho completado por elementos personales cualificantes respecto al cual han de constatarse la causalidad y la finalidad de cuantos intervienen en él y que constituye el fundamento mínimo de la participación. Por eso hemos hablado desde el principio de la causalidad y la finalidad a ella referida, contenidas ambas en un tipo, como los elementos mínimos con los que caracterizar la teoría de la participación, que después puede ser modificada, sin alterar la estructura básica de la causalidad/finalidad, en aras de las exigencias regulativas. En un sistema penal a la vez ontológico y teleológico³⁵⁵.

GÓMEZ MARTÍN, *Nuevas tendencias en política criminal*, 49 ss., ha realizado un estudio concienzudo de la relación entre los artículos 31. 1 y 65. 3 respecto a la teoría de la participación.— Después de exponer lo que han significado las diferentes vicisitudes en el tratamiento de la legislación española respecto a actos delictivos cometidos en nombre de las empresas por sus representantes que no reunían en su persona la cualidad requerida por la autoría (la empresa, que como tal carecía de la capacidad de responsabilidad penal) antes y después de 1995 [54 ss.], toma posición el autor sobre

340

³⁵² Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 279 ss., PG, 147.

³⁵³ *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, *Comunicabilidad de las circunstancias y participación delictiva*, 346 ss., 354 s.; RUEDA MARTÍN, *RDPC*, 2ª época, 8, 2001, 156 ss., 164: no ruptura del título de imputación en los delitos propios e impropios de funcionarios, con atenuación en ambos casos del *extraneus* partícipe por ser el significado de su comportamiento de menor gravedad que el del *intraneus*; MOLINA BLÁZQUEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *CCP*, III, com. art. 65, 757 s.: no ruptura del título de imputación en los delitos especiales y sugerencia de no distinguir entre delitos especiales propios e impropios; a la postre, a favor de la no ruptura del título de imputación, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 985 s.

³⁵⁴ Cabe incluso la intermedia de ESCRIVÁ GREGORI, *EJH-Pérez Vitoria*, I, 226, 229 ss., proclive a romper el título de imputación cuando ello favorezca al *extraneus* y a no hacerlo cuando le perjudique, por aplicación analógica favorable al reo de la norma del art. 60 a. r. Ésta fue ya la concepción de ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 464 ss., quien además hizo una valiosísima exposición sobre la jurisprudencia de su tiempo.

³⁵⁵ Sobre esta cuestión *vid.* también BACIGALUPO, *PG*⁵, 381 ss., con atinadas conclusiones; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *CCP*, II, com. art. 28, 158 ss., ofrece un cuadro resumen sobre autoría y participación en los delitos especiales, inclusión hecha de su tratamiento por la jurisprudencia del TS de interés.

el significado del art. 31. 1, entendiendo que el mencionado precepto pretende extender la tipicidad que sólo cumple el *intraneus* al *extraneus* cuando tratándose de delito especial propio, el *extraneus* actúa por cuenta del *intraneus* [66], siempre que además realice el comportamiento lesivo o de puesta en peligro del bien jurídico [67]. En cambio la pretensión de algunos (GRACIA MARTÍN y HERNÁNDEZ PLASENCIA, en España; HERZBERG y SCHÜNEMANN, en Alemania), de utilizar el art. 31. 1. para resolver el problema del instrumento doloso no cualificado, es infundado por tres razones: 1) Porque en el ámbito del 31. 1 no se explicaría que el *intraneus* quedara exento de pena; 2) esa norma parte de la premisa de que la persona representada no realiza la conducta típica (lo que sí ocurre con el instrumento doloso no cualificado); 3) no tendría sentido la solución del “actuar por otro” en aquellos delitos especiales en que la restricción de la autoría no obedece al deber infringido [68 ss.]. El problema del instrumento doloso no cualificado lo resuelve GÓMEZ MARTÍN con la concepción de MIR PUIG, de la pertenencia normativa del hecho (*vid. supra* XIV 44) [70 s.]. Sobre los supuestos de instrumento imprudente cualificado: 71 s.– Por lo que se refiere a la participación del *extraneus* en los delitos especiales, a la luz de lo establecido en el recientemente incorporado art. 65. 3, que entronca con pero va más allá del art. 31. 1, GÓMEZ MARTÍN va a utilizarlo para ver dirimida en él la vieja discusión sobre la responsabilidad del *extraneus* partícipe en delito especial impropio [72], tras hacer un estudio excelente³⁵⁶ sobre el estado de la discusión antes y después de 1995 y de la reforma de 2003, acerca de la ruptura o no del título de imputación en los delitos especiales impropios cuando intervienen *extranei* y sobre la posibilidad de atenuar la pena, de inclinarse por la no ruptura del título de imputación [74 ss.], y toma postura sobre la polémica sosteniendo la desmedida tesis de que, tras 2003, la única solución correcta es la unitaria (no ruptura del título de imputación) [88 s.], fundamentándolo además de en los tradicionalmente utilizados por los defensores de esta tesis (el art. 65. 1 y 2 sólo se refiere a circunstancias, es más grave participar en el delito especial que en el común correspondiente, los delitos especiales impropios no son meras cualificaciones de los básicos sino algo distinto) [89 s.], en un cuarto proporcionado por la reforma, según el cual de la redacción del 65. 3: quien no reúne la cualidad de la autoría responderá pero podrá atenuarse su pena, se deduce de modo inequívoco que el *extraneus* responde por el mismo título de imputación que el *intraneus* autor [91]. Demorándose después GÓMEZ MARTÍN en posibles objeciones a este planteamiento [92 s.] y aspectos en que la redacción de 2003 podía haberse mejorado [94 ss.].– Aborda a continuación GÓMEZ MARTÍN la cuestión de la atenuación del partícipe *extraneus* [96 ss.], fundamentando la conveniencia [100] y el modo de articularla, con nuevas críticas al 65. 3 [100 ss.].– Finalmente, se ocupa GÓMEZ MARTÍN de la relación entre el 31. 1 y el 65. 3, mostrando convincentemente [112] su armonía.

341 Circunscribiéndonos estrictamente al problema de la relación del art. 65.3, con la problemática general de la participación del *extraneus* en los delitos especiales y la

³⁵⁶ Con el único inconveniente de dar por supuesto [91], lo que es rigurosamente erróneo, que en España predominan los partidarios de la no ruptura del título de imputación.

determinación de la pena, cabe decir frente al pensamiento de GÓMEZ MARTÍN: 1. Que los argumentos tradicionales de fundamentación de la no ruptura del título de imputación que nos ha recordado son endeblísimos: a. Que el art. 65. 1 y 2 se refiera sólo a las circunstancias no es incompatible sino todo lo contrario, perfectamente coherente con que también se personalice en la medida de lo posible tratándose de elementos del tipo. b. Que en el delito especial impropio sea más grave la responsabilidad del partícipe y que se trate también para él de algo distinto al delito común constituyen sendas *petitiones principii*. 2. Por lo que se refiere a su propio argumento basado en el 65. 3: a. Elemento que fundamente la culpabilidad del autor puede serlo tanto aquel sin cuya existencia no habría responsabilidad penal del mismo autor, como aquel que modifica la correspondiente a un delito común, sobre cuyo supuesto nada diría expresamente el 65. 3. b. El art. 65. 3 se refiere expresamente al cooperador necesario y al inductor, equiparados en pena al autor, respecto a los cuales quizá y únicamente, justo por eso: equiparación, prevé la atenuación, cuyo carácter meramente facultativo por cierto todos lamentamos; sin decir pues nada sobre el cómplice. c. La norma del 65. 3 es una norma de determinación de la pena que no prejuzga nada cuestión dogmática alguna.

29. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN (II). LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LA PARTICIPACIÓN

El segundo gran grupo de *excepciones* al principio de *accesoriedad* de la participación, o dependencia de la participación respecto a la autoría, ahora en el sentido de que sin que el autor del delito haya comenzado a actuar –tentativa– no cabe la participación (*accesoriedad cuantitativa*), lo constituyen los tradicionalmente denominados “actos preparatorios de la participación”, para ser más exactos, en el derecho español, de la coautoría, o participación de varios en el delito como autores. La *conspiración* y la *proposición* son, en efecto, los dos únicos *actos preparatorios de la participación* que reconoce expresa y directamente nuestro derecho. Y ambos preparan, como veremos después, una coautoría³⁵⁷. La razón por la cual el legislador español ha circunscrito así, históricamente, la preparación de la participación (en sentido amplio) requiere una explicación.– El derecho alemán puede ser un buen contrapunto que ayude a comprender el fundamento de la conspiración y la proposición en el derecho español, dado que ambos parecen partir de las dos perspectivas (¿contrapuestas?) desde las que cabe prevenir el hecho, grave, de que el enrolamiento de varios en el delito aumenta considerablemente la posibilidad de que se cometa. En el derecho ale-

342

³⁵⁷ *Vid.* atinadamente en este sentido OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17, 871.

mán se observa claramente cómo el legislador, desde siempre, concede una importancia decisiva en la prevención del delito futuro por la implicación de varios sujetos al hecho de inducir a alguien para que cometa un delito, a lo que se suma, ciertamente, una conspiración concebida en términos semejantes a la nuestra (como acuerdo de coautoría). Pero basta pensar en el hecho de que el derecho alemán contempla: 1) la simple tentativa de inducción, 2) la tentativa de inducción a la inducción, o inducción en cadena, 3) el manifestarse dispuesto a cometer un delito como autor, que como bien dice ROXIN³⁵⁸ incluye como submodalidades la de la aceptación de una inducción y la de ofrecerse dispuesto a cometer un delito como autor, que sería un caso especial de tentativa de inducción o de inducción en cadena, 4) y la aceptación de un ofrecimiento (a cometer un delito como autor), caso especial de tentativa de inducción o cierre de la voluntad de un autor³⁵⁹, e, incluso, 5) una conspiración para la inducción; basta comprobar esto, para darse cuenta de que el CP alemán pone especialmente el acento en el elemento inducción que existe en todos aquellos casos en los que quien está decidido a cometer un delito o quiere que otro lo cometa influye induciendo a una inducción o induciendo a la comisión de un delito, aunque sea por un autor individual³⁶⁰. Puede decirse que el derecho alemán, en este ámbito, se inspira en el principio de la inducción, previniendo influencias que pueden hacer que se cometa un delito³⁶¹.— El derecho penal español, en cambio, al contemplar sólo como punibles, en esta fase anterior al comienzo de la tentativa del autor, los actos preparatorios de una participación (en sentido amplio) consistentes en un acuerdo de coautoría (conspiración) y la preparación de esa conspiración (proposición), si la proposición fracasa, no convirtiéndose en conspiración, lo que evidencia que proposición y conspiración son actos que forman un progresión: también la proposición quiere prevenir sólo una coautoría, con lo que el elemento inducción que contiene, si contiene alguno, va referido sólo a la coautoría, con exclusión de cualquier otra tentativa de inducción (que ya ni cabe en la redacción de la provocación del CP de 1995, al prescindir de la llamada *provocación privada*, donde autores cualificados la incluían: *vid. infra* XIV 368 ss.), evidencia claramente que se inspira en el elemento ejecución, y no en el elemento inducción, de los actos anteriores al comienzo de la tentativa que interesa prevenir en

³⁵⁸ ROXIN, LK, III¹⁰, com. § 30, núm. marginal, 81.

³⁵⁹ Sobre esta peculiares figuras del derecho alemán *vid.* JAKOBS, PG, 932 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 475; STRATENWERTH, PG, 365; todo ellos contrarios a la punición de estas resoluciones meramente manifestadas de forma verbal si no van a más. *Vid.* ya MEZGER, PG, II, 150.

³⁶⁰ Sería conveniente “extrapolar dogmáticamente” estas figuras al derecho español para ver si y cuándo son punibles en nuestro derecho. En 1976 lo hice (CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 174 ss.), pero desde una visión distorsionada de la conspiración.

³⁶¹ *Vid.* también, sobre el sistema alemán de tipificación de estos actos, SILVA SÁNCHEZ, *Cuestiones fundamentales*, 150. *Vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 754 ss.

derecho penal³⁶².— Puede decirse, por tanto, que mientras que, antes del comienzo de la ejecución del delito, el derecho alemán concede preferencia al aspecto espiritual y subjetivo de la decisión de cometer un delito, el derecho español se la presta al aspecto material y objetivo del hecho delictivo preparado³⁶³.— En cualquier caso, no está nada claro, algunos autores lo niegan en redondo, con razón, que el derecho penal español contenga entre los actos preparatorios de la participación a la tentativa de inducción, probablemente el comportamiento que más frecuentemente se da en la realidad como preparatorio de la participación de varios en el delito; no siendo cierto, por otra parte, que así lo exija el Estado de Derecho ni que la política criminal lo desaconseje. Sin duda se ha discutido muy poco entre nosotros sobre este tema, que habrá que retomar³⁶⁴.

Esto no lo vi claro en 1976³⁶⁵, cuando no sólo no fui consciente de los principios diversos en que parecen inspirarse los códigos penales alemán y español, sino que tampoco capté, lo que quizá es más importante y decisivo que lo anterior, que la misma regulación de la conspiración en el derecho alemán no aparece como fase progresiva y más acabada de las otras formas de preparación de una participación tan

343

³⁶² Esto lleva a OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 826 s., a criticar la punición de cualquier estadio previo a la inducción, siendo así que son impunes en nuestro derecho los actos preparatorios de la cooperación necesaria y la complicidad, e, incluso, de la autoría única. Con mejor criterio RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 17, que ve en la implicación de varias personas un *plus* de peligro (frente al autor único) de que el delito se cometa. *Vid.* también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 52, 181.

³⁶³ PUIG PEÑA, PG, II, 280, se dio cuenta de este posible doble enfoque (preparación de la coejecución e instigación) de los actos preparatorios de la participación. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, I, 223, en cambio, cuestiona la denominación de resoluciones manifestadas, estimando que estos actos del art. 4 a. r. son simplemente “actos preparatorios” (en el mismo sentido, SÁINZ CANTERO, PG, III, 149); pero, con mejor criterio, en CCP, 60, considera que éstos son actos preparatorios de la participación. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, I, 226, reconduce tanto la proposición como la provocación a inducción frustrada: por cierto, tentativa de inducción. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 263, 268, que defiende brillantemente su tesis según la cual proposición, conspiración y provocación son resoluciones manifestadas no constitutivas de preparación del delito, que requeriría ejecución de actos materiales, en tanto que éstos son sólo verbales, no tiene en cuenta que, al igual que ocurre con las amenazas, respecto de las cuales no duda en ver ejecución de un delito contra la seguridad, también hay formas de preparación del delito que presuponen la ejecución de actos peligrosos = aumento de la probabilidad de que se cometa, más allá de la mera resolución exteriorizada, siendo ése el fundamento de la proposición, la conspiración y la provocación. *Vid.*, con mejor criterio, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 422, 424. Relativiza la importancia de la distinción en torno a la naturaleza de estos actos, CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 282. Estiman que estos actos sólo se justifican desde consideraciones procedentes de la teoría de la preparación y de la participación, sin que ninguna de ellas por separado los justifique, aunque con preferencia hacia su ubicación en la teoría de la participación, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 464 s. *Vid.* también GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 556 ss., 558.

³⁶⁴ Esto lo vió claro ya ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 472, y aunque su brillantísima especulación sobre la cuestión ha podido propiciar interpretaciones posteriores proclives a incluir la tentativa de inducción en la proposición, él parecía proclive a no verla punida en nuestro derecho. En contra de la punición de la tentativa de inducción, QUINTERO OLIVARES, LH-Cerezo Mir, 925 s.

³⁶⁵ Conspiración; *vid.* también CUELLO CONTRERAS, ADP, 1976, 536.

características del derecho alemán como las de “manifestarse dispuesto a cometer el delito” y la “aceptación de un ofrecimiento a cometer el delito”, inspiradas claramente en el principio de inducción, mientras que también en aquel derecho, y con carácter excepcional, la conspiración se inspira en el principio de ejecución, tan característico del derecho español.— La resultante de todo eso, unido a la amplitud del léxico legal español en materia de conspiración, me llevó a interpretar la norma de la conspiración como una tentativa de inducción mutua, tal como se intentó en algún momento histórico del derecho alemán (FEUERBACH). Esta interpretación no la defiendo ya y sí la dominante en España, de la preparación de la coautoría, con las consecuencias que *infra* XIV 348 ss. se verán a la hora de desentrañar los elementos del tipo de conspiración.

344 En resumen: Los únicos actos preparatorios de la participación en el derecho español son la proposición y la conspiración, de los cuales, a su vez, mientras que la conspiración prepara una *coautoría, única conducta principal de participación cuya preparación anterior al comienzo de ejecución pune nuestro derecho*, la proposición es acto preparatorio de una conspiración, actos pues doblemente preparatorios del acto ejecutivo de la coautoría. *La preparación de una inducción, la tentativa de inducción, es impune en nuestro derecho*, constituyendo una grave laguna. *La provocación, finalmente, no constituye acto preparatorio de la participación con la que estuviera en relación de progresión*, sino acto no proyectado por su autor ni a acto concreto alguno ni a sujeto concreto alguno que den lugar a participación delictiva, y sí más bien acto que agota su significado punitivo en la apología = elogio del delito.

345 En 1976, Conspiración, 12 ss., 31 ss., 39 ss., 68 s., 125 ss., 174 ss., en cambio, consideré inadecuadamente que 1) la conspiración y la proposición no se correspondían (por la decisión previa del proponente), 2) que la provocación, lo más amplio, incluía también lo más concreto, la tentativa de inducción.

346 BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, que estudia conjuntamente los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación, tras exponer la evolución legislativa en España [11 ss.]³⁶⁶ y en Alemania [19 ss.], e incluso brevemente sus semejanzas y diferencias [22 ss.], y después de abordar ampliamente su naturaleza jurídica (la de cada uno de estos actos) en el derecho alemán (con especial referencia al equivalente de nuestra provocación contenida en el § 111 en el StGB) y español (con referencia a las distintas interpretaciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de cada acto por separado) [25 ss.], llega a la conclusión (de mínimos, podríamos decir) de que estos actos son a la vez preparatorios del delito y preparatorios de la participación [84 ss.], con breve referencia crítica a los delitos para los que tras 1995 se reserva su punición [91 ss.].— Por lo que se refiere al fundamento de punición de

³⁶⁶ Vid. también REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología, 31 ss.

estos actos, BARBER BURUSCO, después de pasar revista a los criterios barajados doctrinalmente de peligro de puesta en marcha de un proceso causal, fundado en una unión de voluntades, combinado de los dos anteriores y sugestión [105 ss.], toma posición caracterizando a todos ellos como de peligro para el bien jurídico, con combinación de los anteriormente proporcionados por la doctrina, reconociendo que el peligro se basará en uno u otro de los criterios según el acto de que se trate. Así p.ej., mientras que en la proposición hay peligro de que se cometa el delito por el destinatario de la proposición como consecuencia de la misma, pero no por la intervención en él del proponente, ya que no lo exige la ley, en la conspiración lo relevante es el concierto de varios para cometerlo, a lo que puede añadirse la sugestión mutua, el cálculo racional del objetivo perseguido, etc., en la provocación, dado el anonimato del destinatario de la misma, “cobra relevancia en exclusiva la puesta en marcha de un curso causal independiente” [114 ss.].

A. La conspiración

a. Naturaleza jurídica y fundamento de punición

La *conspiración* es el acto preparatorio de una *coautoría*, y supone la puesta de acuerdo de varios para cometer un delito como coautores³⁶⁷.— Su fundamento estriba en que el hecho de que varios se concierten para cometer un delito y resuelvan ejecutarlo, crea el peligro de que, al implicar a varios, el delito efectivamente se cometa.— Aunque el autor individual ya resuelto al delito puede ser tan peligroso y eficaz como los coautores ya decididos, el autor individual puede incluso actuar más fácilmente (no depende de otros), se castiga la conspiración y no la preparación del autor individual porque el acuerdo, el pacto, suscrito por los conspiradores supone una influencia (real, no potencial) de cada uno de ellos sobre los demás, lo que implica un refuerzo exterior de las voluntades y una tras-

³⁶⁷ Doctrina dominante: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 151; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 17-18, 104; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 722; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 107; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 426; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 474. Con reticencias: QUINTERO OLIVARES, PG³, 583; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Desistimiento, 142 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 481; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 702; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALE- RÉE, PG, 377; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17, 891; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17 y 18, 963; DEL ROSAL BLASCO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 4, 18; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 283; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 519; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 758 s.; BER- DUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 297; MIR PUIG, PG⁷, 341; GÓMEZ RIVERO, AP, XV, 1995, 206. De otra opinión: JAKOBS, PG, 933: coautores o inductores conjuntos; CEREZO MIR, PG, III, 181: algún conspirador puede ser mero cómplice; BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, que ha hecho un estudio excelente de la doctrina recaída sobre este punto [160 ss.], concluye con su maestro DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, EPB, 305, en entender que la conspiración prepara una coautoría en sentido estricto o una cooperación necesaria. En el mismo sentido ya GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 559.

endencia a través de actos externos consistentes en las incitaciones que los conspiradores se cruzan y mantienen; lo que no ocurre con el autor individual³⁶⁸.— Puede decirse, pues, que la norma penal, que no puede motivar al autor individual en lo que trama sobre la comisión del delito (¿cómo penetrar en el interior del sujeto?), sí puede y debe hacerlo en cuanto que el autor no individual pacta con otros la comisión del delito. Al interés de la protección de los bienes jurídicos, se añade pues en la conspiración la posibilidad de motivar realmente al destinatario de la norma.

b. El tipo de conspiración

- a'. Los sujetos de la conspiración. Cualidades de la autoría en la conspiración

348 La conspiración requiere como mínimo dos personas.— Puesto que esas personas se ponen de acuerdo y deciden ejecutar un delito como coautores, quiere decirse, de entrada, que todas las cualidades de la autoría que el tipo objeto de la conspiración pueda requerir habrán de reunirlos los conspiradores³⁶⁹, futuros coautores, lo que incluye las cualidades de la autoría más comunes que quepa pensar, como, p. ej., el dominio del hecho compartido de la coautoría, más las específicas de ese delito.— De aquí cabe extraer las siguientes consecuencias: 1) No cabe una conspiración entre un autor único y quien va a ser sólo inductor o cómplice; ha de serlo sólo entre futuros coautores. Que a su vez pueden serlo en autoría mediata³⁷⁰. 2) No cabe la participación, inducción y complicidad, en la conspiración³⁷¹; mejor dicho, cabe, dogmáticamente hablando, pero son impunes en nuestro derecho, que sólo admite inducción y complicidad en la acción típica realizada por el autor (sobre los actos imperfectos y preparatorios tipificados expresamente como delito autónomo, *vid. infra* XIV, 359)³⁷². Tampoco cabe en

³⁶⁸ *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto de FARRÉ TREPAT, Tentativa, 216.

³⁶⁹ Así ya BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG², 877. *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 519; MIR PUIG, PG⁷, 341; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 722; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 426 s.

³⁷⁰ *Vid.* ya para la proposición y la conspiración, OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17, 874, 886.

³⁷¹ CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 47 ss. Así ya para el cómplice RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 169. *Vid.* también JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 275; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 704, para todos los actos de los artículos 17 y 18. Así ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 425. Lo que a su vez no significa, como bien dicen JESCHECK/WEIGEND, PG, 563, que en los actos preparatorios de la participación no sea pensable la complicidad. *Vid.* también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 52, 181.

³⁷² Niega la conspiración para la complicidad y la complicidad en la conspiración, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, 104; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 722.

nuestro derecho, por tanto, conspiración para la inducción y la complicidad al delito que prepara otro³⁷³. Por la misma razón, a mayor abundamiento, no cabe la conspiración para la proposición ni para otra conspiración³⁷⁴. 3) Puesto que, como ya se ha dicho, la coautoría es dominio compartido del hecho delictivo principal preparado por la conspiración, en principio cabe la posibilidad de que alguno de los conspiradores obre coaccionado por un tercero, sufra un error de prohibición (referido al delito preparado o, incluso, a la mera conspiración) o se trate de un inimputable, siempre que tales defectos no afecten al dominio del hecho en cuya preparación participa³⁷⁵. El error sobre el tipo de algunos de los conspiradores, sin embargo, sí es relevante, impidiendo que puedan ser tenidos como conspiradores a ese delito³⁷⁶. 4) En los delitos de propia mano, actividad especialmente tipificada (“golpear” p. ej.), especiales (propios e impropios)³⁷⁷ y con elemento subjetivo específico vale todo lo dicho sobre la coautoría (*vid. supra* XIV 172 ss., 198 ss.)³⁷⁸. 5) Respecto a los delitos plurisubjetivos, cabe distinguir: a) En los llamados delitos de convergencia, del tipo de la sedición, cabe la conspiración, sin que a ello se oponga el hecho de que siempre el delito requerirá una pluralidad de autores, pues no es lo mismo pluralidad de autores que coautoría, ni siempre la coautoría viene precedida de una conspiración. Algo parecido cabe decir del cohecho y de las asociaciones ilícitas (art. 515). b) En los delitos de encuentro, del tipo favorecimiento de la prostitución, no cabe la conspiración³⁷⁹.

³⁷³ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 94 s., 99; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 287.

³⁷⁴ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 101; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 425 (para todos los actos del actual art. 17 s.).

³⁷⁵ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 51 ss., 53 ss., 57 ss. *Vid.* también DEL ROSAL BLASCO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 4, 19; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, EPB, 304. De otro parecer, estimando que el error de prohibición de uno de los (dos) conspiradores impide la conspiración cuando versa sobre el delito preparado, pero no cuando versa sobre el acto de conspirar, tal como la excluye también la participación de un inimputable, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 156 ss. Excluye también la conspiración del inimputable FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 83. *Vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 284.

³⁷⁶ *Vid.* ya FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 83.

³⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 53, 55 s.; BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 178. Sobre la inviabilidad de la conspiración en delito especial de quien no posee la cualidad exigida en la autoría *vid.* QUINTERO OLIVARES, PG³, 584. Sobre la cualidad de la autoría en los delitos especiales propios e impropios y su extrapolación a la proposición y la conspiración *vid.* OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17, 873 s., 886 (*vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 293). *Vid.* también DEL ROSAL BLASCO: en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 4, 19.

³⁷⁸ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 60 s., 66 ss., 70. *Vid.*, en particular, sobre esta problemática en la conspiración, minuciosamente, las certeras reflexiones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 158 ss. *Vd.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 286.

³⁷⁹ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 73 s. *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 160 s. *Vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 286.

b'. La puesta de acuerdo entre los conspiradores para cometer el delito

349 La alusión legal a la puesta de acuerdo entre los conspiradores para cometer el delito hace hincapié en la necesidad de que aquello sobre lo que los conspiradores se ponen de acuerdo³⁸⁰ alcance el grado suficiente de concreción y gravedad como para ser necesaria su prevención con amenaza penal, y no algo tan etéreo e inviable como para no merecerla.— Como consecuencia de ello, a lo ya dicho en el apartado anterior sobre que lo acordado ha de ser algo que reúna las característica de tipo delictivo del CP³⁸¹, y a lo que diremos en apartado posterior sobre el grado de concreción de esa conducta que la conspiración anticipa, incluido el reparto de papeles de los conspiradores en la acción principal, que convertirá a todos en coautores, queda sólo por añadir la ardua cuestión acerca de si puede hablarse de acuerdo bastante para estimar una conspiración punible allí donde la tentativa del delito concertado es imposible, o difícilmente viable (conspiración para un quebrantamiento de condena y posteriores robos, donde el éxito del quebrantamiento [impune] es altamente improbable)³⁸². En este caso, no hay inconveniente en estimar la conspiración para un delito de incierta ejecución, siempre que, pese a sus dificultades, esté lo suficientemente concretado. Otra interpretación desvirtuaría el sentido de la punición de estos comportamientos.

c'. La resolución de cometer el delito por los conspiradores

350 Según la propia dicción del art. 16. 1, no basta que los conspiradores se pongan de acuerdo para cometer el delito, hace falta, además, que decidan ejecutarlo. Esta exigencia requiere que se planteen al menos dos problemas: 1) ¿Qué ocurre cuando todos o alguno de los conspiradores condicionan la efectiva ejecución del delito a que sobrevenga alguna circunstancia incierta? ¿Excluye ello la existencia de conspiración si todos los conspiradores lo hacen o la participación de quien individualmente lo hace? 2) ¿Puede ser conspirador quien ya estaba decidido a cometer el delito con anterioridad (“*omnimodo facturus*”) e, incluso, si no se

³⁸⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 153, pone de relieve que el acuerdo puede ser verbal y activo, pero también concluyente y por omisión. En contra BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 183.

³⁸¹ Con exclusión de las faltas. *Vid.* CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 87 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 304.

³⁸² CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 110 ss., 112: posibilidad de la conspiración en una tentativa imposible. Por el contrario, insiste en la exigencia de viabilidad del proyecto de delito principal QUINTERO OLIVARES, PG³, 583, si bien aludiendo al caso claro de falta total de viabilidad alguna. En contra de la conspiración a una tentativa imposible, con argumentos dignos de tenerse en cuenta, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 154 ss; *vid.* también RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 234 s. A favor de punir la conspiración para tentativa imposible, BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 194.

hubiese llegado al acuerdo de ejecutarlo en coautoría?— Por lo que se refiere a la primera pregunta, y de manera semejante a como en el apartado anterior se fundamentaba la responsabilidad por conspiración aun en el caso de su difícil viabilidad, la prevención del delito, también es punible la conspiración condicionada, siendo aplicable aquí todo lo dicho con anterioridad sobre el comienzo de la tentativa allí donde, p. ej., el ladrón condicionará la consumación del hurto a lo abultado de la cartera de la víctima. La prevención del delito no puede depender de que se cumpla o no una condición basada en el azar. Aunque la condición sea improbable, la conspiración condicionada es una conspiración consumada, perfecta³⁸³.— Por lo que se refiere a la segunda pregunta, y con base en el fundamento de punición de los actos preparatorios de la participación en el derecho español, claramente inspirado en la prevención de la comisión de un delito en coautoría (*vid. supra* XIV 342), netamente diferenciado del sistema alemán, basado en la prevención de la inducción a la comisión de un delito (de ahí sus dificultades a la hora de estimar, no sólo conspiración, sino cualquiera de los numerosos supuestos de preparación de la participación que contiene, el acto preparatorio de la participación de quien o a quien ya está decidido a cometerlo) (*omnimodo facturus*), no hay ningún inconveniente en considerar de conspiración el acto de cada uno de los conspiradores de cometer el delito en coautoría, incluso en el caso de que alguno de los conspiradores o todos estuvieran decididos de cualquier forma a cometerlo solos y por separado³⁸⁴.

d². La concreción del delito objeto de la conspiración

El delito que prepara la conspiración tiene que estar lo suficientemente concretado como para que no quepa dudar de la seriedad y firmeza con que actúan y van a seguir actuando los conspiradores, sin que, por otra parte, sea necesario que se concreten aspectos que fácilmente pueden quedar reservados a la oportunidad del momento posterior de ejecución³⁸⁵. En este sentido, es irrelevante que si, p. ej., los conspiradores se proponen cometer un hurto en un establecimiento, esté previamente concretado el objeto o el empleado cuya vigilancia salvar. En esa misma constelación, en cambio, sí es importante y fundamento de la conspiración que los conspiradores hayan establecido cómo se repartirán los papeles a efectos del dominio funcional en que consiste la coautoría.

351

³⁸³ CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 149. Matizando BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 186 ss.

³⁸⁴ De otro parecer: CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 151.

³⁸⁵ *Vid.* ya JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 759; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 297; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 427; BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 181 s.

e'. El dolo de conspiración

352 El dolo del conspirador debe alcanzar tanto a los elementos del tipo delictivo a ejecutar, incluido el reparto de papeles respecto a la ejecución que constituye la coautoría, o dominio funcional del hecho, como los elementos del propiamente tipo de conspiración³⁸⁶, o conciencia de estar poniéndose de acuerdo en y decidiendo cometer el delito (sobre la posibilidad y punibilidad del agente provocador en la conspiración vale todo lo dicho, *vid. supra* XIV 281 ss., sobre su participación en la tentativa del delito; en cualquier caso, la presencia de un agente provocador entre los conspiradores no anula nunca la existencia de una conspiración entre los restantes, máxime conforme al criterio seguido en esta materia por el legislador español).— Del dolo del conspirador debe distinguirse netamente el conocimiento de la antijuricidad del acto de conspirar. El conspirador que cree que la conspiración no constituye un acto delictivo sufre un error de prohibición que deja intacta su participación en la conspiración y la misma conspiración de todos los partícipes en ella³⁸⁷.

c. *Conspiración e iter criminis*

a'. Consumación de la conspiración

353 La conspiración se perfecciona en el momento en que quien o quienes proponen la comisión del delito logran la aceptación de aquel o aquellos a quienes se dirigen, acordando, todos, ejecutarlo, momento a partir de cual posibles responsabilidades anteriores por proposición (*vid. infra* XIV 362 ss.) son consumidas (*vid. infra* XIV 366) por la de conspiración, que alcanza, además, tanto a proponentes como a aceptantes³⁸⁸.— Cuando el proponente o los proponentes no alcanzan su propósito de llegar a una conspiración, no responden por tentativa de conspiración, que no existe, sino por proposición, que es el único acto preparatorio de la conspiración punible en nuestro derecho³⁸⁹.

³⁸⁶ Sobre el dolo de conspiración CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 128 ss., 135 ss.; no cabe el dolo eventual en la conspiración: 139. No cabe la conspiración para un hecho imprudente; *vid. ya* CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 284; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 428.

³⁸⁷ *Vid. ya* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 428.

³⁸⁸ Sobre la consumación de la conspiración, CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 185 ss.

³⁸⁹ Sobre la perfección de la conspiración (conspiración consumada) y la forma residual de proposición, como en el texto, *vid.* las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 162. En el mismo sentido, FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 81, 86, quien además sostiene que la puesta de acuerdo de varios sobre el delito y la proposición a un tercero constituye ya conspiración respecto a los primeros [81]. De otro parecer, estimando que hasta que no estén de acuerdo todos sólo cabe hablar de proposición (entre los demás), PUIG PEÑA, PG, II, 267.

b'. Conspiración y comienzo de ejecución del delito³⁹⁰

El hecho de que lo acordado en la conspiración comience a ejecutarse fielmente, convierte a los conspiradores en coautores del delito en grado de tentativa, produciéndose la consunción (*vid. infra* XVII 79) de la responsabilidad por conspiración a través de la más grave, de tentativa³⁹¹.— A partir de este momento, vale todo lo dicho con anterioridad sobre la coautoría, sobre su comienzo de ejecución, imputación de lo realizado por cada uno de los coautores a los restantes, etc.— El hecho de que se hayan constatado todos los elementos de una conspiración (o preparación de una coautoría), no autoriza a estimarla para suplir la ausencia de algún elemento esencial de la coautoría en fase de ejecución, al estilo de la tradicional y superada línea jurisprudencial del “acuerdo previo”; entonces estaremos ante un caso de desvío (*vid. infra* XIV 356).

354

c'. Conspiración y consumación del delito³⁹²

La consumación del delito, por la misma razón que la tentativa, consume toda posible responsabilidad por conspiración, y, además, marca el límite, el único, más allá del cual no cabe ya el desistimiento del conspirador. En efecto, por razones dogmáticas: naturaleza de acto preparatorio de la participación (y no delito autónomo) de la conspiración, y por razones de política criminal (incentivar el desistimiento: *vid. supra* XIII 214), no hay inconveniente, sino todo lo contrario (si cabe el desistimiento de lo más grave, la tentativa, con mayor razón cabrá el de la fase previa, la preparación), que el desistimiento de la tentativa de los coautores, de consumir el delito, exima también de la responsabilidad por el eventual acto anterior de conspiración.

355

d. Conspiración y desvío ejecutivo

Puesto que entre lo concretamente acordado y decidido como conspiración y lo concretamente ejecutado puede haber un desvío, debe plantearse cómo resolverlo, o, lo que es lo mismo, en derecho penal, si el desvío es inesencial (y, entonces, irrelevante) o esencial (relevante). *Ejemplo*: En un ajuste de

356

³⁹⁰ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 188 ss.

³⁹¹ QUINTERO OLIVARES, PG³, 583, 585, sin embargo, cita una STS (de 5 de mayo 1998) en la que condenó por conspiración a un conspirador que fue expulsado (y no intervino por tanto en el delito principal) antes de comenzar a ejecutarse el delito. En el mismo sentido, sin censurar este proceder del TS, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 17-18, 105. Admiten también la posibilidad de castigar como conspirador a quien, sin desistir, no interviene en la ejecución: PUIG PEÑA, PG, II, 287; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 62; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 83 s.

³⁹² *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 195 ss.

cuentas entre bandas mafiosas, A y B se ponen de acuerdo para tender una celada a C, pero en el momento previsto no aparece C sino D, su hijo, a quien Ay B deciden ejecutar. ¿Desvío esencial o inesencial? Aquí, aunque, en puridad, la conspiración estaba expresamente concretada sobre la víctima cuyo asesinato fracasó, surgiendo un acuerdo y decisión de ejecutar otro asesinato que sí se consumó, la solución debe ser la del desvío inesencial, y, por tanto, la del delito consumado que consume a la conspiración anterior³⁹³.— Cuando uno de los coautores va más allá respecto a lo que fue objeto de conspiración anterior (*ejemplo*: ante la dificultad del hurto acordado, uno de los conspiradores-coautores decide por su cuenta cometer un robo), no hay ningún inconveniente en hacer responder a los restantes conspiradores-coautores como coautores del tipo menos grave realizado.— Cuando en un único acuerdo de conspiración se incluye una pluralidad de delitos, de los que, a su vez, sólo logran ejecutarse varios, sin que medie desistimiento voluntario de los restantes, los intervinientes responderán como coautores de tantos delitos como fueron los cometidos (en la relación concursal que corresponda: esto es, sin que su solución se vea condicionada por el origen en un único acto de conspiración para varios delitos) y como conspiradores a los delitos no comenzados a ejecutar (una conspiración por cada delito no ejecutado en relación de concurso ideal)³⁹⁴ en concurso real.

e. El desistimiento del conspirador

357 Como se vio con anterioridad, si hasta el momento de la consumación cabe el desistimiento de cuantos participan en un hecho delictivo, a mayor abundamiento, aunque la ley no diga nada expresamente, cabrá el desistimiento del conspirador antes de la consumación³⁹⁵. Ello es así porque la conspiración no

³⁹³ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 199 ss.

³⁹⁴ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 109: conspiración para varios delitos = concurso ideal; si alguno se ejecuta = concurso real entre el ejecutado y el concurso ideal de los restantes. A favor del concurso en la conspiración para una pluralidad de delitos, también BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 199 s. De otro parecer RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), *CCP*, I, com. art. 4, 162 ss., que ve una única conspiración tanto en la puesta de acuerdo reiterativa para un único delito (correcto) como en el acuerdo para cometer varios delitos (incorrecto), con argumentos, no obstante, dignos de tenerse en cuenta. En el mismo sentido VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *CCP*, I, com. art. 17-18, 105; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁵, 722; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIE-TO/HUERTA TOCILDO, *PG*, 430; DEL ROSAL BLASCO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *CPC*, com. art. 4, 19 s.; CAMPO MORENO, *CDJ*, XXXIX, 1994, 287; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 303 s., ve un concurso ideal de los delitos preparados, y simpatiza con su tratamiento como un único delito. En el extremo contrario, admitiendo todas las modalidades de concurso, incluido el real, FERRER SAMA. *CCP*, I, com. art. 4, 82 s.

³⁹⁵ CUELLO CONTRERAS, *Conspiración*, 208 ss. En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, *PG*³, 584. Vid. también MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Desistimiento*, 162; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/

constituye un delito autónomo, sino anticipación preventiva del delito principal preparado, respecto al cual incentivar el desistimiento siempre es bueno.— Se explica, así, también la impunidad por conspiración de quien participa en ella como falso conspirador o agente provocador³⁹⁶.

Sobre el desistimiento del conspirador *vid.* ampliamente FARRÉ TREPAT, ADP, 1992, 711 ss, y *supra* XIII 282 ss. *Vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 291 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 560 ss.³⁹⁷.— Sobre el desistimiento de los actos preparatorios de la participación en el derecho alemán, *vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 477. **358**

f. Conspiración y acto preparatorio tipificado

La dependencia de la conspiración con respecto al hecho principal delictivo no es sólo formal, legal, sino sustantiva. Por esa razón, si hemos afirmado que sólo cabe la conspiración cuando con ella se prepara un delito autónomo de la PE, únicamente se alude al delito autónomo que, además, contiene los elementos propios de los delitos de dominio de la causalidad (para los que está pensada inicialmente la coautoría), lo que excluye, entre otros casos, los actos preparatorios configurados como delito autónomo³⁹⁸. **359**

Sobre la conspiración *vid.* también REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología, 38 ss. **360**

RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 166 ss, anticipando muy certeramente lo que después ha dicho el CP en materia de desistimiento del partícipe. *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 17, 81; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 781; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 108. *Vid.* ya: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII, 833, no exigiendo siquiera la eficacia del desistimiento, referido al conspirador, proponente y provocador; PUIG PEÑA, PG, II, 291 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 440; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 394; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 429, 462; DEL ROSAL BLASCO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 4, 20; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 518, para todos los actos preparatorios del art. 17 y 18. En contra del desistimiento de los actos de los artículos 17 y 18, por constituir analogía *in bonam partem* eximente impedida por el art. 4. 3, CEREZO MIR, PG, III, 184.

³⁹⁶ Como bien dice RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 170.

³⁹⁷ *Vid.* también las muy interesantes consideraciones de FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 84, quien después de citar un precedente de reconocimiento legal del desistimiento del conspirador y el proponente, CP de 1850, relativiza la necesidad de que el conspirador se esmere en evitar la consumación, aunque a la postre no convence.

³⁹⁸ CUELLO CONTRERAS, Conspiración, 101 ss., 211 ss. En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, PG³, 584; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 289; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 425, para todos los actos preparatorios del actual art. 17 s.

B. La proposición

a. Naturaleza jurídica y fundamento de punición

361 La proposición es el acto de preparación de una conspiración, y, por tanto, de una coautoría³⁹⁹, consistente en dar el primer paso para alcanzar un acuerdo de conspiración⁴⁰⁰.— La doctrina ha criticado que la proposición se castigue igual que la conspiración, siendo así que por constituir la segunda un grado más próximo a la ejecución, debería castigarse más severamente⁴⁰¹. Con mejor criterio, atendiendo al fundamento de estos actos, el criterio del legislador se basa en que tan grave como la conspiración y el pacto que representa lo es el primer paso dado por alguien, el proponente, en orden a establecer dicho pacto, pues sin él, sin alguien que haya tenido la iniciativa para contraerlo, el pacto no habría surgido.— Es cierto que cuando el destinatario de la proposición la acepta, ambos se convierten en conspiradores, pero, no obstante, aun-

³⁹⁹ En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, PG³, 586; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 162, quien [174] deduce de ahí la impunidad de la proposición a la víctima del delito (delitos plurisubjetivos); GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 562, extrayendo cosecuencias [563 s.], inclusión hecha de la laguna que supone respecto a la impunidad de la tentativa de inducción (reconducida por un sector doctrinal que sigue a MIR PUIG a la proposición) [565, 569 s.]. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 297, incluyen en la proposición también la preparación de una participación en el acto principal del proponente. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 306, exige que la proposición (de quien puede ser mero inductor en el hecho principal) ha de serlo a la autoría o formas de participación equiparadas a la autoría.

⁴⁰⁰ Como bien dice RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, com. art. 17, 81, no cabe proposición a quien no va a ser autor (coautor) del delito principal. En el mismo sentido VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 17-18, 105 (*vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 724), quien además sostiene muy sagazmente que en los tipos con elementos personales, para que haya proposición se requiere que la circunstancia personal concorra tanto en uno como en otro. De otro parecer FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 87, que ve posible la proposición al cooperador, extrayendo la conclusión de que, por tanto, el destinatario de la proposición puede ser un inimputable. De otro parecer también BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 206, siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, estima que el proponente puede reservarse el papel de coautor, cooperador necesario o mero inductor en el delito preparado.

⁴⁰¹ *Vid.* OLMEDO CARDENETE, Inducción, 825 s. *Vid.* ya RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 51 y 52, 236, quien censura que la tentativa se puede atenuar respecto a la frustración (correcto) y no quepa hacer lo propio, respecto a la tentativa, con los actos preparatorios, que, a mayor abundamiento, deberían ser castigados con pena inferior, e, incluso, entre ellos, con mayor rigor p. ej. la conspiración que el acto que la prepara o proposición. *Vid.* también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 17-18, 105; PUIG PEÑA, PG, II, 283; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 225; SÁINZ CANTERO, PG, III, 152. Critica también el sistema español de equiparar la pena de los actos preparatorios de la participación a la de la tentativa, BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 264 ss. Y ya con anterioridad su maestro DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 302, quien, de forma no exenta de reparos, hace depender la tendencia a la punición de los actos preparatorios de la participación de planteamientos objetivos o subjetivos sobre la preparación del delito: ¡Se puede pretender el adelantamiento de la punición con criterios objetivos! En realidad, lo que muestra el legislador con ello es que, en contra de lo que esta doctrina sostiene, estos actos de preparación de la participación no son una mera preparación = progresión de un acontecer futuro común, sino algo muy condicionado por la intervención desde el principio de varios.

que ése no sea el caso, porque el destinatario de la proposición no lo acepte, el proponente, en el momento de realizar su proposición, responde ya penalmente. Con la norma de la proposición el legislador quiere motivar al ciudadano para que no haga nada encaminado a la preparación de un delito junto con otros⁴⁰².

b. El tipo de proposición

a'. La decisión al delito del proponente

El requisito establecido expresamente por el art. 17. 2, según el cual el autor de la proposición debe ser alguien resuelto a cometer el delito, no entraña que sólo puede ser proponente quien aun en el caso de no encontrar a nadie para cometer el delito en coautoría, fin de la conducta principal de proposición, que es la de invitar a otro al delito que acordarán cometer juntos: conspiración, lo cometerá él solo, como autor único. Con mejor criterio, debe entenderse en el sentido de que él, si consigue inducir a los destinatarios de la proposición (los futuros conspiradores que faltan por convencer) cometerá también el delito. Lógicamente, incluso, siempre habrá de tener la iniciativa alguien (¡que será proponente en los términos del CP!).— Esta interpretación de la resolución al delito del proponente, por lo demás, casa bien con el principio regulador de los actos preparatorios de la participación en el derecho español, que, no se olvide, concede preferencia al aspecto material y objetivo del hecho delictivo que se cometerá frente al aspecto espiritual y subjetivo de la decisión de cometer el delito, característica del derecho alemán.— Así pues, no puede decirse que la regla de la proposición contenga una tentativa de inducción⁴⁰³, salvo que se estime compatible con la participación en el delito al que se induce del mismo inductor como coautor y con la inducción de quien ya está decidido a cometer el delito, lo que ocurre en nuestro derecho con el proponente y, como ya se vio, puede ocurrir con los restantes conspiradores, es decir, los casos menos interesantes de tentativa de inducción (desde el punto de vista de la prevención del delito a través de la punición de la tentativa de inducción).

b'. La invitación de terceros al delito

La proposición es el acto de invitar a otro u otros a ejecutar el delito llevada a cabo por quien previamente ya está resuelto a cometerlo junto con los invita-

⁴⁰² Vid. también OLMEDO CARDENETE, Inducción, 826, que deduce de ahí, de que la proposición es la preparación de la preparación (conspiración) de una coautoría, su pertenencia no a la teoría de la participación sino a la del *iter criminis*.

⁴⁰³ En el mismo sentido, *vid.* ya las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 171. *Vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 293.

dos⁴⁰⁴.— Con el eufemismo de la “invitación” se menciona una acción dirigida a una puesta de acuerdo entre varios para ejecutar un delito (el objeto de la proposición primero, y de la conspiración después) en coautoría⁴⁰⁵. No supone necesariamente una inducción (tentativa de), hasta el punto de que no sólo el proponente, por mandato legal, sino también los destinatarios de la proposición y, por tanto, todos los futuros conspiradores (si la proposición prospera) pueden ser coautores que ya estaban decididos previamente a cometer el delito solos y por separado, es decir, que cabe la proposición y la conspiración entre quienes son cada uno *omnimodo facturus*⁴⁰⁶, algo incompatible con la inducción, que *ex definitione* exige que el inductor haga nacer la decisión por el delito del inducido.— La proposición, por tanto, no es una tentativa de inducción por parte de quien ya está decidido a cometer el delito al objeto de ganar coautores, sino, simplemente, la preparación de una coautoría mediante la captación de los restantes futuros coautores (proposición) y la puesta de acuerdo seguida de decisión conjunta por el delito (conspiración).

- 364 Comienza a extenderse una doctrina jurisprudencial tendente a incluir en la proposición la tentativa de inducción, lo que amenaza con convertir a la proposición en lo que antes de 1995 fue la provocación (*vid.* CUELLO CONTRERAS, ADP, 1976, 540 ss.): un auténtico cajón de sastre en el que incluir actos preparatorios de la participación sin necesidad de matización alguna.

c'. La concreción del delito propuesto

- 365 Respecto a la concreción del delito en el acto de proposición, es necesario que el proponente aluda en concreto y con seriedad al delito, no bastando una mera y

⁴⁰⁴ De ahí la diferencia con la provocación, en la que el provocador no se propone ejecutar. *Vid.* ya FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 87.

⁴⁰⁵ De otro parecer SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 151, quien con una reflexión muy atinada sobre la laguna que supondría la no tipificación de la tentativa de inducción, sostiene, erróneamente, como ya con la r. a. sostuvo su maestro MIR PUIG (también con la nueva redacción: PG⁷, 343, 406), su inclusión en la proposición. Defienden también que la tentativa de inducción cabe en la proposición: LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 484 ss.; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 703; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 378; DEL ROSAL BLASCO, H-Rodríguez Mourullo, 958 s. (siguiendo en lo fundamental a MIR PUIG); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 305 s., 307; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 430 s., siempre que además el proponente esté dispuesto a ejecutar también el delito, aunque acaben por no otorgarle efecto alguno a este requisito, al admitir la proposición de un *extraneus* a un *intraneus* [432] y al ver en ese requisito una de las diferencias con la provocación [430]. Pudo fomentarse esta tendencia doctrinal (la que ubica a la tentativa de inducción en la proposición), por su ambigüedad, ANTÓN ONECA, Derecho penal, 439. *Vid.* también CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 615, que a su vez no es capaz de diferenciarla de la provocación (salvo que la provocación puede ser también una invitación indirecta): 616. Sobre la distinción entre proposición e inducción *vid.* CEREZO MIR, PG, III, 182; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 295. De forma no exenta de reparo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 307, ve perseguible como proposición la provocación indirecta (“la que se realiza no a las claras, sino mediante insinuaciones, etc.”).

⁴⁰⁶ Niega la posibilidad de la proposición (aunque admite la conspiración con él) a un *omnimodo facturus* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 173.

vaga referencia a la conveniencia del delito⁴⁰⁷. Por otra parte, no es, en cambio, necesario que el proponente tenga previamente perfilado, p. ej., el número de personas a quienes se dirigirá para intentar la conspiración, el papel asignado a cada uno en el futuro delito⁴⁰⁸, etc., que son más bien el objeto a concretar en la conspiración⁴⁰⁹.— La proposición a una pluralidad de invitados constituye una única proposición; la proposición a uno o varios invitados a la comisión de varios delitos constituye tantas proposiciones como delitos en concurso ideal⁴¹⁰.

d?. El desistimiento del proponente

Es difícil pensar en el desistimiento del proponente⁴¹¹.

366

c. *La proposición lograda o conspiración*

Una vez perfeccionada la conspiración, consume al posible acto previo de proposición. Hasta entonces, hasta lograrse el acuerdo y decisión propios de la conspiración, la proposición sigue viva y, eventualmente, responderá, y sólo él, el proponente⁴¹².

367

d. *La proposición malograda o simple proposición*

El proponente que no logra un acuerdo y decisión por el delito de conspiración, responde siempre por proposición⁴¹³.— Si la proposición ha fracasado, el hecho de que el proponente no lo intente de nuevo, no supone un desistimiento (desisti-

368

⁴⁰⁷ Vid. CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 294; BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 213 s.; ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 431.

⁴⁰⁸ Aunque sin duda, como bien dice RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 172 s., no basta con que el proponente recabe del destinatario un mero acto de auxilio, aunque sea necesario (constitutivo quizá de autoría por extensión en la redacción del CP), ni la intervención de quien no puede cometerlo (sea proponente o destinatario de la propuesta).

⁴⁰⁹ Sobre la idoneidad de la acción de proposición para persuadir al destinatario, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 5, 172.

⁴¹⁰ De otro parecer, como en la conspiración: vid. *supra* XIV, 356, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 177. También en contra de la solución concursal, como en la conspiración, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (cord.), CCP, I, com. art. 17-18, 106; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 724; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 294.

⁴¹¹ Lo defienden: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 177 (arrepentimiento activo); PUIG PEÑA, PG, II, 295; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 89 s.

⁴¹² Así, atinadamente, RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 779; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 225; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 562 s.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 86; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17, 882 s. De otro parecer, dada su concepción de la proposición, BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 218.

⁴¹³ Vid., atinadamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 17, 81, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 562 s. Sobre el momento de la perfección de la proposición, vid. las oportunas consideraciones de BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 217.

miento malogrado)⁴¹⁴. Aquí no caben contemplaciones por parte del legislador, pues si fuese de otro modo, no se podría prevenir conducta tan grave como la de preparar una coautoría, que es el acto más grave, como refleja el CP, de preparar un delito de varios, y que se puede prevenir, lo que no ocurre tan fácilmente con la preparación (material), quizá más peligrosa objetivamente del autor individual.

- 369 Sobre la proposición *vid.* también REBOLLO VARGAS, La provocación y la apolo-gía, 48 ss.

C. ¿Punibilidad de la tentativa de inducción?

a. *Discusión doctrinal*

- 370 Aunque hay autores que sostienen su inclusión en el CP, y otros que sostienen lo contrario, lo indiscutible es que el CP nunca, ni en épocas históricas⁴¹⁵ en que quizá era explicable por el desarrollo dogmático rudimentario, ni en la actualidad, donde no cabe ya ese pretexto, ha contemplado expresamente la tentativa de inducción, ni con *nomen iuris* propio⁴¹⁶ ni con perfiles nítidos, no obtenible de la lectura del CP ni mediante interpretación teleológica, fundamentalmente del precepto regulador de la provocación.— Es cierto que por proximidad, e, incluso, por alusiones, pudieran encontrarse argumentos, y los autores, especialmente DEL ROSAL BLASCO, el gran artífice de esta construcción, los han esgrimido, la tentativa de inducción podría estar incrustada en la norma de la provocación del art. 18. 1, la llamada provocación privada o interpersonal, frente a la pública o anónima realizada a través de medios de difusión mecánica⁴¹⁷. Pero también es cierto, y esto lo aducen con razón los detractores, que la llamada provocación privada o interpersonal tiene en el CP muy poco de personal, especialmente en el CP de 1995, que modifica su redacción, despejando toda duda acerca de que pueda incluir la tentativa de inducción dirigida exclusivamente a inducido particular⁴¹⁸.— Ante este

⁴¹⁴ Así también MARTINEZ ESCAMILLA, Desistimiento, 166, 168.

⁴¹⁵ Los argumentos históricos (sobre todo los político-jurídicos) de la regulación de la provocación en España están admirablemente estudiados en DEL ROSAL BLASCO, Provocación, 35 ss.

⁴¹⁶ *Vid.* la interesante reflexión de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 439, sobre este punto, al hilo de una norma del CP de Marruecos, que contemplaba expresamente la punición de la tentativa de inducción. Realizó una excelente reflexión sobre la no inclusión en la provocación de la r. a., de la tentativa de inducción, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 567 s. En contra de la punición en nuestro derecho de la tentativa de inducción, incluso con la anterior regulación de la provocación, CEREZO MIR, PG, III, 183.

⁴¹⁷ Debe decirse, en honor a la verdad, que DEL ROSAL BLASCO, H-Rodríguez Mourullo, 962 s., no ve compatible lo que dijo de la tentativa de inducción como supuesto de provocación en la a. r. del CP con la redacción posterior a 1995.

⁴¹⁸ Es el caso de GÓMEZ RIVERO (LL, 1996-1, 1625 s.), quien con anterioridad a la entrada en vigor del CP 1995, se había pronunciado en la misma línea de DEL ROSAL BLASCO, siguiéndole ampliamente, de

panorama es incluso más difícil de defender, en contra lo que hice con la r. a., que si la provocación contiene lo menos grave, persuadir a una generalidad, con lo que se diluye la influencia, incluiría *a maiore ad minus* lo más grave, la tentativa de inducción de autor particular; y ello por la sencilla razón de que, ahora más claramente todavía, la provocación, sobre la base de contener una inducción en regla (menos la concreción del inducido) requiere también el peligro para la paz social que se deriva de incitar mediante medio de comunicación masiva o ante grupo de personas más o menos numeroso, lo cual casa muy mal con la “intimidad” de la inducción.— Urge, pues, que el legislador, y la misma doctrina, como aquí hacemos, insistiendo en la importancia político-criminal de la tentativa de inducción, se pronuncie expresamente y con *nomen iuris* propio sobre la cuestión.

Como ya se ha anticipado, algunos autores, entre quienes destaca DEL ROSAL BLASCO, vieron consagrada la punición de la tentativa de inducción a través de la provocación (art. 4. 3 r. a.), que tendría en su seno a la provocación privada o tentativa de inducción y a la provocación pública o auténtica provocación. El hecho de que, incluso, la norma de la provocación no sólo esté regulada junto a los otros actos que claramente son preparatorios de la participación (concretamente de la autoría: conspiración y proposición) sino que, además, prevea que cuando el delito provocado se ejecute se castigará al provocador con la pena del inductor⁴¹⁹, alentaba sin duda la concepción de DEL ROSAL BLASCO y quienes le siguen.— Pero, como se anticipó, también, son serias las objeciones que hablan en contra de esta forma (r. a. de la provocación: art. 4) de resolver el problema de la tentativa de inducción: 1) Resignarse a ver contemplada la tentativa de inducción en la provocación, era algo así como conformarse con la norma de la complicidad (psicológica) para abarcar la inducción, en un CP que no contemplara precepto específico para la inducción. Lo criticable, pues, es la función “tapagujeros” (lo que

371

incluir en la regulación de la provocación una auténtica tentativa de inducción (*vid.* Inducción, 280 ss., 301 s.), mientras que lo ve inviable con la redacción dada a la provocación a partir de esa fecha; aunque por la arbitrariedad e incongruencias que supondría según ella su no punición frente a otros actos preparatorios de la participación que sí se punen, le encuentra cobijo en la proposición, aun reconociendo la dificultad que para ello suponen los términos “ha resuelto cometer el delito” referido al proponente (mal menor). En contra también de la inclusión de la tentativa de inducción en la reformulación de la provocación en el CP de 1995, con interesantes consideraciones sobre el debate parlamentario, OLMEDO CARDENETE, *Inducción*, 787 ss., 799 ss., 816 ss. *Vid.* también BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 901 ss.; CEREZO MIR, PG, III, 242. Ampliamente, insistiendo en la exclusión de la tentativa de inducción en la n.r., BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 239 ss. (con alusiones jurisprudenciales). Sostiene no obstante que el CP contempla todavía también la provocación individualizada REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología*, 83 ss. En contra expresamente DEL ROSAL BLASCO, H-Rodríguez Mourullo, 962 s.

⁴¹⁹ Con buen criterio defiende BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 259, que la cláusula de equiparación de la provocación consumada se castigue como inducción no quiere decir que sea una inducción.

desgraciadamente ocurre con demasiada frecuencia en el CP con la teoría de las participación) que se le asignaba a la norma de provocación, y ahora algunos a la proposición; 2) Admitir, o al menos resignarse ante ello, que tanto la tentativa de inducción (correcto) como la genuina provocación (incorrecto) conviertan al provocador en inductor, castigado con la misma pena que el autor, cuando comience la ejecución del delito, es excesivo y una muestra de lo distintas que son las dos figuras que DEL ROSAL BLASCO quiso ver recogidas en la provocación (en honor a la verdad, hay que decir que el CP alemán también eleva a inducción la provocación seguida de ejecución); 3) La concreción del inducido en la tentativa de inducción y la ausencia de concreción del provocado en la genuina provocación, que al menos DEL ROSAL BLASCO siempre reconoció, no es una cuestión trivial, ni siquiera de grado sino esencial, hasta el punto de que la gravedad de la genuina provocación estriba en el anonimato del provocado mientras que la de la tentativa de inducción estriba en lo contrario, su individualización; 4) De la anterior consideración deriva, finalmente, que mientras que la tentativa de inducción es un acto preparatorio de la participación, la genuina provocación, como la apología, es un delito autónomo contra la paz social, siendo su peligrosidad mucho más abstracta que la de la tentativa de inducción.— Hechas las anteriores aclaraciones, e insistiendo en la necesidad de la intervención del legislador para aclarar la duda, debe construirse, *de lege lata* (a través de la provocación) o de la proposición para quienes la ven incrustada en una u otra, o *de lege ferenda* (mejor), un tipo de tentativa de inducción.

372 El trabajo más profundo sobre la provocación con anterioridad a 1995 fue el de DEL ROSAL BLASCO⁴²⁰, que alentó de forma especialmente brillante la idea de que la regulación del art. 4. 3 a. r. contenía una realidad compleja, concretamente: una provocación pública, realizada por medios de difusión amplios, y una provocación privada, concretamente su caso más grave, en el sentido de intensidad de la instigación, de la tentativa de inducción, con la alusión legal a cualquier medio de la provocación del delito⁴²¹. Como consecuencia de ello, además, argumentó a favor de entender que la provocación, en ninguna de sus modalidades, ni pública ni privada, constituía delito autónomo, ni siquiera en todas ellas actos preparatorios de la participación, aunque sin duda sí lo constituía la tentativa de inducción que contenía, pero no, desde luego, la instigación pública, y sí, simplemente, actos de preparación de un delito, de cuya naturaleza participaría como norma extensiva de la responsabilidad, argumentando muy bien porqué la provocación pública, si constituyera delito autónomo, daría lugar a un supuesto de punición en casos en los que la preparación de actos de participación no es punible, esto es, castigándose lo menos grave y no lo más grave. Como

⁴²⁰ *Vid.* también en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 4, 21 s.

⁴²¹ “La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiera seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

consecuencia de todo lo anterior, llegaba DEL ROSAL BLASCO a la conclusión de que el fundamento último de la norma contenida en el art. 4. 3 a. r., era el de equiparar el tratamiento penal de la provocación pública del delito a la inducción, a pesar de ser conducta menos grave, dado que la indeterminación del provocado en esta modalidad de provocación, hace de ella conducta menos grave que la de la tentativa de inducción, de la provocación privada, cuya conversión en inducción no suponía ampliación alguna de la punibilidad (caso del comienzo de la ejecución, aunque sí antes) porque no era, desde el principio, otra cosa: dada la concreción del provocado.

b. El tipo de la tentativa de inducción

Tentativa de inducción es la inducción allí donde el autor aún no ha comenzado la ejecución del delito principal al que ha sido inducido⁴²². Comenzada la ejecución, la responsabilidad del inductor es ya la genuina del inductor, aunque el delito principal no se haya consumado todavía, pero sí ha alcanzado el grado de la tentativa (la atenuación de la pena del autor de la tentativa, cuando el delito se detiene en ella, es extensible al inductor; *vid.* art. 62): accesoriadad cualitativa de la participación que justifica la existencia del tipo autónomo de provocación, donde ubicar, como una de sus modalidades a la tentativa de inducción (de la r. a.); o mejor, un tipo autónomo de tentativa de inducción expresa⁴²³.— La tentativa de inducción es, pues, subsidiaria tanto de la inducción a la tentativa como de la inducción al delito consumado, salvo que el inducido haya ejecutado o comenzado a ejecutar delito menos grave que aquel al que fue inducido, en cuyo caso el inductor responderá en inducción a la tentativa o delito consumado ejecutado por el autor en concurso ideal con provocación al delito al que indujo.— Respecto al *tipo subjetivo* de la tentativa de inducción, vale todo lo dicho para el tipo subjetivo de inducción (*vid. supra* XIV 311 ss.) dado que este dolo debe darse ya completo antes de la ejecución para responder por tentativa de inducción⁴²⁴.— A diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, en el español no cabía la tentativa de inducción en cadena. Y al igual que allí, es impune la tentativa de complicidad.— Respecto a los elementos personales de la autoría y su atenuación cuando no concurren en la tentativa de inducción, vale todo lo dicho, en general, para la participación (*vid. supra* XIV 333 ss.).— Por lo que se refiere al *tipo objetivo* de la tentativa de inducción, éste requiere que al menos se haya comenzado a influir sobre el sujeto a inducir. Ha debido pues haber habido ya un contacto con el destinatario de la influencia que, sin solución de continuidad, permite la influen-

373

⁴²² Sobre la tentativa de inducción, ampliamente regulada en el StGB alemán, en la doctrina alemana: JAKOBS, PG, 929 ss.

⁴²³ *Vid.* ya MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 466 s.

⁴²⁴ Sobre el error de quien intenta inducir acerca de la persona a inducir, *vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 472.

cia⁴²⁵. Cuando no es así: el inductor, p. ej., ha extraviado la carta que contiene la maniobra inductiva antes de depositarla en correos, no cabe hablar de tentativa de inducción. Por otro lado, basta con que la acción de inducir haya salido ya de sus manos, aunque aún no haya llegado a su destinatario: la carta, p. ej., ya ha sido depositada en Correos (discutido)⁴²⁶. En cualquier caso, debe hacerse una interpretación restrictiva, como se derivaba del propio art. 4. 3 a. r., que hablaba de presencia de tercero (a inducir).— Todos los extremos de la inducción deben estar concretados en la tentativa de inducción^{427/428}.

374 En su magnífico ensayo de EPM-Valle Muñiz, 507 ss., MIRA BENAVENT utiliza una crítica hecha por GIMBERNAT ORDEIG a los redactores del CP 1995, que habrían decidido arbitrariamente la despenalización de la tentativa de inducción (suprimiendo la llamada provocación privada), para demostrar que difícilmente pudieron hacer aquello porque ya antes un sector de la doctrina la consideraba incluida en la norma sobre la proposición, que ha quedado intacta, y era muy discutido, con dos sectores doctrinales contrapuestos y buenos argumentos en contra, que la provocación contuviese como una de sus modalidades a la tentativa de inducción. Para defender su tesis, según la cual la r. a. no contenía una tentativa de inducción, argumenta muy bien MIRA BENAVENT [520 ss.] la incongruencia de cobijar bajo una misma norma a figuras tan heterogéneas como la provocación pública, caracterizada por la indeterminación, de ahí su gravedad, del destinatario, y la privada, caracterizada por lo contrario: la concreción e intimidación del provocado, y su lógico correlato: exigir la resolución delictiva del provocado para el perfeccionamiento de la figura en la provocación privada, y haber de y poder conformarse con la pérdida de control sobre el influenciado por el mensaje anónimamente transmitido, en la provocación pública.

D. Provocación y apología del delito

375 La *provocación* (el género) y la *apología* (la especie) no constituyen formas preparatorias de la participación en un delito⁴²⁹, sino actos que pueden propiciar que otros adopten la *resolución* de cometerlo. La provocación y la apología no son fases previas a la comisión de un delito, sino actos constitutivos de un delito específico de expresión⁴³⁰, cuyo fundamento de punición estriba en un nuevo bien jurídico constituido por la perturbación de la paz social a través del vertido público de

⁴²⁵ GÓMEZ RIVERO, Inducción, 311, habla en este sentido de realización por parte del provocador de todos los actos que de él dependen (disvalor-acción) con exclusión de los que escapan a su control (disvalor-resultado) pero son necesarios todavía para que la provocación sea eficaz (= auténtica inducción).

⁴²⁶ En términos más restrictivos STRATENWERTH, PG, 364.

⁴²⁷ Vid. ya MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 468.

⁴²⁸ Sobre el desistimiento de la tentativa de inducción en el derecho alemán, STRATENWERTH, PG, 365.

⁴²⁹ Así, referido a la apología, QUINTERO OLIVARES, PG³, 588.

⁴³⁰ De otro parecer, siguiendo a DEL ROSAL BLASCO, BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 897 s.; REBOLLO VAGAS, La provocación y la apología, 65 ss.

expresiones cuya *única* lectura posible pasa por la comisión de delitos, de forma contraria a lo que se deduce del ordenamiento jurídico: donde el ordenamiento jurídico dice que no debe haber delito, la provocación y la apología dicen que debe haberlo, por lo que suponen un peligro para el ordenamiento jurídico en el aspecto (el más grave) de sus prohibiciones refrendadas con penas⁴³¹.

¿Es posible el desistimiento del provocador y del apologista? Según RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 190 (*vid.* también FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 89 s.; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 299: arrepentimiento), el provocador que hace todo lo posible por evitar el delito, se ampara en el desistimiento (arrepentimiento activo), incluso aunque no lo consiga. Parece, en cambio, más oportuno negar esa posibilidad por el descontrol de estos casos (escéptico también sobre las posibilidad del desistimiento en la provocación, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN [coord.], CCP, I, com. art. 17-18, 107 s.)⁴³². **376**

a. El tipo de la provocación (genuina)

Al igual que ocurre en la inducción, la provocación consisten en incitar (= inducir = hacer surgir una voluntad criminal antes no existente) a perpetrar un delito (= ejecutarlo)⁴³³. Pero, a diferencia de la inducción, en la que la invitación directa a perpetrar el delito incluye también *ab initio* la de la persona del inducido por parte del inductor, en la provocación no está concretado quién cometerá el delito⁴³⁴. **377**

⁴³¹ Como bien dice RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, 10, la punición de la apología es compatible con el Estado de Derecho, estribando la dificultad más bien en su adecuada tipificación. Sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la punición de la provocación del delito *vid.* ampliamente DEL ROSAL BLASCO, Provocación, 219 ss.

⁴³² Una razón más para no extremar la pena de estos comportamientos.

⁴³³ Como autor, no como inductor o cómplice; así RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 185; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 297. Sobre la flexibilidad en la concreción del delito provocado *vid.* sus atinadas consideraciones: 184. La provocación lo es a un hecho típico antijurídico, no necesariamente culpable, por lo que cabe la provocación del inimputable, como sostienen BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 899 s. (*vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 296), quienes a su vez descartan la provocación en cadena [917] y la omisión [918]. De “inducción colectiva” hablan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 520 s., para referirse a la provocación. En algo más genérico que la inducción piensa RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 815, para caracterizar la provocación. De invitación directa a delito o delitos concretos hablan COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG³, 724, para referirse al acto de provocar. *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 435; BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 251 s., sobre la concreción del delito al que se invita: 256 s. De provocación “directa” (no mero provocar actitudes delictivas) de los destinatarios (no en cadena), habla GÓMEZ RIVERO, LL, 1996-1, 1625. *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 308.

⁴³⁴ En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, PG³, 588; MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 703. *Vid.* también BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 900, que extraen la sagaz conclusión de que no puede dar lugar la provocación a autoría mediata.

que será alguien que hasta entonces formará parte de los destinatarios anónimos a quienes pueda alcanzar el primer medio aludido: “impresión”, “radiodifusión” o “cualquier otro medio de eficacia semejante”⁴³⁵, o de “una concurrencia de personas” ante la que se lleva a cabo la invitación⁴³⁶. Pareciera, pues, que la menor gravedad de no dirigirse el provocador a una persona determinada⁴³⁷, como ocurre con el inductor, se compense por la mayor gravedad de la pluralidad de personas que puedan verse incitadas al delito e, incluso, de ahí que se considere a veces delito autónomo, la propia paz colectiva⁴³⁸.

378 La *provocación*, cuando ha sido *eficaz*, es decir, cuando el provocado ha comenzado al menos la ejecución del delito (tentativa), se convierte en inducción⁴³⁹, valiendo para ella, al igual que en la inducción, todo lo allí dicho⁴⁴⁰, principalmente: que la acción del provocador haya sido causa de la decisión del autor⁴⁴¹ y del resultado del delito (caso de la consumación), debiendo haber abarcado, con todas sus exigencias y efectos en caso de ausencia, el dolo del provocador⁴⁴² todo lo que ha debido abarcar el dolo del inductor⁴⁴³ (excepción hecha de la persona del autor) (este aspecto de la provocación no ha sido aún suficientemente entendido, a pesar de las complicaciones que puede acarrear: ¿qué ocurre con los elementos

⁴³⁵ Según MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 703, la eficacia del medio ha de ser general, no necesariamente en el caso concreto. *Vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 299.

⁴³⁶ Sobre los medios comisivos de la invitación *vid.* DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 312 ss., descartando la omisión como medio comisivo. Sobre el significado (relativo) de la disyuntiva “o” entre los medios y la concurrencia de personas, *vid.* atinadamente BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 252 ss.

⁴³⁷ Extremo éste en el que MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 519, ven la nota distintiva entre la proposición y la provocación. *Vid.* también atinadamente MIR PUIG, PG⁷, 342 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, PG, 431, 434, 435; BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 239, con acertadas consideraciones sobre su diferencia con la inducción [243 ss.]; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 308.

⁴³⁸ VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 17-18, 106 s. (*vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 725), en cambio, pareciera ver en la provocación una inducción con el *plus* de dirigirse a una pluralidad de personas, lo que justificaría su alta punición. Sostiene que el destinatario de la provocación puede ser una única persona, DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 276, y que aun que puede ser un inimputable quizá se convierta en autoría mediata [277 ss.].

⁴³⁹ DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 326 s., extrae de la conversión de la provocación eficaz en inducción la conclusión de que el hecho provocado ha de ser típico y antijurídico (accesoriedad de la participación); REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología*, 78, 80.

⁴⁴⁰ Con buen criterio, sostiene DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 348 s., que no es preciso que el delito se haya consumado para que la provocación se convierta en inducción, argumentando que el autor ha debido querer que el delito se perpetre, lo que ocurre no sólo cuando se consuma.

⁴⁴¹ En contra de la provocación del *omnimodo facturus*, BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 918; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 725.

⁴⁴² En contra de la provocación imprudente y al delito imprudente, RODRÍGUEZ MOURULO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 184; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 297.

⁴⁴³ Sobre la consumación del delito a que se provoca *vid.* DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 328 ss., que con buen criterio [350] no exige la presencia del elemento subjetivo del injusto, p. ej. el ánimo de lucro, en el provocador, bastando que conozca su presencia en el delito del provocado.

caracterizadores de la autoría desconocidos *ex definitione* por el provocador? ¿es aplicable el régimen general?⁴⁴⁴; argumentos como éstos pueden invitar a tipificar la provocación como delito autónomo, no equiparado nunca a la inducción)⁴⁴⁵.— Por paradójico que parezca, *provocar*, en sentido legal, es algo más que provocar en sentido coloquial (en el que puede bastar un mero estimular, insinuar, sugerir, etc.)^{446/447}.— En Alemania, se discute (*vid.* HORN, SK, II⁴, com. § 111, núm. marginal 7) si la provocación requiere conocimiento seguro de que alguien será provocado y cometerá el delito, o no, señalando algunos autores, entre ellos HORN, que por el peligro y descontrol del contexto en el que se provoca, debe bastar con el dolo eventual y que, por tanto, la provocación incluye la punición del agente provocador.— Por la naturaleza de la provocación en el derecho alemán, sostiene también HORN que cabe en ella la complicidad (SK, II⁴, com. § 111, 9a).— La provocación a una pluralidad de delitos da lugar a concurso ideal. La provocación de un sujeto al mismo delito que la inducción a otro sujeto al mismo delito también da lugar a concurso ideal (SK, II⁴, com. § 111, núm. marginal 10)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Materia de la que se ha ocupado, de forma estandar (dando por supuesta la aplicabilidad de la doctrina general sobre la participación en los delitos especiales), DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 284. *Vid.* también BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 900; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 296.

⁴⁴⁵ De ahí que ya ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 439 [siguiéndole QUINTERO OLIVARES, PG³, 588], dijera sagazmente que el hecho de que la provocación eficaz se califique como inducción no quiere decir que la inducción ineficaz haya de castigarse como provocación: el dirigirse el provocador a una pluralidad de personas es un *plus* de peligrosidad no prevista en la tentativa de inducción. *Vid.* también las muy atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 180 s., sobre las diferencias entre provocación y proposición: el proponente ejecutará él mismo el delito, el provocador no (le sigue, y ambos a FERRER SAMA: GIMBERNAT ORDEIG, PG, 108) y entre provocación e inducción. Sobre las diferencias entre provocación y proposición: GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 566; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 300 s.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG³, 297. La disparidad de pareceres doctrinales sobre la naturaleza y el ámbito de proposición, provocación y conspiración, y sus posibles superposiciones lleva a MUÑAGORRI LAGUIA, ADP, 1989, 993, 999, 1015 s., a apuntar la desaparición de la proposición por su excesivo adelantamiento de la punición unido a su obscuridad conceptual.

⁴⁴⁶ *Vid.* REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología*, 81, 88 ss. (“directamente”).

⁴⁴⁷ Pero ciertamente menos que inducir, no requiriendo causalidad. *Vid.* las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 187 s., 188 s. *Vid.* también ya antes FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 287. Equipara los términos provocar e inducir DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 311. De manera diferente MORENO-TORRES HERRERA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG 703. *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 182, que tampoco se conforma con equiparar (siguiendo a ANTÓN ONECA) provocación e inducción. La tesis que más aproxima la provocación a la inducción es la de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 378 s., para quienes la diferencia entre proposición (que contiene una tentativa de inducción en el pensamiento de estos autores) y conspiración, por un lado, y provocación, por otro, es que mientras aquéllos son actos preparatorios de un hecho principal en el que los intervinientes participarán, éste es una auténtica inducción anticipada, con consideraciones críticas dignas de discutirse.

⁴⁴⁸ De otro parecer, a favor de la unidad de provocación siempre RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 189 s. (en el mismo sentido CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 298), salvo que se haya iniciado alguno de ellos, en cuyo caso habrá un concurso ideal entre el delito iniciado y la provocación (única) a los restantes delitos.

379 La *provocación ineficaz*, no es una tentativa de provocación (impune “directamente”) sino una provocación completa⁴⁴⁹ que no ha encontrado destinatario porque ninguno de los provocados se ha decidido como consecuencia a realizarlo⁴⁵⁰.— En este caso, el provocador no se convierte en inductor⁴⁵¹.

380 RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 183 s., considera que cuando la conversión de la falta en delito depende de alguna circunstancia personal, p. ej. la reincidencia en el hurto, basta la concurrencia en el provocador para estimarla, aunque no concurra en el instigado, que sólo cometería una falta y pese a ello se castiga al provocador. Por otra parte, según RODRÍGUEZ MOURULLO: 188, no se requiere que el provocador reúna en su persona la cualidad requerida por la autoría, bastando que la reúna el instigado, que de no poseerla no puede fundamentar tampoco provocación (sobre esta temática *vid.* también ampliamente DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 338 ss.)⁴⁵². El mismo RODRÍGUEZ MOURULLO: 188, niega la provocación del *omnimodo facturus*, y ve posible la del inimputable. A favor también de la provocación al inimputable y de la llevada a cabo por el agente provocador, FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 87 s.

⁴⁴⁹ *Vid.* las muy atinadas consideraciones de DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 305 ss., en el sentido de considerar realizada (“consumada”) la provocación cuando ha salido de la órbita del provocador, practicando todos los actos que debieron provocar el efecto perseguido: la resolución y comienzo de realización del delito principal por él provocado, aunque, y precisamente por eso se castiga como provocación, no ocurriese. *Vid.* también muy atinadamente BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 918 s., con consideraciones sobre el régimen penológico de la provocación frente al de la tentativa [921, 923]. Para REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología*, 82, “perpetración” es ejecución, no consumación. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 310, simpatiza con la idea de que sólo se castigue con la pena de la inducción la provocación a delito consumado. *Vid.* ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 436.

⁴⁵⁰ Construye buenos casos de provocaciones inidóneas (p. ej. la del que ya estaba decidido a cometer el delito o la de quien por su especial seriedad no se presta a la inducción) que no se convierten en inducción ni deben dejarse impunes, GÓMEZ RIVERO, *Inducción*, 311 ss. Sostiene que deben quedar impunes las provocaciones inidóneas, DEL ROSAL BLASCO, *Provocación*, 128 ss., 320; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 299.

⁴⁵¹ De otro parecer, pero con argumento desafortunado, FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 4, 89. Según RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 185 s., la provocación se perfecciona en el momento en que llega al destinatario, aunque la desoiga. Intentarlo: llegar al destinatario, sin conseguirlo, es impune en nuestro derecho, lo que no ocurre en el alemán, que contempla la tentativa de instigación, del tipo envío de carta provocadora interceptada por la policía. En el mismo sentido, ampliamente, REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología*, 93 ss. Muy ambiguo, CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 298. Para BARBER BURUSCO, *Actos preparatorios*, 261 s., la provocación sólo merece la punición de la inducción cuando el delito se ha consumado, no cuando ha comenzado su tentativa (debido a la gravedad de la pena).

⁴⁵² *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 431. Sobre esta problemática en el derecho alemán, referido a la tentativa de inducción, a favor de exigir que el sujeto respecto al que determinar la cualificación del injusto ha de serlo el inductor (en nuestro caso el provocador), MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 363 s (salvo que el tipo contenga circunstancia caracterizadora de la culpabilidad).

RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 4, 185, considera impune la provocación a un delito imprudente (en el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, Provocación, 364, 367, 372: incluida la participación y provocación dolosas a un delito imprudente; CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 299 s.).— DEL ROSAL BLASCO, Provocación, 357, considera punible la provocación con dolo eventual, como BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 921. **381**

b. El tipo de la apología

La apología requiere los mismos elementos que la provocación⁴⁵³, de la que es sólo una modalidad específica por el hecho de que la concreción de los elementos caracterizadores de la provocación se realiza *indirecta pero claramente* mediante “la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”. El prototipo de la apología, por tanto, viene dado por la práctica, frecuente, de ETA, de elogiar a quienes acaban de cometer un asesinato que está en la mente de todos por lo reciente: los elementos concretos de ese asesinato constituyen la concreción exigida por la provocación para que haya conducta delictiva sin vulnerar la seguridad jurídica. **382**

BATISTA GONZÁLEZ, RFDUC, 88, 1997, 67 s., sostiene que mientras en la r. a. de la apología como delito autónomo no se exigía ánimo incitador, ahora, al asimilarla a la provocación, lo incluye. *Vid.* también ya REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología, 116. **383**

⁴⁵³ Así también QUINTERO OLIVARES, PG³, 588; REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología, 129; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 521; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 725. El argumento de RODRÍGUEZ MOURULLO, Proyecto de CP, de que la apología no es equiparable a la provocación porque se produce después de que se cometa un delito no es convincente porque, siendo eso lo cierto, se emite para favorecer delitos futuros. GRACIA MARTÍN, CDJ, XXVII, 1996, 266 s., por el contrario, considera testimonial (de “valor meramente declarativo y redundante”) la tipificación expresa de la apología, porque *ex lege* la única relevante es la que ya constituye provocación. SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 155, sostiene que la tipificación expresa de la apología será una llamada a los tribunales de justicia para cuando se siga ensalzando lo que ya ha ocurrido. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 588; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 17 y 18, 970, 974 s.; CERREZO MIR, PG, III, 183. *Vid.* las valiosísimas consideraciones de política criminal sobre la regulación legal de la apología en España de BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 18, 923 ss., demostrando muy bien su insustancialidad. *Vid.* también CAMPO MORENO, CDJ, XXXIX, 1994, 332. *Vid.* también, sobre la apología, de forma particularmente crítica, BARBER BURUSCO, Actos preparatorios, 224 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 77 ss., pone muy bien de relieve que la regulación de la apología en 1995, fruto de la voluntad de punir el terrorismo y respetar las garantías del Estado de Derecho, a pesar de haber concretado su concepto (lo que es positivo), se salda con el absurdo que supone el hecho de que, luego, el legislador no ha previsto en ningún delito el castigo de la apología, que sólo será viable a través de la provocación.

30. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL CÓMPLICE Y EL FAVORECEDOR PERSONAL O REAL EN LOS DELITOS Y FALTAS COMETIDOS EMPLEANDO MEDIOS O SOPORTES DE DIFUSIÓN MECÁNICA (REMISIÓN)

384 Como hubo ocasión de ver al estudiar el peculiar sistema de la autoría y su responsabilidad en los delitos de difusión mecánica (*vid. supra* XIV 219 ss.), el cómplice y el encubridor (apenas pensable en estos delitos) están excluidos de responsabilidad precisamente por el hecho de predominar en estos delitos la expresión de una idea, siendo así que el concepto de complicidad genuino es el de complicidad material, pensada para comportamientos en los que el autor puede ser sensiblemente ayudado a conseguir su propósito, mientras que la formación y expresión de las ideas es una tarea eminentemente individual.

XV. EL DELITO IMPRUDENTE

BIBLIOGRAFÍA: Sara AGUADO, Algunas cuestiones de la imprudencia profesional en el Código Penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999, APen, 2001-1, 203 ss.; Carolina BOLEA BARDÓN, Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros, ADP, 1999, 375 ss.; Ángel CALDERÓN CEREZO, Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas, CDJ, 1993, I, 14 ss.; Enrique DEL CASTILLO CODES, La coautoría imprudente: comentario a la STS 16 de enero de 1988, Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén, 2, 1999, 275 ss.; Miguel Ángel COBOS GÓMEZ DE LINARES, El problema de las lagunas “conscientes” y la jurisprudencia “creativa” a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional, PJ, 2ª época, 18, 1990, 113 ss.; Mirentxu CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 1989; CORCOY BIDASOLO, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, ADP, 1996, 289 ss.; Juan CÓRDOBA RODA, Los delitos culposos, CDJ, 1993, I, 198 ss.; Joaquín CUELLO CONTRERAS, Finalidad, imprudencia e imputación, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat (coord. Carlos GARCÍA VALDÉS y otros), I, 2008, 779 ss.; José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, Deber de cuidado y delito imprudente, 1998; CHOCLÁN MONTALVO, Sobre la evolución dogmática de la imprudencia, APen, 48, 1998-99, 981 ss. (= resumen de Deber de cuidado e imprudencia); Karl ENGISCH Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, La imprudencia en el Código penal de 1995 (Cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*), CPCr, 62, 1997, 303 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, RDPC, 1, 2000, 93 ss. (= Comportamiento de terceros, 103 ss.); FEIJÓO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales, 1999; FEIJÓO SÁNCHEZ, Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible, PJ, 61, 2001, 105 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, 2001; FEIJÓO SÁNCHEZ, La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997, EPM-Valle Muñiz, 229 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima e imputación objetiva, Comportamiento de terceros, 155 ss.; GARCÍA RIVAS, La imprudencia profesional: una especie a extinguir, LH-Torío López, 369 ss.; Alicia GIL GIL, Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva, Revista de Derecho Penal (Argentina), 2002-1, 29 ss.; GIL GIL,

Revista de libros, RDPC, 2ª época, 19, 2005, 347 ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Causalidad, omisión e imprudencia, ADP, 1994-III, 5 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, El delito de omisión impropia, RDPC, 2ª época, 4, 1999, 525 ss.; Alfonso GUALLART Y DE VIALA, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español, ADP, XXXII, 1979, 617 ss.; Cristina GUIÁSOLA LERMA, La imprudencia profesional, 2005; Esther HAVA GARCÍA, La imprudencia inconsciente, 2002; Rolf-Dieter HERZBERG, Die Sorfaltsgwidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, JZ, 1987, 536 ss.; HERZBERG, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten, JZ, 1988, 641 ss.; Hans Joachim HIRSCH, Sobre lo injusto del delito imprudente (trad. Eduardo DEMETRIO CRESPO), RDPC, 2ª época, 19, 2005, 207 ss.; Günther JAKOBS, El delito imprudente (trad. CANCIO MELIÁ), Estudios, 167 ss.; Agustín JORGE BARREIRO, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990; Alberto JORGE BARREIRO, La imprudencia profesional, CDJ, 1993, I, 223 ss.; Ujala JOSHI JUBERT, Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (comentario a la STS de 25 de octubre de 1988), ADP, XLII, 1989-II, 731 ss.; Armin KAUFMANN, Die fahrlässige Delikt, Strafrechtsdogmatik, 133 ss.; Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, El delito imprudente en el Código penal de 1995, PJ, 40, 1995, 215 ss.; M^a Carmen LÓPEZ SAN NARCISO, Autoría y participación en los delitos imprudentes, CDJ, 1993, I, 439 ss.; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes, Derecho penal de la circulación, 73 ss. (= Circulación, 75 ss.); José Luis MANZANARES SAMANIEGO, La imprudencia en el nuevo Código penal, APen, 1, 1997, 1 ss.; Santiago MIR PUIG, La infracción penal, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal, EPM-Valle Muñiz, 499 ss.; Ruperto NÚÑEZ BARBERO, El delito culposo (Su estructuración jurídica en la dogmática actual), 1975; Mercedes PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente, 1995; Guillermo PORTILLA CONTRERAS, Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo, CPCr, 45, 1991, 695 ss.; Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, Derecho Penal de la culpa, 1958; Ricardo ROBLES PLANAS, Participación en el delito e imprudencia, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 223 ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal, ADP, 1963, 625 ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente, LH-Cerezo Mir, 941 ss.; Juan DEL ROSAL, De la coparticipación culposa y determinación del autor (s. 11 de abril de 1961), ADP, XIV, 1961, 264 ss.; Raquel ROSO CAÑADILLAS, La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito, PJ, 3ª época, 46, 1997, 273 ss.; ROSO CAÑADILLAS, Autoría y doctrina de la participación imprudente, 2002; José E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La “codelinuencia” en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995, 2001; Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, 2004; Bernd SCHÜNEMANN, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA, 1975, 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal), 1991; Alfonso SERRANO MAILLO, La compensación en Derecho penal, 1996; Jesús-M^a SILVA SÁNCHEZ, El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12), Cuestiones fun-

damentales; 79 ss. (= SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 12, 569 ss.); Eberhard STRUENSEE, El tipo subjetivo del delito imprudente (trad. CUELLO CONTRERAS), ADP, 1987, 423 ss.; STRUENSEE, Objektive Risiko und subjektive Tatbestand, JZ, 1987, 541 ss.; STRUENSEE, Atribución objetiva e imprudencia (trad. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), CPCr, 1991, 449 ss.; Ángel TORÍO LÓPEZ, El deber objetivo de cuidado, ADP, 1974, 25 ss.; TORÍO LÓPEZ, Significación dogmática de la “compensación de culpas” en Derecho penal, EPM-Fernández Albor, 709 ss.; Luis Manuel DEL VALLE GÓMEZ, Tratamiento de los delitos y faltas por imprudencia en la reforma penal en España, LL, 1996-2, 1615 ss.; Tomás S. VIVES ANTÓN, La determinación de la pena en la imprudencia punible, CPCr, 3, 1977, 188 ss.; Hans WELZEL, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo, ADP, 1984, 321 ss.

1. INTRODUCCIÓN: FINALIDAD, IMPRUDENCIA E IMPUTACIÓN. DE LA IMPRUDENCIA COMO FORMA DE CULPABILIDAD A LA IMPRUDENCIA COMO TIPO DELICTIVO¹

A. Evolución dogmática de la imprudencia

En el derecho histórico anterior a la introducción de la tipicidad en la teoría del delito (*vid. supra* VIII 5 s.), a principios del siglo XX, el delito se definía como culpabilidad, pudiendo adoptar una de las cuatro formas siguientes: 1. La forma más completa, y, por tanto más grave, de delito, el *dolo*, la constituía la violación intencional de la norma jurídica, que podía desglosarse, a su vez, en dos partes, cuya suma daría el dolo: p. ej., en el homicidio, el autor se habría representado claramente que causaría la muerte de un hombre, aspecto *fáctico* del dolo, y conocería que matar a otra persona vulnera una norma, la que prohíbe y amenaza con pena matar a otro, aspecto *jurídico* del dolo. En este sentido se hablaba de *dolus malus*, para separarlo del *dolo natural*, que incluiría sólo el conocimiento y voluntad del elemento fáctico. 2. y 3. Junto al dolo, forma genuina de culpabilidad penal, aparecerían dos formas de *culpa* o *imprudencia*², que coherentemente, y para cubrir lagunas de punición por dolo, estarían constituidas, respectivamente, por la imprudencia o culpa *de hecho* y la imprudencia o culpa *de derecho*, según que hubiesen estado ausentes bien el elemento fáctico del dolo, el autor no se representó ni quiso causar la muerte que causó, pero pudo habérsela representado, bien el elemento jurídico del dolo, el autor desconocía que su comportamiento estaba prohibido³, pero debía haberlo conocido. 4. Toda-

¹ *Vid.* también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 793.

² Sobre la cuestión terminológica de la culpa o imprudencia, *vid.* LUZÓN PEÑA, PG, I, 490 ss.

³ Se creía, p. ej., amparado por la legítima defensa.

vía conocía el derecho histórico la figura del *caso fortuito*, para referirse a la ausencia de culpabilidad porque el autor ni se representó ni pudo evitar tanto el resultado como la violación del derecho.

2 Ernst BELING concibió por primera vez en 1906 (*Die Lehre von Verbrechen*) la tipicidad como forma rudimentaria de definición del delito prescindiendo de la culpabilidad y a la que ésta, en un escalón posterior de la teoría del delito por él inaugurada (después se ha visto que muy fructífera), iría referida (*vid. supra* VIII 7). De esta manera, el tipo del delito de homicidio, común al doloso y al culposo, vendría dado por la causación de la muerte de un hombre por otro, es decir, como la descripción de un acontecer causal, prescindiendo de las valoraciones jurídicas de ese acontecer, su desaprobación, reservadas a la antijuricidad, y de las representaciones subjetivas del acontecer, reservadas a la culpabilidad (concepción psicológica de la culpabilidad) (*vid. supra* XI 8), donde aparecerían las formas del dolo o la imprudencia según que hubiese habido representación y voluntad de causar la muerte o no. La estructura de la culpabilidad en el sistema de BELING, y de la doctrina de la época, seguía siendo, sin embargo, la anterior, debido a que la tipicidad había sido acotada en unos términos excesivamente amplios; abarcaba incluso el caso fortuito: también la muerte fortuita la causa su autor. Pero, el hecho de que se separara por primera vez un elemento dentro de lo que anteriormente sólo era parte de una unidad o delito como culpabilidad, fue el primer paso que después permitió proceder a la distinción fundamental para la historia del dogma que es aquella que separa la valoración referida al comportamiento llevado a cabo por el autor, o *antijuricidad típica*, de la valoración referida al autor del comportamiento que ya ha sido valorado como típicamente antijurídico, o *culpabilidad*, que tardó algo más en establecerse (*vid. supra* XI 1), en el delito doloso, *¡y aún no se ha alcanzado en el delito imprudente!*

3 Los aspectos esenciales (otra cosa son los detalles) de la teoría del delito referida al delito doloso, o, lo que es lo mismo, la aplicación a la forma más grave y completa de comportamiento delictivo de la división de aquella teoría en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se perfilaron muy claramente a partir de 1930, gracias, como todos reconocen hoy, a los cambios introducidos en la teoría por Hans WELZEL (*Studien zum System des Strafrechts*, 1939) en lo que se refiere al traslado del dolo de la culpabilidad a la tipicidad, ya que entonces sí que la tipicidad, primer escalón de la teoría del delito, acotó un acontecer exterior de una forma realmente apta para reducir su relevancia penal en unos términos razonables y adecuados a la tarea genuina del derecho penal, de protección de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia motivando debidamente a los ciudadanos, lo que no ocurría, ya se vio, con la tipicidad entendida como mera causalidad (*vid. supra* VI 5). Sólo con la causalidad abarcada por la finalidad; sólo con

la exigencia de un tipo objetivo (= causalidad en los delitos de resultado) al que añadir un tipo subjetivo (= representación subjetiva de la causalidad por parte del autor), ha podido la tipicidad cumplir las funciones que BELING le asignó en los inicios de la teoría del delito, de garantía de seguridad del ciudadano y referente para los siguientes escalones de la teoría, de la antijuricidad y la culpabilidad.

A su vez, la repercusión del traslado del dolo (natural) de la culpabilidad a la tipicidad sobre la concepción de la propia culpabilidad, fue inmensa, estribando su aspecto más destacado en el hecho de que sólo entonces pudo entenderse normativamente la culpabilidad (*vid. supra* XI 100 ss.), como capacidad de haber evitado el autor la lesión de la norma violada pese a desconocerla; algo sobre cuya importancia nunca se insistirá lo suficiente cuando el derecho y la sociedad en la segunda parte del siglo XX iban a experimentar un desarrollo tan grande que habría sido catastrófico que el derecho penal exigiese conocimiento fehaciente del ordenamiento jurídico por parte del autor; y peor todavía la presunción de ese conocimiento. Ahora bien, puesto que sólo quien actúa con representación (pero entonces sí) puede motivarse a reflexionar acerca de la existencia de alguna norma que prohíba actuar en tales circunstancias debido a que lesionará un bien jurídico o lo pondrá en peligro, fue posible elaborar la *teoría de la culpabilidad* según la cual tanto se actúa culpablemente cuando como en el derecho tradicional se conoce fehacientemente la norma violada, lo que permitía hablar de la culpabilidad (genuina) como voluntad de violar el derecho, como cuando se desconoce la prohibición en el momento de actuar, no se actualiza la norma que se viola, pero pudo alcanzarse el conocimiento a poco que se hubiese reflexionado sobre su existencia a tenor del conocimiento de las circunstancias en que se actúa o inevitabilidad del error de prohibición, que, podríamos decir, es el concepto que suple en la concepción moderna a la antigua imprudencia de derecho.— En cambio, puesto que la imprudencia (de hecho) siguió concibiéndose referida al resultado (típico) y por oposición al dolo, se negó la necesidad de un tipo subjetivo de imprudencia y se construyó en torno a la infracción (objetiva) del deber de cuidado cuyo cumplimiento habría permitido prevenir y evitar aquél (el resultado típico), con lo que se escamoteó, que no lograr obviar, la necesidad de constatar el conocimiento subjetivo de cuando menos la situación de riesgo en que se actúa, sin lo cual ni siquiera es concebible tampoco la imprudencia; aspecto, éste, que sólo muy reciente y marginalmente se ha comenzado a reconocer gracias a los esfuerzos de STRUENSEE (*vid. infra* XV 11 ss.).

Junto a esta *cuestión estructural* de la imprudencia, que entronca con la de la evolución de la teoría del delito, concretamente de la culpabilidad, en la que ubicar lo que significa que la imprudencia haya pasado de ser una forma de culpabilidad, junto con

4

5

el dolo, a constituir una forma de tipo delictivo⁴, como el doloso (*vid. supra* XI, 185 ss.), se ha planteado la *cuestión normativa* de la imprudencia, que, en las últimas décadas ha amenazado con engullir a la estructural, diluyéndola, por su insistencia en la necesidad de objetivar conforme a principios normativos todos los problemas de imputación penal; lo que ha llevado a un sector mayoritario de la doctrina a aplicar en la imprudencia, concebida ya como tipo delictivo, y además extenderlo al delito doloso, criterios de *imputación objetiva*, según los cuales el peligro objetivo derivado de los tipos legales protectores de bienes jurídicos debe ser acotado normativamente porque si no aquéllos se aplicarían ilimitadamente, como evidencia claramente la imprudencia: no cabe pensar situación alguna en la que un cuidado todavía mayor al manifestado tampoco habría evitado el resultado, aunque sea al precio de no acometer nada, ni las tareas más cotidianas como conducir autos⁵.

6 Frente a la cuestión normativa de la imprudencia, que se pretende resolver por muchos objetivando el peligro desaprobado, esto es, prescindiendo por completo de las representaciones subjetivas del autor que lo desencadena, o estandarizándolo conforme a un observador objetivo en su situación, debe plantearse ya si no ha llegado el momento en que, sin renunciar a la pretensión sobre la *normativización* de la imprudencia, y en general del derecho penal, acotando lo punible con criterios estrictamente normativos, deba procederse a ensamblar esa cuestión normativa con la cuestión *estructural* de la imprudencia, conforme a un modelo normológico *dualista*. Y, puesto que la doctrina de la imputación objetiva se ha desarrollado a partir de la imprudencia, extendiéndose de ahí al delito doloso, nada mejor que el estudio del delito imprudente para poner de relieve las bases de un sistema lógico-funcional que armonice la *perspectiva normativa* del ordenamiento jurídico con la *perspectiva del destinatario* del mismo, no quedándose sólo con la primera⁶, siendo, como es, la imprudencia la sede por antonomasia de las mayores posibilidades de normativización de la teoría del delito.

7 En el primer capítulo del libro de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Delito imprudente, 43 ss., se exponen las dificultades que siempre ha tenido el finalismo con la imprudencia, debido a que la estructura final de la acción le comprometía con todas las formas de aparición del hecho punible (*concepto unitario de injusto*)⁷. La interesantísima historia interna de esta cuestión puede ilustrarse a través de los siguientes pasos, trazados por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO siguiendo a STRUENSEE (ADP, 1987): 1) En la fase inicial, de la finalidad potencial, la imprudencia consiste en el pensamiento

⁴ *Vid.* también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 12, 541 ss.

⁵ *Vid.* ya FELÍO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, 189 s.; HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 113 ss., 116 ss.

⁶ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 2006, núm. 08-01, p. 01: 1-01-18, -01-01.

⁷ *Vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 475 ss.

de WELZEL en la evitabilidad del resultado causado si el autor hubiese observado el cuidado debido, lo que él habría podido (previsibilidad individual o confusión de injusto y culpabilidad); 2) Con posterioridad, WELZEL, siguiendo a NIESE, entendió que la finalidad es relevante en el delito doloso y neutra en el imprudente, en el que se castiga un comportamiento neutro por contrario a cuidado; 3) En una tercera fase, de la finalidad referida a la elección y empleo de medios, entiende WELZEL que “en la acción imprudente el contenido de voluntad es penalmente irrelevante por lo que concierne al fin, pero nunca con respecto a los medios empleados”, consistiendo la imprudencia en el defecto de la dirección de la voluntad a la hora de elegir y emplear los medios conforme a la finalidad requerida por el tráfico en atención a las consecuencias no deseadas; postura en la que es seguido por CEREZO MIR, pese a reconocer que así no puede abarcar el resultado⁸; 4) Armin KAUFMANN abundó en el pensamiento de WELZEL, estimando que la contrariedad a cuidado característica de la imprudencia sólo puede construirse en torno a una acción de contenido determinado: si un automóvil ha invadido el carril contrario ocasionando un accidente mortal, no se cuestiona el cuidado debido en los adelantamientos sino el debido al frenar; 5) JAKOBS concibe la imprudencia como cognoscibilidad individual de las consecuencias de la acción; 6) HIRSCH relaciona la finalidad en la imprudencia con un acontecimiento previo al resultado, pero por lo que respecta a su valoración jurídica, y a diferencia de los que ocurre con el delito doloso, juega un papel esencial la previsibilidad de un resultado no final; 7) ZIELINSKI concibe la imprudencia como acometimiento de un comportamiento peligroso sin medida adicional alguna que permita eludir la peligrosidad (*ohne-zu-Komponente*); 8) Según STRUENSEE, la finalidad en la imprudencia no va referida al resultado típico que se quiere evitar, sino a un síndrome de riesgos que el ordenamiento jurídico quiere que se eviten porque conecta con ellos consecuencias como la del resultado típico, prohibiéndose por tanto la producción final de aquella constelación.

Una excelente exposición histórica de la evolución dogmática de la imprudencia puede verse en Bernardo FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 35 ss., que acierta plenamente en destacar la importancia que tienen en la consolidación de la autonomía de la imprudencia (respecto al dolo y la culpabilidad) autores de la talla de Karl ENGISCH, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 [51 ss.], y WELZEL, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961 [68 ss.]. Es interesante destacar cómo FEIJÓO, desde la concepción que sostiene, celebra la concepción de WELZEL sobre la imprudencia, en lo que coincide con finalistas como José CEREZO MIR (El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, ADP, 1983, 471 ss.), frente a lo que desde una concepción finalista más ortodoxa no dejó de ser nunca una claudicación de WELZEL en su empeño de construir un injusto monista, común al dolo y a la imprudencia.— Precisamente los desarrollos ulteriores, dentro del finalismo, posteriores a WELZEL, que culminan en STRUENSEE, no están especialmente destacados por FEIJÓO (cosa lógica dada la amplitud de la materia abordada), salvo el planteamiento de este último, STRUENSEE, del que se da cuenta, críticamente, en el capítulo de la evolución histórica

8

⁸ ADP, 1983, 472; *vid.* también PG, II^o, 160.

de la doctrina de la imputación objetiva desde la óptica del delito imprudente, capítulo que sigue al de la evolución histórica de la imprudencia [151 ss.], y que también constituye un acierto de FEIJÓO, dado que éste, el de la imputación objetiva, es el marco adecuado para abordar los problemas de la imprudencia en la actualidad.

- 9 Sobre el desarrollo rezagado de la imprudencia frente al de delito doloso, aunque ingente en las últimas décadas, *vid.* ROXIN., PG, 997; WELZEL, PG, 153 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 244.
- 10 Sobre la incidencia de la vida moderna en el auge de la imprudencia *vid.* ROXIN, PG, 996; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 296 ss.; NÚÑEZ BARBERO, Delito culposo, 9 ss.

B. Reticencias a reconocer un tipo subjetivo de imprudencia

- 11 La concepción del injusto personal, que se impuso en la teoría del delito doloso, y ha sido constantemente hegemónica hasta fecha muy reciente en que se empieza a dudar del papel del elemento subjetivo en la concepción del injusto —a partir de Günther JAKOBS se prepara el camino para volver a concebirlo de forma puramente objetiva⁹—, siempre ha tenido dificultades con el delito imprudente, dado que ni el finalismo supo acotar la finalidad en la imprudencia ni sus adversarios, que aceptaron fácilmente la doctrina del injusto personal en el delito doloso, estaban bien dispuestos a dotar al delito imprudente de un tipo subjetivo. Lo que sólo ha conseguido recientemente, y suscitando muy agudos recelos, Eberhard STRUENSEE¹⁰.
- 12 En efecto, sabidas son las dificultades del finalismo con la imprudencia. La última formulación de WELZEL al respecto, la de la finalidad de medios insuficientes para asegurar el tráfico, y así evitar consecuencias no deseadas, apenas si da para acotar el ámbito del deber de cuidado; pero no establece cuál sea el objeto de la acción final de la imprudencia. Esta aportación sólo la ha hecho STRUENSEE, para quien la acción en la imprudencia persigue un resultado intermedio, previo a la lesión, constituido por un síndrome de riesgo *ex ante*, de lo que por experiencia acompaña a determinadas circunstancias de las que frecuentemente se deriva la lesión efectiva. Por eso se prohíben esas acciones peligrosas como imprudencia. También la imprudencia goza pues de un tipo subjetivo.
- 13 La tesis de STRUENSEE, ya se ha dicho, ha provocado recelos¹¹, el principal de los cuales es que, al exigir un tipo subjetivo, excluiría de la imprudencia los casos

⁹ Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ), 1996, 55 ss.; *vid.* también CANCIO MELIÁ, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, en: LH- Bacigalupo, I, 57 ss.

¹⁰ ADP, 1987, 423 ss.

¹¹ *Vid.* sólo HERZBERG, JZ, 1987, 536 ss., de una parte, y STRUENSEE, JZ, 1987, 541 ss., de otra.

de imprudencia inconsciente, y, más concretamente, los de olvido, o no representación de la situación de peligro. Ahora bien, siendo cierto que la tesis exige la representación previa de algo que haya podido y debido motivar a abstenerse de actuar, ello no es un defecto de la tesis criticada, sino una llamada de alerta frente a los peligros de objetivar la imprudencia penal y un motivo adicional para obligar a esclarecer el papel de los conocimientos subjetivos¹² en la doctrina actualmente en boga de la imputación objetiva.— Pero, sobre todo, lo que permite superar esta tesis es el absurdo que suponía hasta hora concebir, como hacemos de manera generalizada, el delito doloso como injusto personal, con una parte objetiva y otra subjetiva, para, a continuación, construir todo un nuevo bloque de materia de prohibición donde prescindir completamente de la parte subjetiva, con el consiguiente escándalo para el psicólogo de buena fe que se asome al derecho penal confiando en que éste respeta los presupuestos básicos de otras ciencias y comprueba que aquí le damos importancia al querer, como no podía ser menos, pero a partir de un momento dejamos de dársela, y, además, como sabemos por las dificultades de delimitación entre el dolo y la imprudencia, tampoco tenemos claro cuándo le damos y cuándo dejamos de darle importancia.— Es cierto que también en el lenguaje común hablamos de imprudencia como involuntariedad. Pero eso no es pretexto para no mejorar la aplicación de las categorías jurídicas. Como ha dicho el filósofo Donald DAVIDSON¹³, para poder hablar de que alguien ha actuado (añadimos: aunque sea imprudentemente), debemos poder definir la acción realizada como de alguna manera intencional. Haber llamado la atención sobre este punto en derecho penal es mérito indiscutible de STRUENSEE¹⁴.

Ante este panorama se hace necesario reflexionar una vez más acerca de cuáles pueden ser las razones que llevan a la doctrina mayoritaria, incluido un sector finalista¹⁵, a defender en la imprudencia una concepción de la tipicidad puramente objetiva, que, ciertamente, no se conforma con la mera causalidad,

14

¹² Mayor de lo que la doctrina está dispuesta a reconocer hasta ahora.

¹³ Ensayos, 1995, 71.

¹⁴ Apunta también tímidamente al reconocimiento de un tipo subjetivo en el delito imprudente, partiendo de la quiebra en el sistema que supondría su reconocimiento en el delito doloso y su no reconocimiento en el delito imprudente, evidenciando lo insuficiente que es el modelo propugnado por JAKOBS, de hacer descansar el delito imprudente sobre la existencia de un error por parte del autor, SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito, 269 ss.

¹⁵ CEREZO MIR, PG, II^o, 166 ss.; Alicia GIL GIL, Revista de Derecho penal (Argentina), 2002-1, 41 ss. *Vid.* también HIRSCH, RDPC, 2^a época, 16, 2005, 212 ss., quien sostiene en Alemania una posición semejante a la de los autores españoles citados, llegando a afirmar: “Lo injusto de los hechos imprudentes es, por tanto, a diferencia de los hechos dolosos puros, un injusto dualista” [215], y a reconocer que el disvalor-acción de la imprudencia en su concepción es sólo una acción de riesgo del mismo tipo del que se ha materializado en el resultado [216], con rechazo del tipo subjetivo de imprudencia de STRUENSEE, siguiendo a HERZBERG y sólo en oposición a él (HERZBERG) en el punto concerniente a la voluntad objetiva y subjetiva de acción referidas a un riesgo general (estadístico) [220 s.].

pero sí con una causalidad acotada normativamente con criterios puramente objetivos¹⁶.

- 15 La explicación estriba, sin duda, como se deduce de lo acabado de exponer, en el temor a que la exigencia de un elemento subjetivo en el delito imprudente produzca alguna laguna de punición, por ausencia de ese elemento de la imprudencia, en casos en que ni la suficiente protección del bien jurídico lo admita ni la negligencia del autor lo merezca. De ahí el papel decisivo que, desde la gran aportación a la dogmática de la imprudencia de Karl ENGISCH¹⁷, representa la figura del observador objetivo en el lugar del autor, el hombre medio, que cuida de que no sobrevengan lesiones para los bienes jurídicos.
- 16 Ahora bien, aun aceptando la figura del hombre medio como criterio decisivo para elemento, según la concepción objetiva dominante tan importante en la dogmática de la imprudencia como la *infracción del deber de cuidado*, es indiscutible, y esa misma doctrina dominante lo reconoce aunque no extrae la consecuencia última, que su conducta descuidada merecerá valoración jurídica muy diferente según los conocimientos subjetivos sobre la situación de que disponga, en cuyo caso éstos son decisivos. *Un ejemplo*: Que el sujeto que lanza una piedra contra otro realiza conducta de gravedad muy diversa según conozca o no que la víctima padece hemofilia, es indiscutible. Por eso no podemos partir de la premisa, por sumamente indiferenciada, de que el hombre medio no lanza piedras contra su semejante para atajar peligros próximos (hemofilia) o remotos (no hemofilia) de muerte o lesiones, sino que hacemos bien en concretar más las normas. Haciéndose difícil prescindir del elemento subjetivo a tales efectos.— Por otra parte, también cabe pensar en que el rechazo al elemento subjetivo en la imprudencia estriba en que la infracción del deber de cuidado puede incluir conocimientos de los que no se disponía en el momento de actuar, pero debieron obtenerse, p. ej., mirar a derecha e izquierda cuando el automovilista llega a un cruce, no bastando con saber que se actúa ante una situación abierta¹⁸.
- 17 Todas estas objeciones, que sin duda ayudan a configurar la dogmática de la imprudencia, no constituyen sin embargo un obstáculo insalvable para construir un tipo subjetivo de imprudencia que, al igual que el tipo subjetivo del delito doloso, contemple las características mínimas del comportamiento que no se debió

¹⁶ *Vid.* al respecto STRUENSEE, CPCr, 1991, 449. Y no se diga desde posiciones como la de CEREZO MIR y GIL GIL que no son objetivistas porque reconozcan en la base de la imprudencia una acción final, ya que eso no quita ni un ápice de objetivismo, si se observa que la acción final que exigen no es la que fundamenta su injusto (según ellos) sino la infracción del deber de cuidado, como ocurría con WELZEL y Armin KAUFMANN, respecto a los que STRUENSEE ha dado un paso más. Lo mismo que a CEREZO MIR y GIL GIL en España, cabe objetar a HIRSCH, a quien en buena parte siguen aquéllos, y a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 122 ss., en Alemania.

¹⁷ Untersuchungen, 326 ss.

¹⁸ *Vid.* al respecto STRUENSEE, ADP, 1987, 447 s.

emprender porque tuvo lugar ante circunstancias lo suficientemente indiciarias de riesgos para los bienes jurídicos, en el sentido de STRUENSEE, ES DECIR, *ante actum*, como para poder imputar, después, el olvido, la omisión de algún deber de examen, etc., que son, todos, posibles elementos adicionales del tipo de imprudencia, que contiene, como mínimo, al igual que el del delito doloso contiene como mínimo, en su centro, una acción final (consciente) lesiva para el bien jurídico protegido por el tipo, una acción final dirigida a crear una situación peligrosa, por incierta (en el sentido de que no es seguro, pero sí posible, que sobrevenga una efectiva lesión, en cualquier caso, menos segura que en el equivalente delito doloso), para el mismo bien jurídico.

En cambio, definir la imprudencia como infracción del deber (objetivo) de cuidado refleja muy bien el estado que se quiere preservar: el actual de los bienes jurídicos frente a ataques no directamente (= dolosos) dirigidos a lesionarlos (que ni siquiera cabe definir así y sí como queremos definir a la misma imprudencia: como acciones finales dirigidas a realizar circunstancias relacionadas directa o indirectamente con la lesión del bien jurídico) (*vid. supra* VIII 224), pero mal la materia de prohibición¹⁹, que ha de serlo un comportamiento o disvalor-acción, también en la imprudencia²⁰. Si se acepta, en fin, como se acepta, que la imprudencia es un tipo de delito y no una forma de culpabilidad, hay que dotarla, evidentemente, de un tipo subjetivo referido al objetivo, y constituido por la acción que realiza circunstancias que reflejan (en el sentido de STRUENSEE) la lesión del bien jurídico desde una perspectiva más alejada que la del delito doloso.— En conclusión, pues, definir la imprudencia como la falta de cuidado que habría evitado la lesión del bien jurídico es una cláusula excesivamente vaga, como ha demostrado la doctrina del riesgo permitido: No hay situación pensable en la que no se hubiese podido poner más cuidado (imperfectibilidad humana) que sí habría evitado la lesión del bien jurídico que no se evitó en el caso. Luego, por tanto, hay que proceder, al modo de STRUENSEE, a definir la imprudencia como riesgo no permitido (así comienza a hacerlo la doctrina dominante)²¹ acotado a los nexos causales más próximos a los riesgos que son tan elevados que ya nos sitúan en el dolo (eventual)²² más el tipo subjetivo²³.

¹⁹ Denuncia la vaguedad y la falsa apariencia de una omisión del deber de cuidado como elemento caracterizador de la imprudencia, ROXIN, PG, 1000. *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 302.

²⁰ La discusión en torno a la infracción del deber de cuidado (amalgama de elementos objetivos y subjetivos, de acciones y capacidades de acción, individuales y objetivas, etc.), es la misma que un día existió en el delito como intencionalidad referida al resultado y a la infracción de la norma, sólo que ahora de forma invertida.

²¹ *Vid.* FEJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 279, que considera el riesgo permitido como “el centro neurálgico de la doctrina del delito imprudente”.

²² ¿Cómo si no definir la imprudencia sin la vaguedad tradicional?

²³ Por las razones antes aludidas.

- 19 Probablemente, el día de mañana aceptaremos pacíficamente que determinados criterios de imputación objetiva, como p. ej., los conocimientos especiales del sujeto, revelan lo que un día revelaron los elementos subjetivos del injusto respecto al dolo: papel decisivo de la tentativa o disvalor-acción, también en la imprudencia. De esta manera, por lo demás, se tendrá una formulación más exacta del deber de cuidado, proporcionando una respuesta a la pregunta acerca de qué exigía el deber de cuidado en el caso concreto. Evidenciándose, así, que la respuesta a lo que la teoría dominante, que niega un elemento subjetivo en la imprudencia, exige como infracción del deber de cuidado es lo mismo que STRUENSEE ha incluido en el tipo subjetivo de imprudencia, siendo esta construcción más exacta dado que evita las adherencias históricas del concepto de imprudencia, proclive a establecer que lo que el autor no se representó pudo habérselo representado de haber sido más diligente, tan diligente como el ciudadano medio (¡cosa que creíamos haber superado incluso en la culpabilidad: exigencia de evitabilidad psicológica del error de prohibición [vid. *supra* XI 262 ss.] y que autores de la talla de Claus ROXIN, PG, 1023, sin embargo mantienen en la imprudencia!).
- 20 BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 302 ss., reivindican enfáticamente un tipo subjetivo de imprudencia. Lo único que ocurre es que lo entienden como “*conocimiento de la acción que se desarrolla y de los riesgos que ella implica*” [302]. Tal conocimiento lo desglosan en las dos modalidades tradicionales de imprudencia, consciente e inconsciente. Por lo que se refiere a la imprudencia inconsciente, exigen un *elemento objetivo-normativo intelectual* compuesto por los riesgos “que el autor concreto *debió haber previsto* antes de llevar a cabo la acción concreta que pensaba realizar [304], la antigua *previsibilidad* que algunos ahora desdeñan, lo que se obtiene conforme a un juicio valorativo posterior *ex ante de adecuación*. Una vez establecido ese elemento, debe añadirse el *elemento objetivo-normativo conductual*: Establecidos los riesgos creados que podrían afectar al bien jurídico, hay que determinar las medidas de precaución que en esas circunstancias concretas eran exigibles o debieron haber sido implementadas para evitar la afcción del bien jurídico [305], con alusión a reglamentos y *lex artis*. Por su parte, la imprudencia consciente requiere además de los elementos de la inconsciente, conocimiento de la acción que desarrolla el autor y de los riesgos que ella implica, la conciencia de que está obrando con falta de cuidado [309], planteándose por aquí la cuestión tan peculiarmente tratada por estos autores de la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, que ellos cifran en la actitud del sujeto; en el dolo, el autor realiza una voluntad de lo concretado (de ahí que nieguen que el dolo eventual sea auténtico dolo; vid. *supra* VIII 244), en la imprudencia sólo es consciente de que lo que realiza no se corresponden con lo que exigen las circunstancias concretas [309 ss., 314 ss.].
- 21 HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, que desde una concepción mixta de la norma penal [8 ss.], se ha planteado que también el injusto imprudente ha de tener una componente subjetiva [124 ss., 127 ss.], resaltando su semejanza con el dolo [130 s.],

aborda coherentemente lo que sería el tipo subjetivo del delito imprudente [193 ss.] exponiendo las distintas doctrinas en torno a su reconocimiento (o no), tomando posición [205 ss.] arrancando de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE [2121], que al menos exigen conocimiento de la acción que se desarrolla y de los riesgos que ella implica, para quedarse a la postre con el conocimiento de las circunstancias fácticas que obligan a ser precavido [215], que se aprende [216 ss.] y pasa a formar parte de la conciencia [220 ss.]. Se esmeran también en excluir que la responsabilidad por imprudencia se base en una ficción (también la imprudencia inconsciente), apelando a la actitud interna ante peligros conocidos o reconocibles, JESCHECK/WEIGEND. PG⁵, 610.

Los anteriores planteamientos, se diferencian del del injusto personal monista en lo mismo que lo diferenciaba del de CEREZO MIR, GIL GIL y HIRSCH: en que la consideración subjetiva no va referida a la acción que realiza el injusto de imprudencia (por peligrosa), sino al deber de cuidado que debió llevar a su autor a omitirla.

22

C. La imprudencia en la doctrina científica moderna

a. *La independencia de la imprudencia frente a la culpabilidad*

Como ponen de relieve las exposiciones actuales sobre la historia de la imprudencia en la teoría del delito (CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente; 44 ss.; FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 35 ss.; HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 1 ss., 107 ss.)^{24/25}, sólo con el advenimiento de la concepción normativa de la culpabilidad fue posible comenzar a elaborar de forma mínimamente satisfactoria la imprudencia, que conforme a la concepción psicológica reinante hasta entonces, se hacía incluso imposible en los casos de imprudencia inconsciente. De ahí que se abogara por la exclusión de la imprudencia del ámbito del derecho penal en aquella fase psicologista. Con la concepción normativa, en cambio, se hizo posible ubicarla en un marco de previsibilidad de lo no previsto en concreto a poco que se hubiesen cumplido deberes de comprobación o cuidado como los que introdujo BINDING todavía en la fase de la culpabilidad psicológica con los que conecta ENGISCH para formular el concepto clave de la imprudencia, al menos hasta ahora, o infracción del deber de cuidado, que él ubicó en la culpabilidad, dado que seguía entendiendo la imprudencia como forma de culpabilidad, siendo WELZEL quien dio el paso definitivo que se

23

²⁴ *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 289 s.; y en: JESCHECK, PG, II, 790 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, PG⁵, 639; BACIGALUPO, PG⁵, 243 ss. (= BACIGALUPO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 12) (¡excelente!); QUINTERO OLIVARES, PG³, 359 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 473 ss.; ROXIN, PG, 997 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 298 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 126 s.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 205 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, ADP, 1984, 321 ss. (¡leer!); TORIO LÓPEZ, ADP, XXVII, 1994, 25 ss. (amplia y excelente); LUZÓN PEÑA, PG, I, 492 ss.

²⁵ Es lamentable, sin embargo, la poca atención que presta la doctrina española actual a la evolución del problema de la culpabilidad de la imprudencia en la riquísima ciencia penal española del XIX y principios del XX, que no tiene nada que envidiar (todo lo contrario) a la alemana. *Vid.* CUELLO CONTRERAS, Culpabilidad e imprudencia, 85 ss.

impuso en la doctrina mayoritariamente, de ubicar la infracción objetiva del cuidado en el centro del tipo del delito imprudente.

b. ENGISCH

- 24 La de ENGISCH, *Untersuchungen*, es la primera monografía sobre la imprudencia en sentido moderno. La razón fundamental para que ocupe lugar tan destacado estriba en que supo hacer del cuidado debido elemento esencial del delito imprudente y, además, supo ubicar su problemática, ardua y muy diferente, en su concepción, a la del dolo, en el ámbito de la tipicidad, lo que hasta entonces nunca se había hecho.— ENGISCH concibe el cuidado debido no como contenido de la imprudencia, que lo es una acción, sino como una forma de acotar el comportamiento imprudente conforme a criterios que varían según las más diversas circunstancias.— Para precisar el cuidado debido, elemento esencial del tipo del delito imprudente, junto con la causación del resultado aludido en el tipo legal, configura ENGISCH lo que llama *cuidado externo* y *cuidado interno*. Conforme al primero [271 ss.], también llamado objetivo, y aprovechando lo ya elaborado dogmáticamente sobre la causalidad adecuada, se acota la causalidad a sólo aquella previsible objetivamente, es decir, la que habría previsto un hombre cuidadoso en la posición del autor. Conforme al segundo [273 ss.], o cuidado interno, que ENGISCH, con la doctrina de la época, ubica en la culpabilidad (no en la antijuricidad típica), se exige que lo previsible objetivamente mediante cuidado externo, hubiese sido previsible también para el concreto autor, aspecto en el que es esencial el también muy elaborado por él criterio de la cognoscibilidad (*Erkennbarkeit*), especialmente relevante en la llamada imprudencia inconsciente²⁶.— Con este elemento, aborda ENGISCH, sin voluntad de ser exhaustivo, tres supuestos frecuentes de la imprudencia [283 ss.]: 1) La realización de una acción peligrosa por parte del autor; 2) La actuación del autor en una situación ya peligrosa; 3) La actuación del autor en situaciones en las que es necesario cumplir un deber de información previa que ya había tratado ampliamente BINDING. En todos ellos puede ilustrarse muy bien el cuidado debido (en su caso omitido) característico de la imprudencia.— A efectos sistemáticos, en cuyo contexto es importante la delimitación de la imprudencia respecto al dolo, resume así ENGISCH su concepción de la imprudencia: “Al autor imprudente le ha de ser cognoscible *lo mismo* que en caso de conocimiento real le puede conducir al dolo, pues la motivación que esperamos del autor doloso a causa de sus representaciones, *debía poderse* alcanzar para que se le pueda imputar al autor imprudente” [373].

c. WELZEL

- 25 La concepción de la imprudencia más elaborada de WELZEL es la presentada en *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (Studien, 315 ss.; PG, 158 ss.). Allí pone de relieve WELZEL, cerrando una tradición anterior, que la imputación de la causación de un resultado a título de imprudencia no tiene nada que ver con la relación espiritual

²⁶ Vid. MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 808 s., siguiéndole.

del autor con el hecho o culpabilidad, sino con el contenido y ámbito del cuidado objetivo que haya que emplear en la acción de quienes participan en el tráfico [318]. A su vez, cuál sea el cuidado debido en el tráfico ha de relacionarse con la acción emprendida, en la forma de su ejecución y no en su propiedad de tener un determinado efecto [320 s.] o disvalor-acción de la imprudencia, lo que sólo puede proporcionar la acción final [323]. El tipo del delito imprudente es un tipo abierto, ya que es el juez quien ha de establecer la acción prohibida en cada caso, de ahí su dificultad; y ello debido a que el legislador no puede prever las concretas situaciones que exijan atenerse al cuidado debido y su medida [325]. De ahí que se acuda a la figura heurística del “hombre cuidadoso” para ayudar a precisarlo. Dos criterios sirven especialmente para concretar el cuidado debido: el juicio de adecuación o previsibilidad objetiva de que determinadas acciones crean peligros para los bienes jurídicos, y el riesgo permitido, ya que el tráfico ha de contar con peligros que no por presentes lleven a prohibirlo [326 s.]. La acción que esté por debajo de lo adecuado a cuidado objetivo y general está prohibida y quien no es capaz de actuar respetándolo debe omitir actuar [328 s.]²⁷.

d. Armin KAUFMANN

En un breve pero sustancial escrito de 1963, Armin KAUFMANN (Strafrechtsdogmatik, 133 ss.) consolidó la doctrina de que no siendo el resultado determinante del injusto imprudente [136], debe buscarse en el cuidado que ha de mostrar el ciudadano con sus acciones conscientes [139], para emprender sus acciones en sociedad como la situación requiere, p. ej., disminuir la velocidad al entrar en una curva, u omitir su realización si el implicado sabe que no puede realizarla como es debido, con lo que se evitan malentendidos en torno a las (in-) capacidades de cada uno [140]. Puesto que la norma ha de generalizar, el primer criterio a que acude la doctrina para establecer el cuidado es el de la previsibilidad objetiva, basado en un juicio de adecuación, al estilo de ENGISCH y WELZEL [141 s.], frente al que Armin KAUFMANN objeta que es imposible convertir una cuestión axiológica en una prognosis empírica: la persona cuidadosa que observa algo raro en el motor de su coche lo envía al taller con independencia de que el experto habría previsto que el daño del motor es insignificante [143]. Por eso, concluye que no caben criterios generales sobre el contenido de la norma de cuidado [144] y sí sólo comportamientos típicamente cuidadosos que pueden incluso tener que establecerse indirectamente: del tipo “lo no incorrecto”, en cualquier caso en la concreta situación y sea quien sea el implicado (experto o lego). De ahí, finalmente, que los tipos de cuidado que establece la jurisprudencia

26

²⁷ Una profunda crítica a la doctrina de la imprudencia en el finalismo, puede verse en JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 817 ss., 828. Se expresó en cambio en términos elogiosos respecto a la concepción welzeliana de la imprudencia, QUINTANO RIPOLLÉS, Culpa, 191 ss.; como NÚÑEZ BARBERO, Delito culposo, 59 ss., a pesar de sus reparos desde la perspectiva neoclásica. Sobre las concepciones de la imprudencia en el finalismo y lo que supuso en la evolución de la teoría del delito, *vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 28 ss.

(supliendo al legislador)²⁸ no sólo se obtienen normativamente sino que establecen lo acontecido también normativamente [145].

e. *JAKOBS*

27 *JAKOBS*, Estudios, 167 ss., PG, 380 ss., partiendo de la regulación del StGB, que ofrece un concepto residual de imprudencia con respecto al dolo: imprudencia = supuestos de ausencia de dolo en los que todavía cabe culpabilidad [168], y que niega poder de definición alguno de la imprudencia a la imprudencia consciente, por cuanto que un conocimiento que no incluye la probabilidad del resultado no aporta nada que vaya más allá de lo que es común a la imprudencia consciente e inconsciente: que la probabilidad representada es tan alta que equivale al dolo [170 s.], concibe la imprudencia como deber de “evitar comportamientos que de modo cognoscible producirán un daño”²⁹, lo que incluye tanto los efectos causales como la lesión del derecho. Ejemplo de *JAKOBS* que ilustra esto último: quien en el campo pisa un escarabajo, sólo si de ello puede descubrir que infringe una ley: por razones de protección del medio ambiente, p. ej., tendrá una razón para evitar el comportamiento [172].— Por ese motivo, y tras exponer su criterio normativo sobre el riesgo permitido de acotar objetivamente la imputación [172 ss.] (*vid. supra* VIII 182 ss.), construye la imprudencia sobre la evitabilidad de lo individualmente previsible [179], que *JAKOBS* precisa, siguiendo la fórmula de *ENGISCH* que ya conocemos (“Al autor imprudente le ha de ser cognoscible *lo mismo* que en caso de conocimiento real le puede conducir al dolo, pues la motivación que esperamos del autor doloso a causa de sus representaciones, *debía poderse* alcanzar para que se le pueda imputar al autor imprudente”), insistiendo en aquello a lo que obliga su respeto, fundamentalmente: tener en cuenta los riesgos cotidianos a los que nos hemos acostumbrado, del tipo realizar un adelantamiento en una vía ancha, y que él ya utilizó (*vid. infra* XV 51) para excluir el dolo en los casos de indiferencia del tipo ladrones que huyen, y que deben ser una señal de alerta para que el legislador no se vea tentado (sería ello ineficaz) a prevenir los accidentes del estilo de los de la circulación, como tipos imprudentes de resultado [181 ss.].— Completan el ensayo de *JAKOBS* cuestiones interesantes relacionadas con el fin de protección de la norma: sólo cuando el cuidado debido habría evitado el resultado que la norma quiere evitar con certeza hay imprudencia (de resultado) [184 ss.], la

²⁸ *Vid.* también *JESCHECK/WEIGEND*, PG⁵, 607, negando convincentemente que ello entrañe una vulneración del principio de certeza; en el mismo sentido *ROXIN*, PG, 1030.

²⁹ *Vid.* en términos semejantes, para el derecho español, siguiendo a *JAKOBS*, *BACIGALUPO*, PG⁵, 242 s., 246 s.; *CHOCLÁN MONTALVO*, Delito imprudente, 56 ss. (¡leer!); *RAMOS TAPIA*, en: *ZUGALDÍA ESPINAR* (dir.), PG, 536.— La doctrina española ya anticipó un modelo semejante al de *JAKOBS*, tendente a reducir la imprudencia a error. *Vid.* *CUELLO CALÓN*, PG¹⁴, 449; *RODRÍGUEZ DEVESA*, PG¹⁶, 480; *ANTÓN ONECA* Derecho penal, 244; *JIMÉNEZ DE ASÚA*, Tratado, V, 680, 841 s. (¡leer!); *QUINTANO RIPOLLÉS*, Curso, I, 290; *Culpa*, 264 ss.; *NÚÑEZ BARBERO*, Delito culposo, 19, 33.— Este parecer de la doctrina española, a su vez, se inspiraba ampliamente en el de *MEZGER*, PG, II, 152 ss., quien seguía el criterio del *Reichsgericht* [153] e, incluso como ahora *JAKOBS*, ponía énfasis en el deber de cuidado individual [163].

distinción entre imprudencia leve y grave, de las que sólo la última debe ser punible [187 ss.], delitos cualificados por el resultado [191 ss.] y la relación de los delitos imprudentes con los delitos de peligro [193 ss.], cuestiones toda ellas sumamente interesantes en las que desgraciadamente no podremos entrar aquí.

f. *STRUENSEE*

Como ya hubo ocasión de ver (*vid. supra* VIII 13), STRUENSEE (ADP, 1987, 435 ss.) ha sido el primer autor dentro del finalismo que ha conseguido aislar también dentro del delito imprudente un tipo subjetivo de imprudencia. Para ello, ha construido el tipo objetivo correspondiente no con el resultado lesivo, que *ex definitione* no ha sido abarcado por el dolo del autor, al menos hasta el punto de fundamentar una imputación a título de delito doloso, sino con un resultado anterior al lesivo constituido por peligros más o menos alejados o próximos a la efectiva lesión como para que esté justificada su prevención mediante amenazas penales para quien haya querido conscientemente crear esos peligros inminentes de lesión. La representación de las circunstancias de cuya concurrencia extrae el legislador el peligro inherente a la calificación de imprudencia, o síndrome de riesgo, que puede incluir también el mero actuar en una situación incierta como acceder a una autovía sin mirar si en ese momento está ocupada [447 s.], constituye el tipo subjetivo, cuya congruencia con el tipo objetivo de peligrosidad dará el tipo completo de imprudencia, en exacta correspondencia con lo que ocurre en el delito doloso.

28

g. *CORCOY BIDASOLO*

CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, procede a abordar la problemática de la imprudencia acudiendo al criterio procedente de ENGISCH, que distingue entre cuidado externo y cuidado interno o subjetivo [43 ss.]. Lo hace, además, asignando a cada uno de ellos los mismos o parecidos contenidos, debido a la evolución de la dogmática, con la única particularidad (¿relevante o irrelevante?) de considerar que el cuidado interno o subjetivo no es elemento de la culpabilidad, como en ENGISCH, sino ya de la antijuricidad típica, pues la autora, siguiendo a su maestro MIR PUIG, incluye en el tipo un disvalor-acción que sólo puede proporcionar, en la imprudencia, el cuidado interno [225 ss.]. De ahí que también se alinee entre quienes sostienen que en el tipo de imprudencia se deben tener en cuenta los conocimientos especiales el autor.— Puesto que, entre tanto (también es ésta una peculiaridad que distingue al momento en que escribe la autora del momento en que ENGISCH escribió su gran monografía), se ha desarrollado la doctrina de la imputación objetiva, de papel tan destacado en el delito imprudente, entiende CORCOY BIDASOLO que a la realización del tipo objetivo y el tipo subjetivo de imprudencia ha de añadirse —lo que ya vimos al exponer la concepción de esta autora sobre la imputación objetiva (*vid. supra* VIII 198 s.)— el hecho de que el concreto resultado producido, ahora *ex post*, mientras que hasta este momento la consideración de los elementos ya vistos de la imprudencia se

29

basaban en una consideración *ex ante*, sea retrotraíble a la creación de un riesgo típicamente relevante, y no al que no lo es pese al comportamiento típicamente imprudente, siempre que, además, segundo escalón de imputación, haya sido el causante del resultado *ex post* por haberse probado con seguridad rayana en la certeza que el comportamiento alternativo correcto tampoco lo habría evitado [495].

h. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO

30 Una exposición amplia de la imprudencia inspirada en la concepción de STRUENSEE es la de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Delito imprudente, quien después de describir las vicisitudes (muchas) de la imprudencia en el finalismo (*vid. supra* XV 7), acota muy oportunamente el ámbito de la imprudencia dilucidando en primer lugar [87 ss.] los términos en que el injusto personal compite con la doctrina de la imputación objetiva acerca de cómo acotar el ámbito de la imprudencia que sin límites sería inabarcable, cifrándolo a través de la crítica a los criterios de la imputación objetiva (especialmente el del comportamiento alternativo correcto) en la exigencia de un tipo subjetivo congruente con el objetivo, referido a un síndrome de riesgos “*ex ante*”. Aborda a continuación [123 ss.] otros criterios de limitación de la responsabilidad por imprudencia fecundados también por la doctrina de la imputación objetiva, aunque autónomos y previos a la eclosión de aquella teoría, de la adecuación social (que se ha diluido con el perfeccionamiento del deber de cuidado) y el riesgo permitido, resuelto por SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO también con el tipo subjetivo de imprudencia. Después, tras un breve capítulo dedicado a la crítica, correcta, aunque relativa, de que los tipos de imprudencia no constituyen tipos abiertos [157 ss.], aborda SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO el deber de cuidado como elemento tenido por la doctrina por esencial para la imprudencia [169 ss.], con especial énfasis en el baremo objetivo de su determinación frente a los subjetivistas y una tímida alusión, que debería ser más enfática, a que no se trata del tipo objetivo de imprudencia y está llamado a ser superado por el reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia que cumpliría sus funciones y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO aborda en la línea de STRUENSEE [199 ss.]. Finalmente, estudia SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO el tema finalista clásico del significado del resultado para el injusto personal [221 ss.], aspecto en el que tras pasar revista minuciosa a su concepción como condición objetiva de punibilidad, sugiere la interesante idea según la cual la elaboración por parte de STRUENSEE del resultado intermedio de la imprudencia como síndrome de riesgo, puede ser un paso de cara a volver a reconocerle al resultado un significado en el injusto que no le haga aparecer como mero producto del azar [247 ss.].

i. FEIJÓO SÁNCHEZ

31 En su monografía sobre la imprudencia, FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, tras enunciar la premisa de la que hay que partir al abordar la imprudencia: no basta punir la imprudencia porque el comportamiento del autor no se haya atendido al están-

dar objetivo, por lo que no hay que tener miedo a considerar las circunstancias concretas del hecho y las personales (sobre todo los conocimientos del autor) [109, 245, 254 ss.], y tras negar que la imprudencia sea un tipo abierto, más que el delito doloso, aunque reconociendo que tanto en uno como en otro cuando se trata de delitos puros de resultado se presentan dificultades de concreción [248 ss.], recuerda la concepción de ENGISCH sobre la imprudencia, para sostener la tesis, su tesis, de que tanto en el delito doloso como en el imprudente lo que se imputa es no haber evitado un resultado pese a haber dispuesto de los conocimientos y motivos necesarios y suficientes para haberse abstenido de producirlo evitando la acción que lo causó [257 ss., 260]; con lo que, haciendo abstracción del fundamento del delito doloso, expuesto exhaustivamente en otro trabajo del que hemos dado cuenta en otra parte de esta obra (*vid. supra* VIII 256), fundamenta la imprudencia en el conocimiento actual de circunstancias que por peligrosas debieron evitarse o haberse cerciorado de la evitación de sus peligros concomitantes antes de actuar [263 s.]: mientras mayores sean los peligros que el autor se haya representado, más clara y grave será la imprudencia y más podrá imputarse a su título³⁰.— FEIJÓO, que justifica la imprudencia en la necesidad de la vida moderna, que no permite reducir la intervención penal a los casos claros de peligro directo para los bienes jurídicos, delito doloso, estima que tanto la imprudencia como la omisión, donde no se exige conocimiento del resultado que se va a causar o no evitar descalifican al *finalismo*, dado que el recurso utilizado por éste para resolver tal problema, la capacidad de evitación, no constituye comportamiento consciente y voluntario [199].

j. *GIMBERNAT ORDEIG*

En las recientes investigaciones GIMBERNAT ORDEIG, como siempre originalísimas, sobre tema tan arduo y difícil sobre la equiparación entre el hacer y el omitir a través de la causalidad en el comportamiento doloso y el imprudente, hay plasmada una teoría general de la imputación penal de la que puede extraerse una concepción de la imprudencia que aborda al menos el problema crucial de lo que supone como forma de imputación frente al dolo, además de una nueva fundamentación sobre la imputación a título de imprudencia, que es por lo que la traemos aquí. En RDPC, 2ª época, 4, 1999, 525 ss. (*vid. también* GIMBERNAT ORDEIG, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 11, 420 ss., 431 ss.), uno de los primeros artículos en que GIMBERNAT ORDEIG aborda su nueva fundamentación, sintetiza de la siguiente manera su planteamiento: La

32

³⁰ Es digno de tenerse en cuenta que GIL GIL, autora de una concienzuda recensión de la obra de FEIJÓO SÁNCHEZ (RDPC, 2ª época, 16, 2005, 347 ss.), le reproche precisamente que dote a la imprudencia de un tipo subjetivo que permita tener en cuenta las representaciones subjetivas del autor imprudente, considerándolo, al igual que el aportado por STRUENSEE (en otro contexto de fundamentación de la imprudencia), demasiado impreciso: por detenerse ante la entrada del peligro (subjetivamente) previsto en el radio de afección del bien jurídico que puede depender de muchos factores adicionales. Con independencia de la distinción entre peligro (*ex ante*) y peligrosidad (*ex post*) en que se basa esta última (que procede de HIRSCH: *vid. supra* VIII, 79), es digno de destacarse cómo aquí están cruzados los frentes, un objetivista reconociendo un tipo subjetivo de imprudencia y una finalista negándolo.

imputación penal requiere seguridad de lo imputado [536]. La seguridad sólo está directamente garantizada en el delito doloso de comisión: A quien ha disparado intencionalmente contra la víctima produciéndole la muerte como consecuencia del disparo se puede imputar el homicidio. Ello es así, según GIMBERNAT ORDEIG, porque está descartado que la muerte sea retrotraible a otra causa que el disparo, ya que el autor ha creado el peligro que causó el resultado en una situación en la que a la víctima no le acechaba ningún peligro (*1ª modalidad de delito doloso de comisión*) [547].— Cuando a la actuación del autor precedía ya una situación de riesgo, aun el permitido, el derivado p. ej. de conducir un vehículo, el autor sólo causará con seguridad cuando deje de cumplir deberes de cuidado exigidos en riesgos permitidos, p. ej. dejar de conducir a determinada velocidad y por determinado sitio (calzada), y dirigir el coche a atropellar deliberadamente a un peatón (*2ª modalidad de delito doloso de comisión*) [547 s.].— El paralelo en el delito imprudente viene dado por: 1º El autor crea un riesgo no permitido donde no había situación de riesgo preexistente alguna: el hijo manipula la pistola de su padre que creía descargada matando a un amigo (*1ª modalidad de delito imprudente de comisión*) [537]. 2º El autor incide sobre un foco de peligro preexistente: A quien conduciendo un automóvil (riesgo permitido) adelante sin visibilidad (riesgo no permitido), no se le puede imputar el resultado a la “cuenta” de una u otra parte (el permitido o el no permitido) del riesgo que creó, pero sí se puede imputar el resultado con seguridad al haz de peligros (la suma de ambos) que creó, ya que el peligro por él creado causó el resultado con seguridad, y con seguridad también él ha elevado “el riesgo del foco de peligro”, por lo que con su acción (la de adelantar) ha “superado la frontera permitido/no permitido” [537 ss., 539]. Ejemplo de GIMBERNAT ORDEIG: el caso del período ventana” (*vid. infra XV 65 ss.*) (*2ª modalidad de delito imprudente de comisión*).

k. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN

33

Conciben todavía en la actualidad la imprudencia como forma de culpabilidad, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 639 ss. Para ello, valiéndose de la vigencia suprallegal del caso fortuito [657 s.], y convirtiendo la relación de antijuricidad de la infracción del deber de cuidado en relación de culpabilidad [650], es decir, haciendo ilimitada la imputación a título de imprudencia hasta llegar a la culpabilidad, niegan papel alguno en la responsabilidad por imprudencia a la infracción del deber de cuidado (todo deber, en su concepción, remite a la culpabilidad) que no sea referencia heurística al auténtico deber fundamentador de la responsabilidad por imprudencia que lo es la infracción subjetiva del deber de cuidado [641 ss., 650 ss.]³¹, basada en las ideas de previsibilidad y evitabilidad, equivalentes respectivos de deber a lo que son el elemento intelectual y volitivo del delito doloso.

³¹ *Vid.* también AGUADO LÓPEZ, AP, 201-1, 208 s., 222, que distorsiona el estado actual de la discusión doctrinal en España alineando en el mismo bando a quienes prescinden del deber objetivo de cuidado en la antijuricidad, conformándose con el deber subjetivo de cuidado propio de la culpabilidad, y a quienes entienden que el deber de cuidado, elemento esencial de la antijuricidad en la imprudencia, debe tener en cuenta también las capacidades subjetivas del concreto autor.

I. *BALANCE*

Los frentes en torno a cómo concebir la imprudencia en la actualidad están muy cruzados, lo que puede alumbrar nuevos derroteros de la teoría del delito, fundamentalmente en lo que concierne al elemento objetivo y el elemento subjetivo (si es que se reconoce) de la imprudencia y, en menor medida, aquí las cosas están más claras desde hace tiempo, a qué problemas ubicar en la tipicidad y cuáles en la culpabilidad.— En este sentido, puede observarse, en primer lugar, una línea iniciada por ENGISCH y continuada recientemente por JAKOBS, según la cual mientras que para el primero el cuidado interno definidor de la imprudencia pertenece a la culpabilidad, para el segundo aunque el cuidado debido pertenece a la tipicidad del delito imprudente, se debe configurar individualmente (como el cuidado interno en ENGISCH) y la imprudencia puede ser tanto de hecho como de derecho, pues en ambas lo relevante es el desconocimiento evitable, para CORCOY BIDASOLO, el cuidado interno de ENGISCH, que comparte, constituye elemento del tipo de imprudencia, junto con el cuidado objetivo.— Puede observarse también cómo mientras WELZEL y Armin KAUFMANN construyen el tipo de imprudencia con base en la infracción objetiva del deber de cuidado (finalistas que objetivan), recientemente FEIJÓO SÁNCHEZ, desde posiciones opuestas a las finalistas, otorga significado especial a los conocimientos subjetivos del autor imprudente (normativistas que en cierta medida subjetivizan).— Finalmente, mientras que STRUENSEE y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, hablan abiertamente de reconocer un tipo subjetivo de imprudencia, llevando hasta sus últimas consecuencias al finalismo, GIMBERNAT ORDEIG, nada sospechoso de finalista, concibe la distinción entre el dolo y la imprudencia en función del grado de riesgos que el autor se representó. ¿No será el reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia la lógica consecuencia de una discusión que comienza a ser bizantina entre defensores de la concepción objetiva y la concepción individual del deber de cuidado en la imprudencia?³²

34

D. **¿Infracción del deber de cuidado o tipo subjetivo de imprudencia?**

Todo hecho delictivo, ciertamente, se puede definir como la infracción de algún deber o como la realización u omisión de alguna acción (intencional). Ello es así, sin duda, porque en todo delito hay ambas cosas; lo que se traduce en que cuando se parte del deber, podemos decir: como la doctrina mayoritaria de la imprudencia, se acaba por imputar haber llevado a cabo una acción determinada o no haberlo hecho: la que exige la protección del bien jurídico, de la misma manera que cuando se parte de la acción se acaba viéndola como infractora de un

35

³² JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 622 ss., que siguen a ENGISCH en la configuración del deber de cuidado, arrancan del cuidado interno y aceptan la tesis de STRUENSEE sobre los conocimientos especiales (¡leer!).

deber, que además la acota (normativamente).— Lo anterior se acepta por todos. Se discuten, quizá, las capacidades no desarrolladas que habrían llevado a actuar de otra manera, sobre todo en la imprudencia, lo que no tendría en cuenta el finalismo según la doctrina dominante. Ahora bien, las capacidades han de ser puestas en relación con las acciones, que son las importantes. No se responde de una capacidad mal utilizada sino de una acción (final) que, ciertamente, pudo ocurrir de otra forma por la presencia de aquellas capacidades no utilizadas. O si se quiere: Se responde de las capacidades mal utilizadas a través de una acción. Separar capacidades y acciones es semejante a la separación de la parte objetiva de la parte subjetiva de la acción, siendo así que ambas son inescindibles. La única separación clara entre acciones y capacidades, tiene lugar en la culpabilidad, donde éstas (las incapacidades) explican algunos casos de su ausencia (*vid supra* XI 1); en el injusto, en cambio, doloso, imprudente u omisivo, lo que aparecen son acciones (no emprendidas en la omisión), que es lo que se prohíbe o manda.

36 En suma, ¿no estará ocurriendo con el deber objetivo de cuidado lo mismo que un día ocurrió con la adecuación social (*vid. supra* VIII 116 ss.), esto es, que se van viendo vacíos de contenido porque el desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva está permitiendo acotar los resultados causados por imprudencia que antes se acotaron con tales criterios³³, al tiempo que el reconocimiento de un elemento subjetivo de imprudencia, al que tan bien ha servido la dificultad de su ubicación (conocimientos especiales) en la doctrina de la imputación objetiva, cumple el resto que era necesario para poder afirmar que el delito doloso tiene la misma estructura que el imprudente, con un disvalor-acción y un disvalor-resultado paralelos, y perfectamente deslindados, el injusto de cada uno, de la culpabilidad?³⁴.

37 Luego, por tanto, si se comparten las anteriores reflexiones, la importancia de dotar de un tipo subjetivo al delito imprudente estriba en que: 1. se encuentra justificación al papel de los conocimientos subjetivos del autor, lo que la doctrina dominante tiene en cuenta pero no sabe ubicar; 2. no se pierde ninguna de las importantes aportaciones de la doctrina dominante de la imputación objetiva a la acotación del tipo de imprudencia, amenazado siempre de excesiva amplitud, sólo que, como en el delito doloso, no pueden suplir al tipo subjetivo; 3. y sobre todo, cumple una importantísima función de garantía de seguridad jurídica, ya

³³ Sostiene en cambio que la imputación objetiva no sustituye a la infracción del deber de cuidado, QUINTERO OLIVARES, PG³, 358. *Vid.* también LUZÓN PEÑA, PG I, 499 s.

³⁴ ROXIN, PG, 997 s.; STRATENWERTH, PG, 422 ss., 424. *Vid.* ya en este sentido BACIGALUPO, PG, 246 (= BACIGALUPO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 12, 446 s.); CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 36 ss. *Vid.* también RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 535.

que con él se sabe qué imputa el Estado, una acción consciente, al autor de la imprudencia, no conformándose con un vago poder comportarse de otra manera, que es la puerta a la arbitrariedad en derecho penal.

E. ¿Qué queda del cuidado debido en la imprudencia?

¿Por qué en el delito doloso basta con el desarrollo de la voluntad (conforme a causalidad adecuada) para fundamentar el injusto, mientras que en la imprudencia no se le da tanta importancia a la voluntad como a la capacidad de evitación si se hubiesen hecho determinadas cosas, como, p. ej., haber examinado mejor la situación? Esta interrogación sintetiza la concepción dominante de la imprudencia contra la que se ha revelado STRUENSEE; habiendo encontrado, también, el rechazo unánime.— Ante ello, y guiados siempre de un afán, ya se ha dicho, de síntesis, cabe decir lo siguiente: 1) La presencia actual de una capacidad no puede suplir nunca a la voluntad manifestada. Hace falta siempre una acción final causante del resultado (de no necesaria representación) y que es lo que se imputa. 2) Las capacidades desarrolladas, sin embargo, amplían las posibilidades de actuar atípicamente (¡también en el delito doloso, como muestran los casos de voluntad de evitación³⁵). 3) Las capacidades no desarrolladas no fundamentan la responsabilidad, sino que lo hace el actuar en una situación incierta de que habla STRUENSEE³⁶. En estos casos, la disponibilidad de medios para cerciorarse de la situación no utilizados (capacidades no desarrolladas), frente a los casos de no disponibilidad de tales medios, que habrían permitido observar un mayor peligro del resultado, pueden fundamentar un mayor grado de imprudencia, por capacidad de representación de eslabones más próximos al concreto resultado. ¿Contradice otorgar relevancia, en estos términos, a la omisión del cuidado debido el planteamiento de STRUENSEE y representa una capitulación ante la doctrina dominante? No; porque aquí se exige y *existe*, actualmente, la *representación de la concreta acción final que hubo de realizarse* para comprobar el grado de peligro³⁷.— De esta forma, a su vez, se da cuenta una vez más de la diferencia *cuantitativa* entre el dolo y la imprudencia: Es más grave actuar pese al conocimiento del elevadísimo peligro presente, y actualizado por el autor cualquiera que haya sido la fuente del conocimiento, hasta el punto del dolo eventual, que actuar sin ese conocimiento, a pesar de estar disponible mediante otra acción de cuidado omitida; es más grave actuar a ciegas en una situación en la que estuvo al alcance del autor conocer mejor la realidad sin grandes esfuerzos, que

38

³⁵ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII, 2005, 15 ss., 31 ss.

³⁶ ADP, 1987, 447 s.

³⁷ En RDPC, 2ª época, 17, 2006, 403 ss., he intentado demostrar, referido a la omisión, que mientras mayores son los conocimientos de las circunstancias reales concurrentes, mayor es la capacidad de actuar *real*, lo que amplía el ámbito de la responsabilidad por omisión (¡sin necesidad de acudir a la capacidad *potencial!*).

hacerlo sin disponer de medios para conocerla, aunque sólo sea por el mayor grado de indiferencia (en el sentido que desarrolló ENGISCH) que muestra el primero, mal que le pese a JAKOBS, cuando insiste en lo común, y no en lo que las diferencia, a todas las situaciones penalmente relevantes, que consiste en la *evitabilidad*³⁸.

F. Imputación objetiva y delito imprudente. Superación de la idea de imprudencia como tipo abierto

39 Los orígenes de la moderna teoría de la imputación objetiva se encuentran en la imprudencia (*vid. supra* XV 5). La acotación del tipo de imprudencia, no abierto, como el propio Armin KAUFMANN reconoció (*vid. supra* VIII 40), pero sí más necesitado de corrección complementaria por el intérprete que el delito doloso, que también lo está (¡quién lo niega!), y precisamente por lo que la doctrina de la imputación objetiva no quiere reconocer hasta ahora, que empieza a cambiar, relevancia de los conocimientos especiales del autor: mientras mayores sean los conocimientos de riesgos concurrentes = dolo, más difícil es aplicar la imputación objetiva (= responsabilidad al menos por tentativa), muestra que la doctrina de la imputación objetiva es un magnífico instrumento de restricción del derecho penal, especialmente en el delito imprudente³⁹.— Ahora bien, por el contrario, lo que evidencia la evolución reciente de la imprudencia, tras una primera acometida fuerte de la imputación objetiva, y pese al intento de JAKOBS y sus discípulos, en solitario, de fundamentar la responsabilidad en criterios de imputación objetiva o responsabilidad por el rol⁴⁰, es que la imputación objetiva, sobre todo en el delito imprudente, se limita, lo que no es poco, a acotar axiológicamente el comportamiento peligroso tipificado legalmente (p. ej. el que pone en peligro la vida en el art. 142) (= circunstancias desaprobadas por peligrosas para el bien jurídico y por eso prohíbe su producción o tipo objetivo), que el sujeto se representó o tipo subjetivo, y a comprobar que el riesgo así acotado *ex ante* ha sido el determinante del concreto resultado (relación de riesgo) (*vid. supra* VIII, 162). Las representaciones subjetivas del autor, relevantes en el delito doloso, lo son igualmente en el imprudente (tipo subjetivo de imprudencia).

G. Consecuencias para la distinción entre dolo e imprudencia

40 De lo que antecede cabe extraer ya determinadas conclusiones esclarecedoras de lo que tienen en común y de lo que los diferencia el comportamiento imprudente del comportamiento doloso, abundando en lo ya anticipado al abordar el

³⁸ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII, 2005, 30 s.

³⁹ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CPCr, 89, 2006, 5 ss.

⁴⁰ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), 4 ss.

dolo (*vid. supra* VIII 222 ss.). Formulado de forma esquemática, cabe decir lo siguiente:

1. “El que matare a otro” no es sólo el autor del delito doloso, sino también el del delito imprudente. Quiere decirse, con ello, que “matar” es una sinécdoque para las circunstancias a través de las cuales alguien causa la muerte de otro. De donde cabe extraer la conclusión de que el ámbito abarcado por el art. 138 (homicidio doloso) no es más concreto que el abarcado por el art. 142 (homicidio imprudente)⁴¹. Los artículos 138 y 142 son, más bien, cláusulas abiertas y complementarias de un único verbo: “matar”, dentro del cual hacer acotaciones, remitiendo unas al 138 y otras al 142, conforme a criterios axiológicos de carácter, por las razones que se aducirán inmediatamente, objetivo. **41**

2. Qué conductas de “matar” pertenecen al artículo 138 y cuáles al 142 no cabe decidirlo “a priori”. El único criterio de distinción de esa naturaleza, muy vago por lo demás, es que el riesgo, de los concurrentes en el resultado, que se representó el autor del homicidio imprudente siempre será un riesgo más apartado de la lesión que el riesgo que se representó el autor del homicidio doloso (de ahí que, equívocamente, por lo demás, se diga que el autor del delito doloso quiere el resultado y el del imprudente no). Se podría explicar, así, incluso, la incoherencia, sagazmente denunciada por algunos entre nosotros⁴², de que en el CP haya una laguna de los marcos punitivos del delito doloso y el imprudente, que ellos querrían ver colmada con alguna forma intermedia de imputación, al estilo de la *recklessness* inglesa. **42**

3. Una mayor concreción, dentro de la abstracción sólo útil a los efectos dogmáticos (teóricos: distinción dolo-imprudencia) que ahora interesan, de toda la materia, especialmente confiada a los tribunales de justicia, capaces de concretar aspectos tan complejos de la imputación penal, puede presentarse en los siguientes términos: a. Realizar circunstancias que suponen riesgos elevadísimos (= causa inmediata del resultado) de muerte con nulos o poco seguros medios de evitación equivale a imputar a título de dolo. b. Realizar circunstancias que supongan riesgos no muy elevados de muerte (= eslabones no inmediatos del resultado) o riesgos elevados pero empleando a la vez medios muy seguros de evitación que se sabe pueden no funcionar en algún caso, fundamenta una imputación a título de imprudencia. c. Realizar circunstancias que supongan riesgos remotos de muerte, o próximos pero con medios muy seguros con sólo remotísima posibilidad de que no funcionen, lo que debe postularse de toda obra humana, dado que nada es asegurable al cien por cien, equivale al caso fortuito. **43**

⁴¹ *Vid.* ya MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 136.

⁴² *Vid.* al respecto SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 12, 569 ss., 624.

- 44 4. El elemento subjetivo del delito, doloso e imprudente, no permite restringir la imputación, más allá de excluirla cuando no estuvo presente, lo que no es poco; pero no admite graduación. La representación de un elemento objetivo existe o no existe, no es mayor o menor. De ahí que, en principio, salvo las restricciones a operar con otros criterios (objetivos), sea imputable, por querido, todo lo que el sujeto se ha representado como posible. En este sentido, puede ser ilustrativo lo que ocurre con la progresión delictiva (otro tanto puede decirse de la autoría y la participación: la intensidad del dolo –otra cosa es el contenido– es la misma en el autor que en el partícipe), donde ese elemento subjetivo resulta completamente inadecuado para establecer una cesura entre la preparación y el comienzo de la tentativa: no existe un dolo de preparar que se vea sustituido en un momento exacto por otro dolo distinto de comenzar a ejecutar (lo mismo ocurre con la tentativa inacabada y acabada, tentativa acabada y consumación) (*vid. supra* XIII 9 ss.). Ello es así porque el dolo, el elemento subjetivo del delito, es un concepto de naturaleza psicológica⁴³, sólo acotado (por su contexto), después, axiológicamente, con criterios objetivos, que sí admiten graduación. De ahí el éxito de la doctrina de la imputación objetiva.
- 45 5. En cambio, el elemento objetivo de la imprudencia, en cuanto que en buena parte escapa necesariamente al control del autor, debido a la incapacidad del hombre de dominar todo el acontecer causal, admite más fácilmente la posibilidad de recortar la imputación (normativa) de lo causado (empíricamente); de ahí el éxito de la doctrina de la imputación objetiva en la imprudencia, debido a que la ausencia de representación por parte del autor de eslabones de la cadena causal hace más “digerible” la no imputación penal: que el autor de la entrega de la cocaína sepa o no que está en malas condiciones es decisivo para que se le impute la muerte del comprador o no (a pesar de que aquél no hiciera comprobación alguna sobre su estado). Se explican así, la dificultades de esta teoría en el delito doloso⁴⁴.

H. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto⁴⁵

- 46 Como consecuencia de lo esbozado en el apartado anterior y a manera de resumen unitario referido a todo lo desarrollado *supra* VIII 222 ss., respecto al dolo, y en este capítulo respecto a la imprudencia, puede hacerse la siguiente exposición demos-

⁴³ *Vid.* ya MIR PUIG, PG⁷, 289.

⁴⁴ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CPCr, 89, 2006, 5 ss.

⁴⁵ Sostiene también que la delimitación entre el dolo y la imprudencia y entre las distintas clases de imprudencias pueden entenderse como grados de injusto, ROXIN, PG, 1023 s., 1024. En términos semejantes, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 118. *Vid.* también sobre esta cuestión delimitativa, HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 43 ss. *Vid.* ya QUINTANO RIPOLLÉS, Culpa, 159 ss.

trativa del concepto unitario de injusto penal finalista⁴⁶ en su aspecto subjetivo.— En efecto, la mejor forma de abordar la cuestión de la responsabilidad a título de delito doloso y a título de delito imprudente en derecho penal, es la de volver una vez más sobre los supuestos de hecho que se han venido utilizando tradicionalmente para explicar académicamente la distinción, nada fácil por lo demás a la hora de formularlo científicamente, entre el dolo y la imprudencia, con sus respectivas subcategorías. Ni que decir tiene que para que la fórmula funcione, hace falta que en la medida de lo posible se presenten tales supuestos de hecho prescindiendo de las valoraciones ya acuñadas dogmáticamente.

a. Dolo directo de primer grado o intencionalidad

Si A dispara sobre B, mientras duerme, a escasa distancia, apuntando a la cabeza, siendo consciente de lo que está ocurriendo, todos diríamos, sin dudar, que estamos ante un caso claro de homicidio doloso o, lo que es lo mismo, ante el prototipo del homicidio.— Si como juristas se nos pregunta por qué (lo que intuitivamente ya se comprende) es éste un caso claro, el más claro que cabe pensar, de homicidio, quizá responderíamos, aunque ya comenzamos a utilizar términos valorativos acuñados, que es así porque en él A se ha *representado* y ha *querido* la forma más directa de matar a una persona; lo que es lo mismo que decir que se ha representado y querido crear el mayor peligro para la vida de una persona. Lo que hacemos es pues aludir a los criterios intelectual y volitivo a que tradicionalmente se acude para delimitar el dolo de la imprudencia (*vid. supra* VIII, 238 ss.), de los que *uno u otro elemento, o los dos, estarían menos presentes* en el caso del comportamiento imprudente que en el caso del comportamiento doloso.— Dicho de otra forma, puesto que ni la realidad de la vida presenta casos tan claros como el que hemos mencionado anteriormente⁴⁷, ni el derecho penal puede limitar la protección de la vida a casos tan claros y graves, unido al hecho de que conceptos prejurídicos como los de conocer y querer son tan ambiguos que no pueden aplicarse directamente sin reelaboración previa para el fin perseguido; por todo ello, surge la necesidad de establecer hasta dónde debe llegar el conocer y querer al que poder llamar todavía dolo, y hasta dónde el conocer y querer al que llamar imprudencia, si es posible, o, en su lugar, para seguir pudiendo imputar algo a alguien sin conocer o/ni querer hay que acudir a otras categorías como, p. ej., la evitabilidad⁴⁸.

Simplificando mucho la cuestión (lo que incluso en algún aspecto habrá que explicar puntualmente), puede decirse lo siguiente: Si mantenemos las variables tradicionalmente utilizadas para calificar los hechos de dolosos, el elemento intelectual y el elemento volitivo, y decimos, referido al caso presentado para empezar, que hay sin duda dolo cuando el autor se ha representado el mayor peligro posible para el bien

⁴⁶ *Vid.* al respecto STRUENSEE, ADP, 1987, 425.

⁴⁷ El conocido dogmáticamente como dolo directo de primer grado.

⁴⁸ Tesis de Günther JAKOBS que después habrá que contrastar.

jurídico que ha querido desencadenar directamente, siempre conforme a proceso causal idóneo, habremos de preguntar a continuación: ¿Qué ocurre cuando *uno de esos elementos se ha dado plenamente, sin que ocurra lo propio con el otro?*— El caso en el que el elemento intelectual se da completo no presenta mayores problemas; se trata del llamado dolo directo de segundo grado: El armador del barco lo hunde con la tripulación a bordo, que morirá; cosa que no desearía, sin que la seguridad de su producción le inhiba de hacerlo para poder cobrar el seguro. La creación del riesgo de resultado con probabilidad rayana en la certeza, podemos decir, permite la imputación a título de dolo⁴⁹.— Mayores dificultades, en cambio, entraña el caso inverso, es decir, aquel en el que el autor dirige sus actos directamente a producir el resultado, pese a saber que, por las circunstancias, las probabilidades de alcanzarlo son mínimas. El ejemplo paradigmático, acuñado doctrinalmente para otro fin, es el que supone el llamado *caso Thyren*.

b. *La presencia de la intencionalidad a pesar de la inseguridad del resultado: el caso Thyren*

49 A pesar de encontrarse a una enorme distancia, y con dudas más que fundadas sobre el alcance del arma (desconfiando pues de alcanzar a la víctima), A dispara sobre B con el propósito de materializar las mínimas probabilidades de matar que se representa. “Afortunadamente” el disparo alcanza a la víctima causándole la muerte.— El interés reactualizado de este caso estriba en que el amplio desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva ha convertido en lugar común la afirmación según la cual los tipos de injusto sólo persiguen atajar resultados que hayan venido precedidos del peligro abarcado por la norma penal, debiendo ser ese peligro, y no otro, el que se haya materializado en el resultado (*vid. supra* VIII, 156). Se evita así concebir el tipo de forma naturalística (causalidad natural) e imputar cualquier resultado unido a la acción de forma meramente causal, basando, con mejor criterio, la imputación en uno normativo, fundado en el fin perseguido por la norma: lo que incluye, entre otras cosas, dejar de imputar riesgos cuya prohibición restringiría la libertad del mismo destinado a ser protegido (riesgo permitido). El peligro contemplado por la norma, por lo demás, ha de ser uno objetivamente acuñado, pues de otro modo no sería la norma objetiva la que acotaría la tipicidad sino las propias representaciones subjetivas del autor, con lo que no habría normas preexistentes a la voluntad del sujeto destinatario de la misma (*vid. supra* VII, 4).— Este planteamiento, basado en la doctrina de la imputación objetiva, ha llevado a algunos (MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCÁCER GUIRAO) a sostener coherentemente, y traerlo a colación expresamente al *caso Thyren*, que cuando el peligro de producción del resultado es muy pequeño no cabe imputarlo, al no tratarse de un peligro abarcado por la norma, cualquiera que haya sido la representación (en todo caso adecuada) y propósito con que lo desencadenó el autor que al hacerlo causó el resultado; esto es, en el *caso Thyren*, dirigiendo la acción tan “escasamente” peligrosa a causar el resultado (*vid. supra* VIII 251).— Lo

⁴⁹ *Vid.* al respecto JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 320.

primero que cabe destacar de este caso es que, como ya se ha insinuado, sólo algunos defensores de la doctrina de la imputación objetiva sostienen que el resultado no es imputable. La pregunta entonces es: ¿cuál puede ser la razón que lleva a una amplia doctrina defensora de la imputación objetiva a sostener la imputación también en estos casos, a pesar del “escaso” peligro creado? La respuesta del sector de la doctrina de la imputación objetiva que no ve inconveniente en imputar en el *caso Thyren* y dejar de hacerlo en el caso de la tormenta⁵⁰, utilizado como contrapunto al *caso Thyren*, estriba en sostener que mientras en el caso de la tormenta han de darse todavía muchas circunstancias, además de la del consejo seguido de dar el paseo en que caiga el rayo, en el *caso Thyren* el disparo, dominado por el autor, producirá el resultado, si se produce, como aquél se representa, no dependiendo de circunstancias ulteriores adicionales.— Con independencia de que estos argumentos sean convincentes o no, es lo cierto que la doctrina minoritaria defensora de la no imputación en el *caso Thyren* que comentamos, choca con la sensibilidad jurídica. Sería muy difícil de justificar dejar de imputar algún caso de la realidad de estructura semejante a la suya, salvo quizá el juego de algunos niños (del tipo disparar sus escopetas de perdigones contra aviones que vuelan bajo), que además ignoran muchas otras cosas sobre el homicidio, unido a la vulnerabilidad, mayor a la supuesta, del objeto dañado por acciones rayanas en lo irrisorio. Hiere la sensibilidad jurídica la tesis extrema de la no imputación en el caso, además, no tanto por la intención de matar como por la puesta en marcha concienzuda de un proceso causal adecuado para matar, el más adecuado *ante actum*, si bien de incierta materialización. Ahora bien, afirmado lo anterior, no cabe duda de que *esta doctrina minoritaria tiene el mérito indiscutible de cuestionar y obligar a revisar algunos tópicos sobre el dolo*.— En efecto, sabidos son los tópicos académicos sobre el dolo. El dolo tiene una componente intelectual y otra volitiva. Según se ponga el acento en una u otra a la hora de determinarlo y delimitarlo respecto de la imprudencia consciente se sostendrá una concepción intelectual o volitiva del dolo. Problema adicional: ¿Puede compensar la presencia contundente de un elemento la ausencia absoluta del otro?— Sin entrar en mayores detalles, lo que supondría continuar con un planteamiento académico poco útil para resolver problema tan arduo y frecuente en la praxis como el de la delimitación entre el dolo y la imprudencia, lo que sí cabe decir al respecto es que, como evidencia el *caso Thyren* y el tratamiento que le dan los defensores de la no imputación en este caso, de ahí su interés, es que no se puede simplificar escolásticamente la materia diciendo, p. ej., que el elemento volitivo del dolo puede compensar el elemento intelectual, de manera que, en el caso, *la intención de matar compense la escasa probabilidad de alcanzar el resultado que el mismo autor se ha representado*, como si de magnitudes independientes se tratara. Esta es sin duda una buena conclusión que la tesis minoritaria que comentamos tiene como mérito indiscutible, entre otros.— Si, aprendida la lección, volvemos al *caso Thyren*, y, nos situamos como al principio en el plano prejurídico, hemos de preguntarnos cuáles son las similitudes y diferencias que median entre este caso y el caso paradigmático de *dolo directo de primer grado*, que no ofrecía ninguna dificult-

⁵⁰ *Vid.*, respecto al caso de la tormenta, ROXIN, PG, 362 ss.

tad para calificarlo de dolo. Una primera respuesta a esta pregunta diría: En el *caso Thyren*, el aspecto volitivo del dolo está igual de presente que en el caso ya mencionado, del disparo a la sien de quien duerme: en ambos el autor dirige la acción intencionalmente a matar, en tanto que la diferencia estriba en que mientras que en el caso 1º el autor se ha representado una probabilidad altísima de alcanzar a la víctima, por la proximidad y por apuntar el autor al lugar del cuerpo más vulnerable, en el *caso Thyren*, por la lejanía, el autor se representa una probabilidad alta de no alcanzar a la víctima a pesar de dirigir el disparo a conseguirlo.— Aclarado esto, ¿cabe distinguir entre clases de peligros remotos para seguir manteniendo todavía una diferencia entre el dolo y la imprudencia según el tipo de peligro que se crea? O, dicho de otro modo: ¿es un peligro remoto de muerte a efectos de una imputación penal el que se crea en el *caso Thyren*?— Sin entrar en mayores detalles acerca de qué peligros remotos son los que justifican una imputación a título de imprudencia y no de dolo, lo que veremos después, cumple esclarecer ahora por qué el peligro creado por disparar en dirección a una persona a la que, por su lejanía, difícilmente será alcanzada, *no es un peligro remoto* sino, antes bien, un peligro próximo, el más próximo que cabe pensar de matar a una persona situada en la lejanía.— En efecto, el *caso Thyren* evidencia muy bien que *ante actum*, posición en la que la norma penal ante todo ha de situarse si quiere prevenir la lesión de bienes jurídicos mediante cursos causales adecuados para lesionarlos (*vid. supra* VIII, 34), deberá prohibir ante todo el desencadenamiento de cursos causales adecuados, cursos *que no dejan de serlo por mucho que entre el desarrollo de la parte dominada por el autor y su efecto se interpongan condiciones adicionales que hagan más o menos probable la causación efectiva del resultado*. De ahí que quepa decir que el *caso Thyren*, a los efectos considerados, no se distingue en nada del caso del disparo a la sien del durmiente, que representa paradigmáticamente al dolo. El *caso Thyren*, por tanto, no es sólo un caso de imputación penal, sino además de imputación a título de dolo directo (ni siquiera cabe pensar en una atenuación basada en las pocas probabilidades iniciales de alcanzar el objetivo).— El *caso Thyren* muestra, además, que siendo muy válida la doctrina de la imputación objetiva para acotar la responsabilidad sobre todo en el delito imprudente, no sólo no es ya tan útil para acotarla en el delito doloso⁵¹, sino que además, ni permite desentenderse de los conocimientos subjetivos del autor, ni excluye que la quintaesencia del injusto la constituya la *realización intencional de una acción con conocimiento de curso causal adecuado*, que puede ser suficiente para la imputación más clara que cabe pensar a título de dolo, o primado del disvalor-acción.— ¿Significa la conclusión anterior otorgar la primacía en la configuración del injusto al elemento subjetivo, tal como la doctrina dominante de la imputación objetiva le reprocha al *finalismo*, una vez que no encuentra ya argumentos para contrarrestar lo que la realidad le impone a la ciencia penal y el *normativismo* reinante no sabe o no puede anular?— La respuesta a la pregunta anterior tiene que ser un no categórico. No se trata de caer en el subjetivismo. Se trata, simplemente, de concebir la objetividad del derecho con base en el conocimiento de la realidad conforme a las leyes científicas; no hay ningún otro modelo que

⁵¹ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CPCr, 89, 2006, 6.

preserve mejor la seguridad jurídica *ante actum*.— El caso *Thyren* muestra, además, por qué es imprescindible situarse en la *perspectiva del autor* para comprender el injusto, no bastando con la *perspectiva*, esencial, pero insuficiente, *del ordenamiento jurídico*⁵². El injusto no se puede concebir sólo conforme a la peligrosidad objetiva, que, como el caso muestra, puede ser mínima, y pese a ello haber injusto por la dirección de la acción del autor a realizar directamente (conscientemente) un peligro improbable; como muestra la propia doctrina de la imputación objetiva que ve injusto en este caso, para lo que debe reconocer a su pesar la relevancia de los conocimientos especiales del autor, o, más bien, aquí, la *dirección de la voluntad* a un peligro típico pero incierto.— Ello es así por la misma razón por la que sin tener en cuenta la perspectiva del autor no puede solucionarse el caso siguiente, en el que vuelve a ser crucial la *dirección que el autor da a sus actos*, no la mera peligrosidad objetiva.

c. *La ausencia de dolo en caso de voluntad dirigida a evitar el resultado: caso del experto en artes marciales (STS de 24 de octubre 1994)*

La STS de 24 de octubre 1994 hubo de ocuparse del siguiente caso: Con un cuchillo de enormes proporciones un experto en armas y artes marciales, sujetó a la víctima por detrás y se lo clavó en el cuello, produciéndole una herida larga pero poco profunda que no acabó con su vida. El TS confirmó la sentencia de instancia que había estimado que si bien el TS viene deduciendo de las proporciones del arma utilizada y el lugar del cuerpo de la víctima herido, lo que ocurre en el caso, peligrosidad del arma e importancia del cuello del cuerpo humano, el dolo de matar, en este caso tal presunción debe excepcionarse porque de la experiencia del autor y de la forma de herir, se deduce que no quiso matar, sino sólo herir⁵³.— El mérito de esta STS estriba en que se hace eco muy gráficamente de la importancia que la dirección que el autor da a sus actos a efectos de estimar o no el dolo, como defendió en su día Armin KAUFMANN, de una forma que, siendo inicialmente rechazada (*vid. supra* VIII, 225), gana paulatinamente adeptos mucho tiempo después.— La tesis de KAUFMANN venía a ser la siguiente: Con independencia de cómo concibamos el dolo⁵⁴, la dirección que el autor da a sus actos, de conseguir el fin previsto, evitando sin embargo consecuencias muy próximas a ese objetivo pero negativas y por tanto prohibidas, puede ser determinante de que si se ocasionan, a pesar de dirigir el autor sus actos a evitarlas, se imputen si no se logra, no a título de dolo pero sí de mera imprudencia. El cirujano, p. ej., dirige su acción a extirpar el tumor cerebral, cuidando de evitar afectar a la parte del cerebro no dañada.— La cuestión que, como se comprenderá, se presenta así en

50

⁵² *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC (2006), núm. 08-01, p. 01:1-01-18.

⁵³ Esta STS está admirablemente estudiada en el libro de Patricia LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 147 ss. sobre la concepción del dolo de esta autora *vid. supra* VIII 257.

⁵⁴ De lo que hasta ahora no nos hemos ocupado salvo de su modalidad menos problemática a efectos de su delimitación con la imprudencia (que es lo difícil), lo que haremos en seguida, al hilo del próximo caso.

muchos órdenes de la vida, es importante no sólo para esclarecer qué casos son de dolo y cuáles de imprudencia, sino también, indirectamente, para ayudar a comprender qué significa en derecho penal dolo, finalidad y conciencia, esenciales, como después veremos, en todos los casos de imputación penal, sea a título de delito doloso sea a título de delito imprudente.— Prescindiendo de estas cuestiones concretas, que abordaremos después, lo que el caso muestra muy bien es que —con independencia de que como mostrará el caso siguiente está justificado imputar a título de dolo consecuencias derivadas del comportamiento del autor sin necesidad de comprobar un grado de conciencia y voluntad inasequible muchas veces a la propia Psicología, dado que ya incluso los conceptos de “conocer” y “querer” son muy ambiguos, lo que harían impracticable la justicia penal—, *la dirección que el sujeto da a sus actos puede ser decisiva en derecho penal. Por eso no se puede prescindir de la perspectiva del autor; en contra de lo que pretende el normativismo reinante*; pues las representaciones y voluntad del autor, que remiten a conceptos naturalísticos y no puramente normativos, pueden determinar, y en cualquier caso matizar, el título de la imputación.— No se trata, por tanto, en derecho penal, de que se permita que el tribunal considere que ha llegado a la convicción de que hubo dolo de matar, deduciendo que lo hubo del tipo de arma utilizada y zona del cuerpo alcanzada; sino que se trata, con mejor criterio, de admitir como parámetros válidos para estimar dolo (entre otros) los del arma utilizada y la parte del cuerpo alcanzada, pero admitir también la posibilidad de desvirtuar esa especie de presunción aduciendo otros criterios contrarios, como en el caso el hecho de que el autor era experto en armas y pudo clavar el cuchillo de otra forma no encaminada a evitar los peligros de muerte derivados de su acción⁵⁵.— Cuando decimos, pues, que se imputan acciones y no (solo) resultados, estamos ampliando las posibilidades de excepcionar la imputación, *lo que el modelo normativista y objetivista no puede hacer*. Y es que sólo se responde de acciones conscientes, valoradas, eso sí, conforme a los fines del derecho penal; valoraciones de las que a su vez cabe discrepar ante los tribunales, teniendo éstos la última palabra. En cambio, que el condenado sepa de qué acción consciente, la única que puede ser libre, es hecho responsable, constituye la mayor garantía de la libertad en el Estado de Derecho⁵⁶. El ejemplo del caso muestra claramente cómo la dirección subjetiva de la acción permite eludir una determinada imputación. Esto es garantismo.— Hemos visto, hasta ahora, lo decisiva que puede ser la dirección que el sujeto da a sus actos: la dirección a lesionar invita a estimar el dolo, la dirección a evitar a excluirlo. Pero eso no quiere decir que el caso más frecuente de dolo en la praxis de los tribunales sea ése. Todo lo contrario. *El caso más frecuente ante los tribunales es aquel en que el sujeto ha querido una acción muy peligrosa desentendiéndose de sus probables consecuencias*.

⁵⁵ *Vid.*, en esta línea la argumentación del ponente de la STS de 24 de octubre 1994 (caso del experto en artes marciales), DELGADO GARCÍA, que he reproducido en CDJ, VII-2005, 32 ss.

⁵⁶ *Vid.* al respecto, CUELLO CONTRERAS, RECPC, 2006, núm. 08-01, 15 s.

d. *El dolo eventual: caso del bebé forzado a comer (STS de 24 de noviembre 1995)*

La STS de 24 de noviembre 1995 se ocupó de una madre y una abuela que siguieron obligando a comer a un bebé a pesar de que éste venía sangrando varios días como consecuencia de una herida abierta en la boca. El bebé murió por asfixia a causa de la propia sangre que tragó⁵⁷.— La STS alemán de 15 de noviembre 1987 se ocupó de un padre que golpeó en la cabeza a su bebé porque le estaba creando problemas al darle de comer. Como consecuencia del golpe el bebé murió⁵⁸.— Casos de este tenor son los que más frecuentemente ocupan a los tribunales, y bajo el nombre de dolo eventual son los que obligan a distinguir entre el dolo y la imprudencia.— Los tribunales supremos de todos los países, seguidos por los tribunales inferiores, parten de la premisa de que cuando se han querido peligros muy graves para los bienes jurídicos, se ha querido también lesionarlos. Concretamente, por lo que se refiere a los delitos contra la vida, cuando se ha disparado a la cabeza, se han producido numerosísimas heridas por arma blanca en todas las partes del cuerpo, se han producido golpes brutales con o contra superficies muy compactas, la víctima era un bebé, etc., se ha querido también su efecto, es decir, la muerte.— Este proceder es en principio correcto (*vid. supra* VIII, 226), estribando su razón de ser, como ya se insinuó con anterioridad, en que los conceptos psicológicos de conocer y querer son muy ambiguos, y hay que prepararlos antes de aplicarlos en función del fin para el que van a ser utilizados. Si partimos de esta premisa metodológica ineludible y de los fines del derecho penal: proteger los bienes jurídicos, se comprende que otra cosa, p. ej., exigir siempre dolo directo de primer grado (que además habría que interpretar) supondría una protección insuficiente (aun en el caso de que se incrementara la responsabilidad por imprudencia). Se justifica así lo mejor de una práctica (superados sus efectos más perversos: responsabilidad por el resultado) que data de antaño sobre la prueba y el concepto de dolo. Se explica, así, también, la idea de que el de dolo no es un concepto *descriptivo* sino *adscriptivo*, en la importantísima conceptualización de HART⁵⁹.— Podemos decir a manera de resumen: el concepto de dolo penal es más amplio que el de otros ámbitos, pues abarca también lo representado como muy probable. De formulación tan simple cabe extraer muchas consecuencias para el concepto de dolo, su prueba y la delimitación con la imprudencia, sobre cuyo concepto dice también mucho, como veremos después.— Lo primero que debe destacarse, para no confundir el concepto de dolo con su presunción histórica, es que el autor ha de llevar a cabo conscientemente una *acción final* que el ordenamiento jurídico asocia con peligros elevadísimos para el bien jurídico. Pues bien, el que llamo *aspecto ontológico del dolo*, que ha de darse por probado para poder realizar

51

⁵⁷ El caso está una vez más extraído del excelente libro de LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 164 ss., que le dedica la atención que merece.

⁵⁸ El caso fue objeto de un brillante comentario por parte de Heribert SCHUMANN: *vid. supra* VIII 223, 253

⁵⁹ *Vid.* H.L.A. HART, “The Ascription of Responsibility and Right”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948/49, 171 ss.

después la *imputación axiológica a título de dolo*⁶⁰, incluye el desarrollo consciente de circunstancias a las que el ordenamiento jurídico asigna tal peligro. Por simplificar, en los ejemplos propuestos: que el padre golpea el cráneo de un bebé, que el bebé tiene una herida abierta en la boca mientras se le da de comer. En otros ejemplos: lo compacto del objeto con el que golpea en la cabeza de un adulto, etc.— Probado eso, que, lo anticipamos, *también habrá que demostrarse en la imprudencia*, que además constituye una acción (con lo que se vuelve a mostrar la faceta naturalística del dolo), recaerá la valoración de los peligros materializados en el resultado como susceptibles de imputarse al título más grave de delito doloso, o menos grave de delito imprudente, susceptible también de graduación.— Basta pues decir que estructuralmente no hay diferencia entre el delito doloso y el delito imprudente: ambos tienen un tipo subjetivo⁶¹, y ambos consisten en el desarrollo de peligros mayores o menores de producción del resultado, reservándose los mayores para la imputación a título de dolo; los casos límite, resueltos hasta cierto punto discrecionalmente por los tribunales como delito doloso, constituyen el ámbito del llamado dolo eventual.— Puesto que la imprudencia tiene muchos aspectos comunes con el dolo, dejaremos para ulteriores casos de imprudencia cómo ayudar a la jurisprudencia a resolver la ardua cuestión axiológica de adscribir responsabilidad a un título u otro, y dedicaremos el resto de este apartado referido a la modalidad más colindante con la imprudencia del dolo eventual, a demostrar por qué el concepto de dolo que defendemos (con una parte común a la imprudencia) es sostenible, a pesar, entre otras cosas, de que parece un concepto que se conforma con el aspecto intelectual del dolo de la concepción tradicional; o lo que es lo mismo, por qué el concepto propuesto no amplía el ámbito del dolo a costa de la imprudencia.— Nada mejor, para ilustrarlo, que contrastarlo con la sugestiva, pero inasumible, concepción de JAKOBS, sobre la *indiferencia* como circunstancia excluyente del dolo.— Como evidencia el voto mayoritario en la STS español del bebé obligado a comer por la madre y la abuela⁶², ellas no querían la muerte de éste. Imputar la muerte a título de dolo es una imputación muy grave. Pero, como evidencia el voto particular en esta STS, lo contrario, imputar sólo a título de imprudencia allí donde el autor se ha representado peligros muy elevados para la vida, también es difícil de asumir.— JAKOBS va aún más lejos⁶³: Que el ladrón que atropella al policía que le cierra el paso responda de homicidio doloso o imprudente depende de si reflexionó sobre el atropello o no, con lo que se privilegiaría al desaprensivo. Esto le lleva a realizar determinadas propuestas en orden a relativizar la diferencia entre el dolo y la imprudencia: desprenderse del elemento psicológico del dolo, por tratarse de un concepto naturalístico, y poner el acento en la *evitabilidad*, unificando el error sobre el tipo y el error de prohibición.— Pues bien, siendo cierto que, como JAKOBS dice, la voluntad hay que extraerla del contexto: el bebé se golpeó en la cabeza porque se le cayó al padre mientras le sacaba del baño (imprudencia), el bebé murió porque el padre le golpeó en la

⁶⁰ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII-2005, 29.

⁶¹ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 16 ss.

⁶² Como resalta oportunamente LAURENZO COPELLO.

⁶³ JAKOBS, Estudios, 169.

cabeza (dolo), relativizándose mucho el peligro en función del contexto: no somos conscientes, por hábito, del peligro que hacemos correr a otro automovilista circulando muy cerca de él, por detrás, lo que debe tenerse en cuenta, eso no obsta para que *a medida que el peligro es mayor quepan menores contextualizaciones*, como muestra el ejemplo de JAKOBS, del cazador acostumbrado a gastar bromas pesadas consistentes en disparar a rozar a otros cazadores. Una prueba añadida de que a medida que los peligros creados son mayores, siendo consciente de ellos el autor –relevancia de los conocimientos subjetivos– más difícil es excluir la responsabilidad con criterios de imputación objetiva, de mayor utilidad en el comportamiento imprudente que en el doloso. Por eso no cabe contextualizar en el ejemplo de JAKOBS, del policía atropellado con indiferencia⁶⁴.

e. La temeridad: caso de los militares jóvenes embriagados (STS de 17 de julio 1990)

La STS de 17 de julio 1990 hubo de ocuparse de un caso del siguiente tenor: En el transcurso de una larga tarde en la que varios militares jóvenes habían estado bebiendo mucho, habiendo incluso uno de ellos jugado constantemente con su arma reglamentaria, fue éste desafiado por otro a probar su puntería, disparando a la copa que sostenía en las manos. En el momento del disparo, la víctima realizó un movimiento brusco para secarse las gotas de alcohol que en ese instante le habían caído encima, lo que determinó que el disparo le alcanzara, produciéndole la muerte.– Este caso, que ha sido estudiado por la doctrina española como un caso muy ilustrativo del consentimiento en el riesgo como posible criterio de imputación objetiva –riesgos de muerte que la propia víctima es la primera en desear correr, no deben imputarse en virtud del principio de autorresponsabilidad⁶⁵– puede ser también un caso muy ilustrativo de la modalidad más grave de imprudencia o *imprudencia temeraria* en atención al criterio que venimos elaborando del mayor o menor grado de peligrosidad que se ha representado el autor como criterio de imputación a título de dolo o imprudencia. (Recuérdese que, no en vano, se utilizó el caso del disparo en la caseta de tiro al blanco como criterio de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, en función del grado de probabilidades de acertar, al objeto sostenido por la muchacha, y no a la muchacha, que el autor se asignaba: caso Lackmann [*vid. supra* VIII, 246].)– En efecto, si se admite como correcta la decisión del TS en este caso, que –en contra de la doctrina que quiere aplicar el criterio del consentimiento en el riesgo como supuesto de no imputación objetiva, y, por tanto, no responsabilidad– sostuvo que la muerte fue imputable a título de imprudencia, atenuándose todo lo más la responsabilidad en virtud de la concurrencia de culpa obrante en el caso, concreta-

52

⁶⁴ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII-2005, 30 s.

⁶⁵ Es el caso de CANCIO MELIÁ, Comportamiento de la víctima e imputación objetiva, 47 s., 345 ss., que tiene el mérito de haber llamado la atención sobre esta sentencia a la que critica en nombre del principio de autorresponsabilidad. Sobre la concepción de la imputación objetiva de este autor *vid. supra* VIII 205 s.

mente por parte de la propia víctima, puede decirse que casos como éste son los más adecuados y gráficos para explicar y justificar la existencia del supuesto más grave de imprudencia desde el punto de vista del peligro creado y materializado en el resultado, al que podemos denominar imprudencia temeraria.— Es más, el propio argumento que he dado recientemente⁶⁶ para justificar lo acertado del TS al no dejar de imputar a título de imprudencia a pesar del consentimiento (sin duda existente) en el riesgo por parte de la propia víctima, ayuda a comprender la gravedad de esta modalidad de imprudencia, lindante con el dolo eventual: Cuando los peligros de herir o matar como consecuencia de la acción que se va a acometer y el estado de falta de control tanto del autor como de la víctima es muy elevado, se ha alcanzado ya el límite de los casos, muchos y muy importantes, además de amparados en el principio de libertad, a partir del cual no cabe dejar de imputar. Esos casos se parecen ya más a la muerte dolosa, nunca amparada *ex lege* en el consentimiento de la víctima (irrelevancia del consentimiento en el homicidio doloso), que al riesgo remoto (y además controlable) de muerte que puede y debe excluir la imputación.— Entrando en lo que representa este caso de cara a ubicarlo en un grado de injusto entre el dolo y la imprudencia, como forma más grave de imprudencia, e, incluso, de superación de la distinción dolo/imprudencia, lo primero que hay que hacer es justificar con base en qué dato fáctico concluimos la gravedad de la imputación aquí. Ésta estriba en lo siguiente. A pesar de que el dirigir la acción a evitar el resultado, como vimos en el caso del experto en armas blancas, excluye el dolo, siempre que se base en criterios de causalidad adecuada, ello no quiere decir, y precisamente por eso, que no esté justificado por contradictorio, que no lo es, la imputación del resultado en ese caso, el mismo caso, a título de imprudencia. Sin ir más lejos, el supuesto del experto en armas blancas, que por cierto, para haber sido un caso “perfecto” tendría que haber dejado de imputar a título de dolo aun en la hipótesis de que pese a lo cuidado del golpe, se hubiese producido la muerte de la víctima; ese caso, como decimos, es uno claro, de haberse producido la muerte (porque, p. ej., a pesar de la poca profundidad de la herida perforó la carótida), de imprudencia temeraria, en el sentido que aquí queremos darle.— Como consecuencia de lo anterior, cabe la siguiente fórmula heurística: No es pensable forma de actuar más próxima a la intencionalidad que *dirigir la propia intención hasta el límite máximo a partir del cual el resultado sobrevendrá con seguridad*. Esta es la gran diferencia entre esta forma de imprudencia y el mismo dolo eventual, donde el resultado nunca está tan próximo a la intencionalidad, si bien en él como contrapunto, y justificando su gravedad, superior incluso a la imprudencia temeraria, hay la omisión del empleo de medios para la evitación del concreto peligro desencadenado.— Se explica así que merezcan ser calificados de imprudencia temeraria, como suelen hacer los tribunales quizá de manera intuitiva, todos aquellos casos en los que el autor *crea intencionalmente un elevadísimo riesgo de muerte unido al cual, es decir, sin que sea el concretamente perseguido con la acción intencional, pero sí otro muy próximo, se produce un resultado que no se propuso causar*. Ejemplos canónicos, como el de querer pasar con el propio vehículo entre otros dos auto-

⁶⁶ CUELLO CONTRERAS, *CPCr*, 89, 2006, 16

móviles con los que por su proximidad se puede colisionar, constituyen casos claros de imprudencia temeraria, como asimismo invadir el carril contrario en un cambio de rasante sin visibilidad y con mucho tráfico en la calzada. E incluso algún supuesto previsto en la ley: conductores suicidas (*vid. supra* VIII, 73).— Es cierto que la acotación propuesta de la imprudencia temeraria no ofrece un criterio definitivo de distinción con el dolo eventual. Y sí, quizá, sólo, criterios aproximativos basados en lo que el autor sí ha querido (extraídos, además, del contexto en el que operan). Léase, sin embargo, como una prueba más de lo difícil que es (quizá imposible en términos exactos, lo que no debe asustar), distinguir en esta materia, salvo acudiendo a criterios flexibles y aproximativos. Es más, de la misma forma que sigue siendo difícil con mi método distinguir entre imprudencia temeraria y dolo eventual, es muy difícil, también, distinguir, por el otro extremo, a la imprudencia temeraria de la imprudencia consciente.

f. Imprudencia “consciente”

A dispara a B, a quien sigue. Su propósito es alcanzarle en las piernas, pero por la velocidad a la que discurre todo y puesto que B ha resbalado en el momento de efectuar A el disparo, éste le alcanza en la cabeza.— En el transcurso de una operación neurológica, en la que el médico A debe proceder a una incisión muy precisa del paciente en la masa encefálica, por su distracción afecta a una zona que produce daño cerebral irreversible. Otro menos límite: Operación de estómago sin sutura adecuada que origina una hemorragia posteriormente.— Estos casos, que podemos considerar como de genuina imprudencia, pueden entenderse como *imprudencia consciente*, en el sentido de que en ellos el autor es consciente de que la acción que lleva a cabo incluye ya un peligro derivado directamente de su realización, peligro que por tanto realiza conscientemente. Más aún: intencionalmente: El autor, en los ejemplos, quiere herir al perseguido, cortar primero y suturar bien después. Aquí, en tanto en cuanto el autor cuenta con la peligrosidad de la acción, se está representando también el peligro que puede desencadenar aunque dirija la acción peligrosa a evitarlo, lo que como vimos antes excluye el dolo, pero, como vimos también, no la imprudencia.— A partir de aquí, podemos hacer una reflexión general según la cual si la imputación penal en general, y la a título de imprudencia en particular, consiste en la creación de un peligro evitable para el bien jurídico, la imprudencia consciente, en los términos en que aquí la hemos definido, será el prototipo de la imprudencia, por la constancia para el autor de la situación peligrosa que está creando (que no es lo mismo, como veremos después, en la imprudencia inconsciente, que llevar a cabo una actuación en sí misma neutra, con la que indirectamente, después veremos cómo, están ligados los resultados que son producto del peligro que se quiso atajar, sin que el autor fuese actualmente consciente de él).— Se explica así, también, la práctica, no por dogmáticamente incorrecta, menos coherente, de los tradicionales delitos cualificados por el resultado, más concretamente el homicidio preterintencional del derecho histórico, cuya gravedad estribaba y sigue estribando (con independencia de que ahora lo tengamos que amoldar al principio de culpabilidad) en que no cabe forma más gráfica de represen-

tarnos una muerte que no ha sido querida que como la consecuencia indeseada de haber querido lesionar (*vid. supra* VIII, 83).— De la caracterización general de la imprudencia consciente se pueden deducir también las dos modalidades que ésta puede presentar, como evidencian los ejemplos propuestos: En paralelo a lo que ocurría con el comportamiento tildado de doloso, y evidenciando su semejanza al imprudente —como consecuencia de utilizar el elemento subjetivo para caracterizar a ambos, y distinguidos sólo sobre la base de su contenido de peligro, en lugar de acudir a dos criterios distintos: el elemento subjetivo en el comportamiento doloso y la supuesta infracción del cuidado objetivo en el imprudente⁶⁷—, la imprudencia consciente como segunda forma de imputación a título de imprudencia, después de la temeraria, puede basarse en la realización consciente y voluntaria de una conducta ya calificable de peligrosa por el resultado perseguido, porque, además, va acompañada de la *probabilidad*, ni directa: entonces dolo, ni indirecta, entonces imprudencia inconsciente, sino *próxima, de que sobrevenga otro resultado que materializa un peligro más grave que el inicialmente perseguido*, y del que se puede decir que aquél no lo quiere, sin que por lo demás haga lo más indicado para evitarlo: no realizar el comportamiento que va acompañado de ese peligro próximo.— Es cierto que, una vez más, el criterio propuesto es muy ambiguo. Porque, ¿qué se entiende por próximo? ¿Por qué, a quien se propone cometer unas lesiones leves, como consecuencia de lo cual, por una serie de concatenaciones (siempre dentro del desvío inesencial), se produce la muerte de la víctima, le será imputable la muerte a título de imprudencia consciente, mientras que a quien adelanta en una curva sin visibilidad y ocasiona una colisión mortal, la muerte le será imputada, de forma menos grave, a título de imprudencia inconsciente (como veremos después)? Esta pregunta no es fácil de responder, y evidencia las dificultades de toda imputación subjetiva.— Ahora bien, admitido lo anterior, sí cabe ver una diferencia, de la que se beneficia quizá el infractor sin merecerlo, aunque no vulnera el principio de culpabilidad, sino todo lo contrario (lo materializa en su aspecto de medición de la responsabilidad), en el hecho de que en el caso que calificamos de imprudencia consciente *siempre han de darse menos eslabones no previstos por el autor para que el resultado ulterior más grave se produzca*, que en el comportamiento candidato a ser calificado de mera imprudencia inconsciente, lo que no es óbice para que el legislador someta a este último, menos grave en principio que el anterior, a mayor penalidad, independientemente de las razones que fundamenten tal decisión, si, p. ej., considera que debe prevenir comportamientos que a pesar de crear riesgos más remotos, está empeñado el legislador, por las razones que sea (*incluida el exceso de confianza de los ciudadanos*), en prevenirlo más enérgicamente. Sigue siendo, pues, la representación subjetiva, o su no representación, de eslabones causales el criterio decisivo de las diferentes formas de imputación, con lo que se reafirma el papel decisivo del dolo en derecho penal. Por permitir matizaciones que el criterio objetivo de la evitabilidad no asegura.— La segunda modalidad de imprudencia consciente que ilustra el segundo caso propuesto, por su parte, refleja el paralelo con el dolo en lo que se refiere a lo que allí se decía de la voluntad de evita-

⁶⁷ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 17 s.

ción, traducido aquí en voluntad de hacer correr al bien jurídico un peligro controlable, salvo que no se dirija la acción precisamente a evitar otros peligros concomitantes a los que se quiere y se puede hacer correr de forma controlada: Hay muchísimas actividades de la vida, empezando por el ámbito de la medicina, que confrontan con situaciones como la del segundo ejemplo de imprudencia consciente. Su característica principal, desde la óptica que ahora nos interesa, estriba en que como una prueba más de que la imputación penal se basa en los riesgos que el autor se representa y siempre que se hayan materializado en el resultado, fundamentará una imputación a título de imprudencia (consciente) la actividad que persiguiendo dolosamente un resultado, en el caso: suturar bien después de operar, no evita un daño concomitante al anterior pero evitable a poco que se dirija, supuesta la habilidad requerida para hacerlo: p. ej., la experiencia cirujana media, la acción además de a causar el resultado propuesto, casi siempre en los casos más característicos de la actividad médica por la adecuación social (*lex artis*) o el riesgo permitido (en operaciones de alto riesgo: por una causa de justificación próxima al estado de necesidad), a evitar su efecto colateral indeseado. *Siendo esa falta de cuidado al realizar la acción en orden tanto a causar el primer resultado como a evitar el segundo: el autor dirige la acción a este segundo fin, pero de manera incorrecta*, lo que diferencia a este caso de imprudencia consciente, del caso donde el autor ni siquiera dirige la acción a evitar el segundo resultado, desentendiéndose por completo de su posible producción, caso que no se distingue en nada estructuralmente del estudiado con anterioridad como prototipo del dolo eventual.— El hecho, por lo demás, de que hablemos de voluntad de realización sin cuidado por lo que se refiere a efectos concomitantes del actuar, respecto al que hemos acudido a la fórmula del cuidado debido para caracterizar lo que falta y habría evitado el resultado prohibido e imputado a pesar de no ser perseguido, no significa a mi parecer una objetivización de la imprudencia, aquí combatida. Pues, en última instancia, el sujeto es consciente de y realiza las circunstancias de las que directamente se derivan los peligros creados, aunque no perseguidos. Con lo que cabe hablar de imputación subjetiva. Igual que se afirmaba, en el ámbito del dolo, que el querer en derecho penal es más amplio que en otros ámbitos, pues incluye también el efecto no querido tenido por muy probable.— De admitirse las conclusiones obtenidas hasta ahora, cabe observar una fidelidad a la estructura subjetiva, además de objetiva, que hemos asignado a la imprudencia⁶⁸. Esa estructura puede caracterizarse como representación de circunstancias próximas a la lesión del bien jurídico, a lo que podemos llamar peligro mayor o menor según la proximidad al resultado de los eslabones causales que el autor se representó. Queda por ver, bajo el nombre de imprudencia inconsciente, si hay algún límite a la imputación a título de imprudencia que venimos desarrollando, o más bien operaríamos con posibilidades ilimitadas de imputación, dado lo ilimitado de las conexiones causales y lo limitado de las dominables por el hombre, que, por tanto, siempre habría podido evitar el resultado si hubiese puesto mayor cuidado. En su caso absteniéndose de actuar.

⁶⁸ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, EPH-Gimbernat, I.

g. *Imprudencia “inconsciente”*

54

A, no respeta el límite de velocidad en una curva, como consecuencia de lo cual no puede evitar que el automóvil invada el carril contrario, momento en el que colisiona con otro automóvil que circula correctamente por su carril, produciéndose la muerte de su ocupante.— Los casos denominados tradicionalmente de *imprudencia inconsciente*, consisten en que en ellos la lejanía con que se percibe la lesión del bien jurídico a pesar de que sin duda la acción emprendida es lo suficientemente peligrosa como para que siempre haya estado prohibida y amenazada con pena, permite hablar de que el autor no se ha representado para nada la lesión del bien jurídico, lo que sí ocurriría con la imprudencia consciente y el dolo eventual. FRISCH, incluso, quiere trazar aquí la frontera entre el dolo y la imprudencia (no dolo en su terminología)⁶⁹.— La fortuna de esta denominación estriba en que, a pesar de que a muchos no les gusta, tenía razón JAKOBS cuando afirmaba que en la imprudencia el autor experimenta una *poena naturalis*⁷⁰. De ahí que pueda decirse en el prototipo de la imprudencia inconsciente, el del automovilista que por cometer una infracción de tráfico causa un accidente mortal, que ha estado ausente el dolo, sin duda, porque no consta que aquél quisiera suicidarse, aplicando reglas elementales de psicología y lógica de la decisión como sugiere SCHÜNEMANN⁷¹.— Estas anticipaciones pueden entenderse como aproximaciones a la concepción aquí defendida, que distingue el dolo de la imprudencia por el grado de eslabones próximos al resultado que el autor se representó. Y constituyen sólo aproximaciones porque no pueden explicar en qué se basa la imputación, no a título de dolo, ciertamente, pero sí a título de imprudencia.— Para ser exactos, hay que decir que si bien el peligro que el autor se ha representado en estos casos es menor al que se representó el autor doloso y en imprudencia consciente, *la representación del peligro no ha estado ausente*. Basta pensar en el cuidado que habitualmente se pone al realizar determinadas maniobras de tráfico, como adelantar, para darse cuenta de que se asocia automáticamente su realización con peligros que pueden ser mortales. El hecho de que haya en la sociedad actual muchos accidentes mortales por imprudencias de tráfico no debe ocultar que las maniobras de cierto riesgo son infinitas. Lo que realmente ocurre en estos casos es algo conocido en otro aspecto de la teoría del delito: la frecuencia con que en el ámbito de la imprudencia, sobre todo en la

⁶⁹ Vid. Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 341: “Dolosamente actúa conforme a ello sólo quien parte para sí mismo de un riesgo (no tolerado ya) adecuado a lo normativamente relevante procedente de su comportamiento: Sólo él se decide —a través de éste su comportamiento— contra el bien jurídico, sólo él posee aquel específico poder de evitación que está detrás colegitimando la pena agravada del dolo”. (Sobre la concepción del dolo de este autor *vid. supra*, VIII 247; *vid.* también: CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII-2005.) En los mismos términos, siguiendo a JAKOBS, BACIGALUPO, PG⁵, 247 s. (= BACIGALUPO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 12, 447 s.), sugiriendo, además, lo que es discutible, que así está operando la jurisprudencia del TS. *Vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, *Delito imputante*, 64 ss.

⁷⁰ *Vid.* JAKOBS, PG, 313.

⁷¹ *Vid.* Bernd SCHÜNEMANN, JAB, 1975.

que aquí llamamos inconsciente, están presentes errores de prohibición⁷²: Puesto que el automovilista, p. ej., se sabe muy habilidoso, piensa que la norma de tráfico que prohíbe adelantar apurado, vale para otros automovilistas menos expertos, pero no para él.— No se trata de abordar aquí el error de prohibición. Pero sí de utilizar su incidencia en la imprudencia para conocer mejor la estructura de ésta: Si mientras más inconsciente es la imprudencia, por prohibir un peligro muy alejado de la lesión del bien jurídico, más frecuente es el error de prohibición (nos atreveríamos a afirmar: *¡y más necesaria la prevención de que los automovilistas no se fíen en que ellos dominan la situación!*)⁷³, es así porque en última instancia el legislador penal tiene que adelantar mucho la protección de los bienes jurídicos frente a conductas que caracterizan la sociedad actual, esto es: que crean peligros sin que el autor sea directamente consciente de ellos.— En cualquier caso, de la concepción de la imprudencia inconsciente como creación de peligro más remoto de lesión que en la consciente y el dolo, que da lugar a más frecuentes errores de prohibición precisamente por la representación de un menor peligro de lesión, no cabe extraer (además de que no obliga a pensar en una supuesta modificación de la norma del error de prohibición: teoría del dolo) ninguna de estas dos fundamentales consecuencias: 1. Que haya ausencia total de representación subjetiva del peligro, a través de las circunstancias que lo indician. También la imprudencia inconsciente sigue teniendo un elemento subjetivo: Si el automovilista no se ha representando la alcoholemia del ciclista no ha actuado típicamente si adelantó a la distancia de ciclistas serenos. 2. Que tenga que acudir a la infracción de una norma de cuidado necesariamente para configurar esta modalidad de imprudencia, con independencia de lo útil para la concreción que puedan ser elementos procedentes de aquella teoría. Es más, la doctrina de la imputación objetiva, de tanto juego en la imprudencia, en general, y en la inconsciente, en particular, está supliendo y dejando sin contenido a la infracción del cuidado debido, cada vez menos tratado en los Manuales⁷⁴. El hecho de que la doctrina de la imputación objetiva dé más juego en la imprudencia que en el dolo, evidencia la relevancia del elemento subjetivo, también en la imprudencia.— Finalmente, lo que acabamos de exponer para explicar la estructura de la imprudencia inconsciente dentro del sistema de imputación que tiene en cuenta junto al elemento objetivo también al subjetivo, explica al mismo tiempo que en ésta (imprudencia inconsciente) no cabe distinguir entre creación directa de un peligro remoto y dirección de la acción a evitarlo, como sí ocurriría con las restantes formas de imputación. La razón estriba en que las funciones que allí debían diferenciarse, para dar cuenta de las distintas formas de actuar, aquí están refundidas, de una forma, por lo demás, que se basa más en el segundo elemento que en el primero. Por decirlo brevemente: Al automovilista que causó un accidente mortal por adelantar en una curva sin visibilidad, como el del ejemplo propuesto, no se le castiga tanto por actuar, aunque así lo es en última instancia: derecho penal del hecho,

⁷² Vid. al respecto Armin KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik. Sobre esta cuestión: *vid. supra* XI 222.

⁷³ Vid. ya ANTÓN ONECA, Derecho penal, 248.

⁷⁴ Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, EPH-Gimbernat, I.

como por haberlo hecho en una situación incierta, en la terminología de Struensee⁷⁵, derivándose de ahí una discusión no muy bien fundada sobre acciones y capacidades⁷⁶.

h. Caso fortuito

55 A, ha dejado lejía en la encimera de su cocina. En el momento de ausentarse de la misma, su hijo de corta edad, que ha entrado en la cocina y por su estatura no alcanza a la encimera, jugando, ha colocado un taburete con el que ha llegado a la altura de ésta, cogiendo en sus manos y llevándose a la boca la botella de lejía, lo que le ha producido unas lesiones graves en el esófago⁷⁷.— Puesto que, efectivamente, no hay nada que no habría sido evitable poniendo todavía mayor cuidado, es decir, no actuando hasta haber conocido más nexos causales concurrentes en el caso de los que se conocieron cuando se actuó (de ahí la importancia de la figura del riesgo permitido), en algún momento debe cesar la imputación. Entiéndase bien, no porque no se hayan creado riesgos, lo que ocurre en todo cuanto el hombre acomete, sino porque en función de que es necesario el tráfico y en función de lo limitado del conocimiento humano, sólo el riesgo no permitido da comienzo a la imputación. Se explica, así, la figura histórica del caso fortuito, y que el ámbito de protección de la norma sea el primer criterio decisivo de imputación en derecho penal, sobre todo en la imprudencia.— Riesgos apartados del que quiso abarcar la norma, como, p. ej., el de que el padre del atropellado imprudentemente muera del infarto al recibir la noticia del accidente, no se imputan. Formulado en clave abstracta: Riesgos muy apartados del abarcado por la norma y sólo indirectamente relacionados con la misma, o que son el resultado, además de la infracción de la norma de cuidado, de una pluralidad de nexos causales fortuitos y fatales, como el del ejemplo, pueden dejar de imputarse.— El amplio desarrollo de la doctrina de la imputación objetiva, y sus límites, evidencian las tres ideas centrales conforme a las que aquí hemos construido un *sistema de imputación monista*, que atiende por igual a los aspectos obje-

⁷⁵ Vid. al respecto Eberhard STRUENSEE, ADP, 1987, 448.

⁷⁶ HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 234 ss., 243 ss., en coherencia con su tesis según la cual el tipo subjetivo de imprudencia lo proporciona el “aprendizaje de la pauta de cuidado” (vid. *supra* XV 31), entiende el elemento subjetivo de la imprudencia como no actualización del “conocimiento de la pauta de comportamiento cuidadoso” disponible en su mente o como actualización incompleta o errónea [245, 248 ss.], no cabiendo establecer diferencia de gravedad entre ella y la imprudencia consciente salvo quizá en la culpabilidad [264].— MIR PUIG, PG⁷, 287 s., sostiene que la imprudencia consciente es por lo general conducta más grave que la inconsciente, salvo que en la segunda se contenga infracción de cuidado más grave o ésta incluya deberes de cerciorarse acerca de la presencia de peligros elevados debido a lo peligroso de la acción que se va a emprender.— Sobre la distinción imprudencia consciente-imprudencia inconsciente vid. también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 612, sobre la previsibilidad subjetiva en la imprudencia: 642; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 482 s.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 644 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 996 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 292 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 602 ss.— A la postre sostiene que la imprudencia consciente es merecedora de mayor punición que la imprudencia inconsciente, ROXIN, PG, 1019. Sostiene lo contrario, STRATENWERTH, PG, 426.

⁷⁷ El ejemplo está tomado de Rolf-Dieter HERZBERG, JZ, 1988, 641 ss.

tivo y subjetivo inescindibles del injusto: 1. Que los peligros son infinitos. 2. Que se puede acotar objetivamente. 3. Que hay que acotar también subjetivamente, modificando esta última acotación las dos anteriores cuando hay conocimientos especiales. Conclusión: Cabe armonizar el sistema en torno al elemento objetivo y subjetivo; imputación objetiva y disvalor-acción finalista son las bases del sistema, en el delito doloso y en el delito imprudente⁷⁸.

La doctrina de JAKOBS, PG, 390, sobre la relevancia del riesgo, que acuña siguiendo a ENGISCH, y sobre la cognoscibilidad del riesgo objetivamente imputable [390 ss.] e incluso su caracterización de la imprudencia temeraria (*Leichtfertigkeit*) [393] y exclusión de la imprudencia aparente [394], puede entenderse como formulación en clave normativa de lo que aquí hemos formulado en clave “naturalística”, como exigencia de mayor o menor concreción de eslabones causales, más o menos alejados del resultado, pues si sólo hay imprudencia cuando el autor, de actuar prudentemente, habría conocido lo que exigimos para el dolo, sólo cabe imputar el riesgo que además de realizado se habría podido conocer con el cuidado debido, deviene especialmente grave lo fácilmente evitable y no se puede exigir una atención “continua y terca”, no cabe pensar en conductas que se atengan más a tales calificaciones que las realizadas con los conocimientos (y desconocimientos) que aquí caracterizamos como concreción del dolo. En este contexto también se puede incluir la afirmación de JAKOBS sobre la tentativa de imprudencia [395]: “sería casual el resultado si no se pudiera admitir a partir de la acción precedente, pero precisamente es éste el caso, pues el riesgo era cognoscible, y por ello el resultado era evitable conforme a plan”. Y añade lo que es el mejor argumento en favor del resultado como condición objetiva de punibilidad: “Más bien, se podría decir que el que acaezca el resultado supone una casualidad en función de un actuar imprudente”. Lo que no significa, por otra parte, en contra de lo que dice JAKOBS, que haya también tentativas no dolosas; todas lo son, de un riesgo más o menos alejado cuyos eslabones intermedios se cubren muy bien con la concepción de JAKOBS.

56

En un estudio, dedicado a demostrar que también las cláusulas generales de punición por imprudencia en ámbitos concretos, como los delitos contra el medio ambiente (art. 325 ss., 331) o la salud pública (art. 359 ss., 367), pueden ser equívocas, ROMEO CASABONA, LH-Cerezo Mir, 941 ss., se ve obligado a reconocer (lo que resulta muy correcto) que los delitos de acción peligrosa (*vid. supra* VIII 79) requieren conciencia de la acción peligrosa [52], por lo que dado que no cabe concebir una distinción entre la comisión dolosa e imprudente de tipos como los de los artículos 325 ss., 359 ss., que ROMEO CASABONA establece con una amplia doctrina en el plano volitivo, no en el intelectual (aceptación o no del resultado representado como posible), dado que el resultado posible no ha tenido que ser abarcado por el autor en estos delitos; dado, por tanto, que el tipo subjetivo de la

57

⁷⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 860, decía ya con buen criterio que si no hubiese regulación expresa del caso fortuito, el resultado incalculable tampoco se podría imputar.

modalidad dolosa del art. 325 es el mismo que el de la modalidad imprudente: imprudencia consciente (art. 331), sería absurdo privilegiar al autor del segundo comportamiento respecto al del primero (atenuándole la pena, lo que sólo estaría justificado cuando la imprudencia fue inconsciente). Con reflexiones finales de política criminal.

I. Significado del elemento subjetivo del delito (doloso e imprudente) en el derecho penal protector de bienes jurídicos

- 58** Llegados a este punto, y dada la hostilidad reinante frente al elemento subjetivo, palpable en el delito imprudente pero presente también en el delito doloso, debemos preguntarnos una vez más sobre la utilidad de ese elemento, dado que incluso cabría compartir la presumible premisa de que parte la dogmática objetivista en boga, y que no sería otra que la de que si lo importante en derecho penal es que no se produzcan lesiones de los bienes jurídicos, cuyo daño es el mismo con independencia de la mayor o menor representación que el autor tuviese *ex ante* de que el resultado lesivo sobreviene, quizá le estemos dando excesiva importancia al elemento subjetivo, que todo lo más podría ser un mero criterio, entre otros, de medir la punibilidad, sin adquirir el rango de elemento esencial de la imputación, determinante, cuando menos, de toda una gran dicotomía, la que distingue entre delito doloso y delito imprudente, hasta el punto de que a veces haya responsabilidad sólo en el primer caso. En su lugar, bastaría un único título de imputación, dado por la evitabilidad, p. ej., que englobaría, sin mayores matizaciones, todos los casos que actualmente conocemos como dolo e imprudencia. Con lo que se suprimiría la cuestión que hoy por hoy atormenta a doctrina y jurisprudencia, la separación entre injusto doloso e injusto imprudente.
- 59** Pues bien, sobre la base de que una decisión legislativa de ese tipo no sería tan espectacular como aparenta, lo que sí está claro es que pensarla ayuda considerablemente a esclarecer el significado y papel que corresponde al elemento subjetivo en la doctrina del injusto personal, y, en la medida en que se refiere a aquella parte de la misma que más fácilmente asumió en su día el resto de la doctrina, el significado y papel de la acción final en la teoría del delito frente al modelo causalista anterior, del que la doctrina de la imputación objetiva constituiría un desarrollo posterior esta vez en el plano normativo, no naturalístico⁷⁹.
- 60** En efecto, lo que hay detrás del denostado elemento subjetivo de toda imputación penal es la evidencia de que el derecho penal de la culpabilidad ha venido

⁷⁹ *Vid.* al respecto STRUENSEE, CPCr, 1991, 449.

configurándose como dirigido a la capacidad genuinamente humana de omitir o realizar acciones, que serían el objeto de las normas; y que, aunque quizá también se podría prescindir de esa forma de concebir las normas, y con independencia de que puedan imputarse resultados meramente causados, cuando se parte del delito como acción (u omisión de una acción) no se puede prescindir de la intencionalidad, pues sólo ella permite imputar una acción, en el sentido que lo argumentó un jurista de la talla de HART⁸⁰: sólo a través de la acción imputamos responsabilidad. La razón por la cual cuando imputamos una acción estamos imputando responsabilidad, que por supuesto cabe excusar, es que sólo a través de acciones se ejerce la libertad (lo que no quiere decir que toda acción sea libre, pero sí que sólo a través de la acción puede manifestarse la libertad). Qué sea una acción, en el sentido que puede interesar preferentemente en derecho penal, incluye desarrollar un curso causal que, de alguna manera se domina, lo que abarca una parte objetiva, la causalidad, y otra subjetiva, el dolo. En este sentido es en el que venimos afirmando desde hace algún tiempo que la acción final es el referente de cuantas consideraciones hagamos en dogmática jurídico-penal⁸¹. Con el dato añadido de que tenerlo en cuenta no prejuzga, aunque probablemente sí ayude a esclarecerla (evitando algunas soluciones dogmáticas actuales verdaderamente atormentadas), prácticamente ninguna decisión axiológica posterior.

Si, en suma, hiciéramos el experimento de prescindir del elemento subjetivo en la teoría del delito, como pretende CANCIO MELIÁ⁸², nos encontraríamos con la sorpresa de que cualquiera que fuese la regulación que lo sustituyese, incluida una que prescindiera por completo de él, sería expuesta por la doctrina tomando como referencia el caso más simple que quepa pensar de imputación, lo que sin duda incluiría un sujeto, persona física, que causara el resultado a imputar de la forma que hoy conocemos como dolo directo; y, a partir de ahí, continuaría imputando, por analogía, formas de causación que poco a poco se irían apartando de la forma inicial, a la que se llamaría algo semejante a lo que hoy conocemos como imprudencia. **61**

De cuanto antecede cabe, además, extraer una conclusión sobre el papel que corresponde a la doctrina científica y a la jurisprudencia de los tribunales a la hora de acuñar las categorías jurídicas básicas (*vid. supra* IV 56): Acotar los márgenes dentro de los cuales pueden recaer las decisiones que le competen a los tribunales en el Estado de Derecho, es cometido de la doctrina científica; no, en cambio, constreñirla excesivamente. Proceder a las valoraciones que se recaban **62**

⁸⁰ H.L.A. HART, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948/49, 171 ss.

⁸¹ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *RDPC*, 2ª época, 16, 2005, 11 ss.

⁸² LH-Bacigalupo, I, 57 ss.

de ellos en los límites respetuosos de lo que no puede ser relativizado, es el cometido de los tribunales de justicia. Demostrar la importancia del papel correspondiente a la doctrina científica en la problemática del elemento subjetivo del delito y su prueba, partiendo de estas premisas, una importancia mayor de lo que parece, nos llevaría demasiado lejos, pero basta pensar en la cantidad de subterfugios que se han probado para presumir la presencia del elemento subjetivo, para darse cuenta de la trascendencia de la cuestión⁸³.

J. ¿Imprudencia como delito de peligro abstracto? Causalidad e imputación objetiva en el delito imprudente de resultado

63 Algunos autores han visto en la tesis de STRUENSEE sobre el tipo subjetivo de imprudencia la creación de nuevos delitos de peligro abstracto⁸⁴, cabe suponer que debido a que, a semejanza de lo que ocurre en el delito doloso de resultado, la realización del tipo subjetivo de imprudencia no seguido del resultado lesivo, abriría las puertas a lo que sería una tentativa de imprudencia o creación de un peligro de lesión, abstracto, porque *ex definitione* el dolo del autor no se representó el curso causal que justifica la punición de la tentativa de delito doloso de resultado sin caer en la punición de un comportamiento consistente en la creación de un peligro abstracto, como quiera que se defina el disvalor-resultado de la tentativa.

64 Esta crítica, que se puede asumir sin desconcierto, dado que no implica una ampliación de lo punible, debido a que la imprudencia sin resultado no se castiga (y a los finalistas no nos preocupa el resultado como condición objetiva de punibilidad), tiene en cambio la virtud de ayudar a esclarecer (algo semejante ocurre con la participación en la imprudencia; *vid. infra* XV 161 ss.) determinados aspectos del injusto comunes al delito doloso y al imprudente, que la doctrina dominante, objetivista, no siempre vislumbra: el resultado-peligro característico de la imprudencia en el pensamiento de STRUENSEE, contempla siempre una condición conforme a ley causal conocida, estribando la única diferencia con el eslabón causal del resultado-lesión en su menor inmediatez⁸⁵. Luego, por tanto, el disvalor-acción en el delito imprudente de resultado exige la representación por parte del autor (tipo subjetivo) de un curso causal conforme a ley conocida; por

⁸³ La STS español, de 24 de octubre 1994, caso del legionario, tuvo el mérito de no limitarse a inferir el dolo de matar del hecho de que el autor clavó el cuchillo en el cuello de la víctima, lugar que, según doctrina tradicional del TS, entraña un peligro claro de muerte, sino de tener en cuenta la forma de la agresión, dirigida no a clavar en profundidad sino a rasgar superficialmente, lo que, unido a la habilidad acreditada del imputado en el uso de cuchillos, le llevó a imputar sólo el dolo de lesionar.

⁸⁴ *Vid.* CEREZO MIR, PG, II⁶, 166 s.

⁸⁵ ADP, 1987, 435.

eso es un delito de lesión, no de peligro (con consecuencias a la hora de la imputación del resultado ulterior a que después se aludirá). En cambio, el delito de peligro abstracto se caracteriza por prescindir por completo de la exigencia de representación por parte del autor de ley causal conocida, dado que la lesión del bien jurídico que se quiere prevenir es sólo motivo para el legislador de desaprobación de una conducta, sin más (*vid. supra* VIII 61, 72). Hay, pues, una doctrina que confunde lastimosamente la objetividad del derecho, que en un derecho penal protector de bienes jurídicos pasa por la configuración preferente de delitos de resultado conforme a ley causal conocida, con objetivismo, entendido como preferencia del disvalor-resultado, que, ciertamente, no siempre se exige en derecho penal, como muestra la punición de la tentativa (*vid. supra* VIII 14). Lo que, a su vez, no quiere decir, que baste la suma de los desvalores de acción y de resultado, para que el delito se dé completo (en aquellos casos en que el resultado determina la punibilidad o su cuantía), ya que, entonces, sólo se imputará el resultado causado que sea retrotraíble, también subjetivamente, al curso causal que el legislador prohíbe y el autor se representó, no otro. No es lo mismo el resultado como elemento del tipo objetivo a cumplir *ex ante* que el resultado producido *ex post* y a imputar, si se dan los requisitos (*vid. supra* VIII 20 ss.). Problema, este último, agudizado en la imprudencia:

En efecto, con la lucidez que le caracteriza, GIMBERNAT ORDEIG⁸⁶, ha sostenido recientemente la tesis de que en la imprudencia, puesto que el haz de peligros que desembocan en el resultado siempre presenta una parte cubierta por el riesgo permitido, nunca podrá saberse si el resultado es retrotraíble al riesgo no permitido desencadenado por el autor, con lo que no funcionaría la doctrina dominante sobre la causalidad, que dice que para imputar un resultado, ha de alcanzarse una seguridad rayana en la certeza de que ha sido causado por el peligro no permitido, lo que, por lo acabado de decir, nunca es posible.— Para salir del atolladero, GIMBERNAT ORDEIG que cree que la teoría dominante, de la equivalencia de las condiciones, sólo puede operar en casos muy claros de delitos dolosos del tipo: persona sana que recibe un disparo mortal del autor, considera que en la imprudencia basta para estimar la causalidad con que se haya constatado el haz de peligros (permitidos y no permitidos) y el resultado, para que éste se impute. Este autor imprudente ha causado, según GIMBERNAT⁸⁷.

Para comprender el alcance real de la tesis de GIMBERNAT ORDEIG, en lo que debe ser seguido y en lo que ya no puede serlo, es necesario desglosar la cuestión

⁸⁶ Causalidad, omisión e imprudencia, ADP, 1994, 29 ss.

⁸⁷ ADP, 1994, 34 s.

que plantea en dos partes.— La primera hace referencia al comportamiento tipificado como imprudente, aspecto en el que GIMBERNAT, con buen criterio, se conforma con la realización de una acción que por experiencia general es peligrosa para los bienes jurídicos, y que, por tanto, ha de estar prohibida sin más, independientemente de que se haya concluido que causó el resultado. No debe hacerse la transfusión de sangre sin la correspondiente prueba de VIH, dado que en caso contrario puede causarse la muerte del paciente contagiado de sida; no debe expendirse el veneno sin advertir de su cualidad de muy peligroso para quien lo ingiera; etc. Incluso su argumento es convincente: Si se hiciera depender su prohibición de la prueba de la causalidad (de la muerte) en el caso concreto, cualquier médico podría realizar de cualquier forma la intervención del paciente ya “tocado de muerte”⁸⁸.— En cambio, debe distinguirse de la anterior cuestión aquella otra que hace referencia a la imputación del resultado, en los delitos imprudentes de resultado, cuando no se ha probado que éste es retrotraíble, *lo que no quiere decir que en exclusividad*, al comportamiento imprudente. En este aspecto, cuando GIMBERNAT ORDEIG afirma que si el haz de peligros creados por el autor imprudente, inclusión hecha de los peligros permitidos y no permitidos, ha causado el resultado, el resultado es imputable a la imprudencia, y lo ejemplifica diciendo que si la sangre transfundida se encontraba en el llamado “período ventana”⁸⁹ no habría permitido detectar su contaminación, esa cuestión, relevante para la de la imputación normativa (que en contra de lo que dice GIMBERNAT, debe resolverse a favor de la no imputación: si cabe la duda sobre una obligación adicional de comprobar que ya había pasado el “período ventana”), no ofrece duda sobre la causalidad, existente, sin necesidad de acudir a la teoría del haz de peligros.— La cuestión vuelve a cambiar cuando de lo que sí hay duda es de que el peligro creado por el autor del delito imprudente, por muy alejado de la lesión directa del bien jurídico que esté, no se ha materializado, junto con muchos otros como ocurre siempre, en el concreto resultado. Entonces la teoría del haz de peligros no servirá de ayuda. Aplicado a otro ámbito de ejemplos de los que gusta GIMBERNAT, el de la omisión de atajar enfermedades⁹⁰: Si el paciente presenta dos dolencias mortales, respecto a las que el médico sólo se ocupa de una, y caben dudas de que la muerte no sobrevino por su intervención defectuosa sino por esa otra dolencia, la muerte no es imputable⁹¹.

⁸⁸ ADP, 1994, 34.

⁸⁹ ADP, 1994, 33.

⁹⁰ ADP, 1994.

⁹¹ Que GIMBERNAT ORDEIG simpatiza con la tesis de ROXIN, del aumento del riesgo, de la que discrepa sólo en la terminología, ya que se niega (GIMBERNAT) a admitir que el foco de peligro no haya *causado realmente* el resultado, es evidente: RDPC, 2ª época, 4, 1999, 539.

Cuestión distinta es que GIMBERNAT se esté refiriendo a la posibilidad de que la causa del resultado no estribe sólo en la prohibida por la imprudencia, sino también en otros eslabones causales que el autor no domina, y sin embargo no impiden la imputación. En ese caso, estamos asistiendo a una buena aportación a las peculiaridades de la causalidad en la imprudencia, muy esclarecedora desde el punto de vista de la representación del autor y, por tanto, para la distinción entre el tipo subjetivo del delito doloso e imprudente.

67

2. DOGMÁTICA DEL DELITO IMPRUDENTE

A. Tipo objetivo

Al tipo objetivo del delito imprudente pertenecen: 1) La *causación* del resultado típico, siempre que dicho resultado sea imputable por estar incluido en el *ámbito de protección de la norma lesionada*. 2) La creación de un *peligro* para el bien jurídico protegido por la norma de imprudencia, prohibido en atención a que, por experiencia, de las circunstancias que lo crean, cabe deducir que el resultado posiblemente sobrevendrá (*disvalor de hecho* equivalente al disvalor-resultado del delito doloso) y objeto de referencia (las circunstancias) del *tipo subjetivo* o dolo en el delito imprudente⁹². 3) Que el resultado típico causado sea retrotraíble al comportamiento prohibido por el tipo de imprudencia (*relación de antijuricidad*)⁹³.

68

Muchos autores sostienen que el tipo objetivo del delito imprudente es el mismo que el del delito doloso: QUINTERO OLIVARES, PG³, 354 s., 356.; RAMOS TAPIAS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 533, 536. Otros, con mejor criterio, lo niegan.— Algunos autores sostienen que el delito doloso contiene ya un delito imprudente: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 607. Otros, con mejor criterio, lo niegan: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 606; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 473; ROXIN, PG, 1023; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 681, siguiendo a MEZGER; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 126.— Algunos autores sostienen que aunque el delito doloso y el delito imprudente presentan estructuras distintas, lesionan sin embargo la misma norma. *Vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 117. Insisten en la estructura distinta del delito doloso y el delito imprudente: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 309;

69

⁹² Reconoce también un tipo subjetivo (aunque sin extraer consecuencias, desde luego no las mismas del delito doloso) de imprudencia, MIR PUIG, PG⁷, 291.

⁹³ *Vid.* ya CÓRDOBA RODA, CDJ, 1993, I, 199; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 12, 549 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 866, 878; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 209 s. com. art. 12, 549 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 328, 329 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 366.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 205; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, 592 ss., 597.

a. *El resultado*⁹⁴

70 El delito imprudente es un delito de resultado. Sin causación del resultado típico no hay responsabilidad por imprudencia (salvo que el legislador lo diga expresamente: creando tipos de peligro). Hasta ahora, el legislador ha empleado la técnica de la imprudencia fundamentalmente para reforzar la protección de los bienes jurídicos que, preservados fundamentalmente frente a ataques dolosos, quiere proteger también, en ausencia de dolo, sancionando su causación imprudente. Aunque concurren los restantes elementos del delito imprudente, no hay responsabilidad penal por imprudencia si el resultado no se produce (no es punible la tentativa de imprudencia: *vid. infra* XV 159 s.)⁹⁵.

71 Sobre el significado del resultado y el disvalor-resultado en la imprudencia, en la concepción de WELZEL, *vid. WELZEL*, PG, 162 ss.— Sostienen que el injusto del delito imprudente posee también un disvalor-resultado, que hace que el resultado haya de ser causado por la infracción del deber de cuidado (disvalor-acción en la imprudencia), que además, siguiendo a SUÁREZ MONTES, es incompatible con la tesis del resultado como condición objetiva de punibilidad (*vid. supra* VIII 16 ss.), OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 613 s.— Sobre el significado del resultado en la imprudencia, *vid. también* NÚÑEZ BARBERO, Delito culposo, 40 ss., 49.— GUALLART Y DE VIALA, ADP, XXXII, 1979, 617 ss., después de exponer las distintas teorías sobre el significado del resultado (entendido como lesión o peligro concreto) [620 ss. 625 ss.], llegando a contraponer las tesis extremas, según él, del resultado como elemento esencial del delito y el resultado como condición objetiva de punibilidad, a las que se podría añadir una tercera que le asigna un mero valor selectivo [625, 630, 635], para tomar postura a la luz del derecho español, que conforme a las normas del CP que se referían a la imprudencia en la r. a. exigía resultado para la existencia de responsabilidad por imprudencia, y a la vez rechazar (con CEREZO MIR y SUÁREZ MONTES; *vid. supra* VIII 33) la tesis de WELZEL (del resultado como elemento constitutivo del delito pese a reconocer que con la inobservancia del cuidado debido ya se constituiría el injusto, ya que de partir de esa premisa lo correcto sería ver en el resultado una condición objetiva de punibilidad y no el objeto de una “relación específica” entre ambos [infracción del deber de cuidado y resultado]), se ve llevado a a entender, como CEREZO MIR, el resultado como elemento constitutivo del tipo de injusto imprudente, que aporta el disvalor-resultado sin el que aquél no se constituiría plenamente [635 ss., 639, 643]⁹⁶.— Una construcción peculiar del significado del resultado

⁹⁴ *Vid.* HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 164 ss.

⁹⁵ *Vid.* ANTÓN ONECA, Derecho penal, 246; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 795.

⁹⁶ *Vid. también* RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 795.

en el delito imprudente es la de MIR PUIG. Para este autor, PG7, 297 s.⁹⁷: 1) no es relevante en la imprudencia la efectiva lesión del bien jurídico, pero sí que el bien jurídico lesionado sea uno u otro; 2) la efectiva lesión del bien jurídico, su exigencia, se justifica en muchos sectores de actividad por la seguridad jurídica que proporciona, pero en otras, por la experiencia generalizada del peligro, no es ya tan necesaria aquella y además esa laguna permite tipificar el peligro (delitos de peligro), como ocurre con el tráfico automovilístico.

b. Imputación objetiva en la imprudencia. Ámbito de protección de la norma

No basta la causación del resultado (típico) para que se impute a título de imprudencia. El concepto de causación de la teoría de la equivalencia de las condiciones (*vid. supra* VIII 157 ss.), válido también para la imprudencia, debe ser completado, en su aspecto naturalístico, con otros criterios de índole valorativa que permitan circunscribir el ámbito ilimitado de lo que, en principio, puede suponer un peligro para el bien jurídico, a lo que realmente puede y debe ser objeto de prohibición para un legislador que persiga metas realistas de regulación.— Una vez constatada la causalidad, por tanto, lo primero que hay que comprobar, adicionalmente, es si el resultado, en su concreta producción, es retrotraíble a un peligro desencadenado por el autor que se encuentre entre aquellos que realmente quiere evitar la norma de prudencia dada para prevenir los riesgos situados dentro del ámbito que quiere abarcar.

72

Ejemplo: Puesto que el automóvil es un objeto peligroso que puede ocasionar muertes por colisión (con otros coches o con peatones), los peligros para la vida que se quiere prevenir en las imprudencias automovilísticas serán los relacionados con traumatismos físicos. De ahí que no responda de homicidio imprudente quien provocó la muerte de otro automovilista por el infarto que éste sufrió a causa del adelantamiento apurado, o la muerte por infarto del padre que conoció el accidente de su hijo.

73

Sobre el fin de protección de la norma, ampliamente, FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 171 ss., criticando su falta de perfiles; CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 561 ss.— *Vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 183 s.

74

Se trata, con lo anterior, del supraconcepto de *imputación objetiva*, en buena medida obtenible mediante reducción teleológica (*vid. supra* VIII 216), apelando al *fin de protección de la norma* del que, además, como modalidades específicas, referidas, bien al comportamiento que cabe esperar de los demás, incluida la propia víctima, bien de la inminencia de los peligros desencadenados o previsibles,

75

⁹⁷ *Vid.* ya MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 809 s.

siempre en el contexto de una sociedad del riesgo, como la nuestra, valen los siguientes criterios:

- 76** 1) *Principio de la adecuación social*: Tanto en el delito doloso (cohecho y regalos de navidad), como en el delito imprudente, que ahora interesa, la necesaria abstracción de los tipos penales obliga a concretarlos en la realidad de la vida, en la que algunos casos se excluyen de lo típico. (El *principio de la insignificancia*: apoderamiento del periódico dejando el dinero = apropiación indebida en el delito doloso, puede considerarse una variación.) El hecho de que la imprudencia sólo se castigue habitualmente cuando es grave, lo corrobora.
- 77** *Ejemplo*: Numerosos accidentes dramáticos, con resultados muy graves con niños como víctimas y en el área de lo doméstico, tienen su origen en pequeñas infracciones ubicuas unidas a coincidencias desgraciadas.
- 78** Sobre la adecuación social como primer criterio de imputación objetiva, *vid.* también CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 293 ss.
- 79** 2) *Principio del riesgo permitido*: Numerosas actividades, como el tráfico automovilístico, aéreo y marítimo, la práctica de ciertos deportes, como el boxeo, las carreras automovilísticas, espectáculos, como la tauromaquia, actividades industriales, como la construcción, etc., y, por extensión, toda la vida moderna, van acompañadas de riesgos asumidos por la sociedad pese a cobrarse numerosas víctimas humanas. Ello ha obligado a establecer niveles de riesgos (pequeños y medios) permitidos por la sociedad, que cuando se materializan en daños no dan lugar a la imputación a su causante. Lo que nunca ampara el riesgo permitido son las lesiones dolosas (a no confundir con consecuencias no dolosas de comportamientos dolosos), por lo que el riesgo permitido es campo abonado para excluir la imputación por imprudencia. En la medida en que también se basa en los usos sociales históricos, en ese aspecto, la figura está muy emparentada con la adecuación social. El riesgo permitido, como bien dice JAKOBS, es necesario para propiciar los contactos sociales.
- 80** *Ejemplo de JAKOBS*: El médico al que no le amparase el riesgo permitido, no se desplazaría en coche en noche de niebla para atender a un paciente si corriera el riesgo de causar un accidente que le fuese imputado a título de imprudencia.
- 81** Una excelente exposición sobre el riesgo permitido, al que no considera criterio de imputación objetiva sino de determinación del mismo deber de cuidado de la imprudencia [277 ss.], es la de FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 267 ss., quien además no lo considera extrapolable al delito doloso [276 s.] y lo pone en relación con otras reglas de cuidado para ciertos delitos [287 ss.] y demás normas extrapenales

de seguridad [297 ss.] y ámbitos de comportamiento estandarizado [307 ss.], que ayudan a precisarlo⁹⁸.

Sobre el riesgo permitido como criterio de imputación objetiva en la imprudencia *vid.* también CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 308 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 293; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 337 s.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 100 ss. **82**

3) *Principio de confianza*: Todo aquel que interviene en el tráfico jurídico y en la realidad de la vida, debe poder contar con que los restantes ciudadanos se comportarán correctamente, pues de otra forma se produciría un tener que desconfiar todos de todos que haría insostenible la convivencia y haría que todos tuvieran que proteger los bienes jurídicos con los que aparecen relacionados frente a posibles modos incorrectos de los demás, lo que es imposible cuando, p. ej., se trabaja en equipo. **83**

Ejemplos: Si un automovilista tuviera que contar con que los demás automovilistas se van a comportar incorrectamente, le podría ser imputable el accidente que no impidió por no contar con ello.— Si el cirujano tuviera que estar pendiente de lo que hace el anestesista y la enfermera, no podría concentrarse en la delicada operación que realiza⁹⁹. **84**

El principio de confianza, al igual que el del riesgo permitido, es válido sobre todo en el delito imprudente, que consideramos, pues tal principio deja de ser relevante en el momento en que se conoce que el comportamiento del tercero no es correcto, y, por supuesto, cuando es constitutivo de un delito doloso que los hechos evidencian. **85**

Ejemplo: Nadie puede atropellar dolosamente al peatón que cruzó con el semáforo en rojo. Nadie puede vender un producto sabiendo que vino de la fábrica defectuosa. Nadie puede pagar a una empresa que sabe emplea el dinero en actos terroristas. **86**

FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia, 318 s. Sobre el principio de confianza *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 170 ss.; CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 327 ss.; HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 162 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 324 s.; ROXIN, PG, 1004 ss.; LUZÓN PEÑA, PG, I, 503 ss., riesgo permitido y principio de confianza; CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 112 ss. **87**

⁹⁸ *Vid.* también FEIJÓO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, 194 ss.

⁹⁹ Sobre los principios de división del trabajo y confianza en la actividad médico-quirúrgica, extrayendo consecuencias sobre el título de imputación en cada caso, ampliamente, JORGE BARREIRO, Imprudencia punible, 115 ss., 130 ss., 136 ss., 147 ss. Sobre el principio de división del trabajo, *vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 105 ss.

- 88 4) *Principio de la prohibición de regreso*: Este principio, muy discutido en la doctrina, posee virtualidad respecto al comportamiento imprudente seguido de un comportamiento doloso (*ejemplo*: la pistola dejada imprudentemente al alcance de quien con ella comete un asesinato)¹⁰⁰, pero no es aconsejable respecto a sucesiones de imprudencias, donde, a semejanza de lo que ocurre en la omisión, no es conveniente prescindir de responsabilidades por imprudencias múltiples que pueden surgir y surgen frecuentemente en cadenas largas de producción (*vid. supra* VIII 169), al menos cuando lo dañado del producto no es, o no sólo, consecuencia del mal funcionamiento del último eslabón de la cadena sino de quien programa la producción.
- 89 Sobre la prohibición de regreso y otros conceptos alternativos *vid.* ampliamente ya CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 528 ss.
- 90 5) *Principio de no imputación de consecuencias sólo indirectas, permanentes u ocasionadas por la víctima misma con posterioridad al comportamiento imprudente*: Este principio es aplicable a la imprudencia en buena parte porque ya fue tenido en cuenta al prohibirla, y en buena parte (*ejemplo*: despreocupación de la víctima respecto a las heridas leves sufridas, que le acarrea una infección seguida de muerte) por la aplicación del principio siguiente.
- 91 BOLEA BARDÓN, ADP, 1994, 375 ss., comenta la STS de 19 de mayo 1994, cuyo interés estriba en la imputación de una muerte en la que estuvo presente la intervención de: 1) alguien que dolosamente causó unas lesiones con arma blanca a la víctima; 2) un primer médico que detectó y curó una de las heridas sufridas por la víctima, pero no otra que, por ser interna, no percibió; 3) la propia víctima, que pidió precipitadamente el alta médica, llevando a cabo una gran actividad pese a su estado convaleciente; 4) un segundo médico que, por no observar aquella herida no detectada hasta entonces, no evitó que el paciente muriera por la peritonitis que sufrió.— BOLEA BARDÓN plantea en primer lugar si las conductas posteriores a la del autor de las heridas interrumpen la imputación del resultado a éste, llegando a la conclusión de que las lesiones causaron el resultado, planteándose sólo como problema dudoso el de su imputación o no [379]. Para dilucidarlo, después de pasar revista a la doctrina científica que se ha ocupado del tema [380 ss.], llega a la conclusión de que el riesgo creado por el primer autor no se le imputa cuando el creado por el segundo o ulterior ha introducido *activamente* uno nuevo que desembocó en el resultado o ha sido creado por el obligado a actuar por injerencia o deber de salvaguarda, desembocando en el resultado (el médico p. ej. utilizó un bisturí infectado), no en otro caso.— Por consiguiente, llegando BOLEA BARDÓN a la conclusión de que ambos médicos sólo omi-

¹⁰⁰ *Vid.* las muy atinadas consideraciones de JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 617 s., al utilizar la regla general de no imputación en caso de comportamiento imprudente seguido de comportamiento doloso de tercero y la excepción sobre la base de los conocimientos especiales del autor imprudente. *Vid.* también muy atinadamente ROXIN, PG, 1006 ss.

tieron, si se demuestra que el error fue evitable (deberes de información sobre la situación, que en ningún caso crearon nuevos riesgos superpuestos a los creados por el autor) [385 ss., 388 ss.], sus omisiones no interrumpen la imputación del resultado al autor de las lesiones iniciales.— Todavía comprueba BOLEA BARDÓN la conducta de la propia víctima [386 s.], llegando a la conclusión de que efectivamente su conducta contribuye a desencadenar el resultado letal, junto con la herida inicial, sin que el uno excluya al otro, por lo que debe seguirse imputando el resultado al autor inicial.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, 134 ss., que se ha ocupado de esta constelación de casos, reprocha a quienes como BOLEA BARDÓN en España y otros en Alemania, consideran posible interrumpir la imputación a quien actuó primero porque basta imputar a quien actuó después, hagan depender la imputación al primero de circunstancias totalmente indiferentes para la desvaloración de su conducta [152].

6) *Principio de la no imputación en caso de autopuesta en peligro o consentimiento de la propia víctima*: Este principio, descartado en el delito doloso, al menos respecto a los bienes no disponibles: vida, integridad, etc., no, en cambio, respecto a los disponibles, como el patrimonio (estafa), puede y debe desempeñar un papel relevante en la imprudencia —de hecho constituye el gran descubrimiento de la victimodogmática— desde lo que es el principio de autorresponsabilidad: Nadie debe aspirar a la protección del ordenamiento jurídico cuando él mismo no se protege mínimamente.

PORTILLA CONTRERAS, CPCt, 48, 695 ss., ha hecho un estudio excelente sobre el tratamiento que haya de darse a los casos de puesta en peligro de alguien con su consentimiento. Para fundamentar su concepción, después de pasar revista al estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial en Alemania y España [696 ss.], y, después de analizar las teorías aplicables para justificar el tratamiento que haya de darse al consentimiento en la imprudencia [704 ss.], se inclina el autor por considerar el problema en sede de consentimiento, no de otro elemento de la estructura del delito imprudente, lo que le permite equiparar el autodaño con el daño causado por tercero con el consentimiento propio [711 ss., 712], llegando a la conclusión de que el consentimiento en la imprudencia excluye el disvalor-acción, único relevante en la imprudencia, dado que en ésta nunca se cuenta *ex definitione* con que el resultado sobrevenga [717], argumentando muy bien para terminar (y ejemplificarlo en la transmisión del SIDA y las lesiones deportivas) por qué el consentimiento en el riesgo puede llegar a amparar el propio peligro para la vida [723 ss.].

FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 331 ss., ha hecho un estudio minucioso del principio de autorresponsabilidad como criterio de limitación del alcance del tipo que pone muy claramente de relieve no sólo que favorecer o motivar una autolesión o autopuesta en peligro no debe entenderse incluido en principio (salvo que la ley diga otra cosa, p. ej., punición de la ayuda al suicidio) [340], sino también que el desconoci-

92

93

94

95

miento de la autolesión o la autopuesta en peligro puede justificar la imputación a quien la favorece o motiva. En efecto, como bien dice FEIJÓO, la autolesión de un inimputable puede fundamentar la autoría mediata de quien provoca su autolesión [348 ss.], y la de un semi-inimputable no [351]; ahora bien, cuando al mismo tiempo afirma que de la norma incriminadora de la ayuda al suicidio debe hacerse una interpretación lo más restrictiva posible, en sentido de entenderla referida tan sólo a la inducción de una persona en plenitud de facultades volitivas e intelectivas, con plena conciencia de lo que está haciendo [356], y con independencia de cómo configurar la responsabilidad penal del hombre de atrás, como autoría o como participación, lo que está claro es que los conocimientos subjetivos del autolesionado y de quien interviene, cualquiera que sea la forma, en una autolesión son decisivos para fundamentar la responsabilidad, podemos añadir: e incluso para poder hablar de “autoorganización”. Como cierto es que cabe graduar, con efectos sobre la tipicidad, la intensidad del defecto que sufre quien se autolesiona [355]. Como acertado es que FEIJÓO impute al hombre de detrás la “autolesión” del instrumento no sólo cuando se provoca el error sino también cuando se aprovecha el preexistente (en contra de JAKOBS), pero exige en ambos casos incumbencia, no bastando el mero conocimiento superior del hombre de atrás [365 ss.]; y al calificar de inducción al suicidio (impune en el derecho alemán) y no de autoría mediata en el caso Sirio [371], en el que el instrumento sabía fehacientemente que iba a morir. Todos los casos estudiados por FEIJÓO hasta aquí, son magníficos ejemplos de lo que quiero destacar: ¡que el conocimiento fehaciente de la autolesión o de la lesión en que se consiente excluye el tipo p. ej de homicidio o lesiones; y su desconocimiento, y en su medida, no! Lo que explica la solución de los casos estudiados por FEIJÓO a partir de ahora [377 ss.], de autolesiones y autopuestas en peligro, de las que el instrumento no es consciente. Aquí, acierta plenamente FEIJÓO en el punto de partida: cuando los conocimientos del hombre de atrás son los mismos del instrumento que se autolesiona o se coloca en situación de riesgo, debe excluirse la imputación al tercero [379]. Correcto. Pero la cuestión cambia, aunque FEIJÓO ya no se ocupa de estos casos, cuando los conocimientos del tercero son superiores. Consideración de los conocimientos de cada interviniente, perfectamente compatible con la pretensión legítima de FEIJÓO, de normativizar la materia. Algo semejante ocurre con el afán de FEIJÓO [386 s.], de superar el dominio del hecho en la dilucidación de la cuestión sobre si el tercero realiza o suplanta “el dominio sobre la decisión” del instrumento. Prueba de la superación lógico-funcional¹⁰¹.

- 96 FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia, ha hecho asimismo una excelente exposición sobre la doctrina de la imputación objetiva, desde sus orígenes [151 ss.], su implantación inicial en los delitos imprudentes [161 ss.], con especial aten-

¹⁰¹ *Vid.* también FEIJÓO SÁNCHEZ, Comportamiento de terceros, 155 ss., Homicidio y lesiones imprudentes, 120 ss.; a la postre, el único supuesto “elocuente” de irrelevancia de los conocimientos subjetivos del autor a la hora de la imputación, basada en criterios puramente objetivos, es uno tan vago como el derivado del conocimiento según el cual en los cambios de turno de los hospitales, disponer de una ambulancia puede ser más dificultoso [133].

ción a la gran aportación de ROXIN, del traslado de sus criterios al delito doloso [182 ss.], con especial y oportuna alusión a la crítica de los finalistas [191 ss.] y desarrollo de sus propios criterios: del aumento del riesgo [162 ss.] y ámbito de la norma [171 ss.], como asimismo amplia exposición de las críticas hechas al pensamiento de ROXIN [204 ss.] y exposición de nuevos modelos en el pensamiento de JAKOBS y FRISCH [218 ss.].

Sobre ulteriores principios de concreción del peligro a atajar con la imprudencia: figura-baremo diferenciada, deberes de información y omisión, ponderación riesgo-utilidad, ROXIN, PG, 1009 ss. Sobre posibilidades de concreción más allá del ámbito de protección de la norma, con alusión a daños concomitantes, ROXIN, PG, 1011 ss.— Aplican muy bien y convincentemente criterios de imputación objetiva a la imprudencia, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 209 ss.

97

c. *El tipo de injusto imprudente*

El tipo de injusto imprudente no lo proporciona la causación del resultado corregida con los criterios de imputación objetiva mencionados, entre otras razones porque sólo es constatable *ex post*, y normológicamente sólo cabe fundamentar las normas y la imputación de lo que ocurra posteriormente a su vulneración en la realización de un comportamiento que cumpla la prohibición en el momento de realizarlo¹⁰².— Por otra parte, puesto que *ex definitione* el resultado no fue querido en el delito imprudente, no puede ser elemento del tipo de injusto imprudente, y habrá que buscar otro resultado que sí se haya representado el autor de la imprudencia y cuya producción sea la que dé contenido a la prohibición del comportamiento que lo produce en el tipo de imprudencia.— El tipo de injusto imprudente, es decir, aquello que formando parte del tipo objetivo ha de reflejar fidedignamente el tipo subjetivo es lo que constituye propiamente el comportamiento imprudente, y viene dado por un “síndrome de riesgos” o creación de situaciones de las que por experiencia general son adecuadas para derivar en causación del resultado típico o lesión del bien jurídico, razón por la cual se prohíbe.

98

Desde el propio finalismo, se ha objetado a una determinada corriente dentro de él, incluido el mismo WELZEL (que se contradiría), que el disvalor-resultado no constituye fundamento del injusto imprudente, junto al disvalor-acción. Es la tesis que

99

¹⁰² La vulneración de la norma de cuidado, por el contrario, puede producirse antes de la creación del peligro. Se trata de la *imprudencia por lo emprendido*, que, como bien dice JAKOBS, PG, 389 s., sólo fundamenta responsabilidad cuando ya antes también, en el momento en que el sujeto emprendió algo que después impidió que pudiera actuar correctamente (inició p. ej. un viaje cansado), era garante de que no surgiera la situación peligrosa posterior; no en caso contrario (el testigo del crimen no está obligado a extremar la atención para no errar cuando tenga que declarar como testigo).— Sobre la imprudencia por asunción, *vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 74 ss.

sostiene en la actualidad CEREZO MIR, PG, II⁶, 186 ss., siguiendo a SUÁREZ MONTES (*vid. supra* VIII 33), que ya objetó en este sentido a WELZEL.

d. La infracción del deber de cuidado

- 100** La doctrina dominante incluye en el tipo de injusto del delito imprudente muchos más elementos (además del resultado y la posible representación del peligro: imprudencia consciente), concretamente todos aquellos que ayudan a precisar la infracción del deber de cuidado que en su concepción caracteriza a la imprudencia¹⁰³.— La razón de ser estriba en que, siempre según esta doctrina, en el delito imprudente el autor puede no representarse la lesión del bien jurídico (imprudencia inconsciente) que permitía en el delito doloso conformarse con la representación de un curso causal peligroso para el bien jurídico, y debe suplirse ello, dado que tampoco sería admisible no castigar por imprudencia, como a su parecer hace el finalismo, allí donde no se actuó finalmente, con representación de situaciones de peligro más infracciones conscientes de deberes de vigilancia que habrían advertido de los peligros, presencia o no de determinadas aptitudes del autor, eventuales decisiones colaterales asegurativas, etc., respecto de las cuales, a su vez, cabe discutir si su concurrencia depende de un baremo objetivo o subjetivo, actual o potencial, etc.; resultante de lo cual es una enorme complejidad del deber de cuidado¹⁰⁴.
- 101** TORÍO LÓPEZ, ADP, XXVII, 1974, 25 ss., que se esforzó por encontrar posibilidades en nuestro ordenamiento para no reducir el problema de la culpa al ámbito de la culpabilidad, hubo de reconocer su inviabilidad [33 ss., 38]; por lo que, tras explicar por qué la infracción del deber objetivo de cuidado, en cuya importancia para fundamentar la imprudencia creía (reconociendo el mérito de su elaboración germánica), no podía configurarse como causa de justificación [38 ss.], y tras hacer lo propio con el meritorio ensayo de CÓRDOBA RODA, de ver incluida la infracción del deber de cuidado en la r. a. del CP, como elemento del tipo de imprudencia [43 ss.], y el de quienes lo verían como elemento tácito de la misma [49 ss.], sin negar, como otros (RODRÍGUEZ DEVESA), que la infracción del deber de cuidado juegue papel alguno en la imprudencia [52 s.], acaba por mantenerlo, con el espíritu de ENGISCH, en la culpabilidad [54 ss.].— Sobre el significado e importancia de la infracción objetiva del deber de cuidado, desde una perspectiva no obstante neoclásica, *vid.* también NÚÑEZ BARBERO, Delito culposo, 52 ss.
- 102** La amplia discusión habida en los últimos años entre quienes defienden que el baremo para estimar la infracción del deber de cuidado debe ser uno *objetivo*, que atienda a lo que habría hecho un hombre cuidadoso en el lugar del autor, o

¹⁰³ *Vid.* RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 794.

¹⁰⁴ Sobre la infracción del deber de cuidado referido al médico JORGE BARREIRO, Imprudencia punible, 40 ss.

uno *subjetivo*, que atienda a lo que habría hecho un hombre cuidadoso con las representaciones del autor, es la que puede diluirse con el reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia.

De imprescindible lectura: ROXIN, PG, 1013 ss.¹⁰⁵, de una parte; JAKOBS, PG, 385 ss., y STRATENWERTH, PG, 420 ss., de otra¹⁰⁶. **103**

Para CEREZO MIR, PG, II⁶, 160 ss., el cuidado debido es independiente de las capacidades del individuo, y se relaciona con el necesario para una actividad social determinada¹⁰⁷. CEREZO MIR distingue oportunamente entre conocimientos especiales, que pueden ser tenidos en cuenta para determinar el cuidado objetivo debido, y capacidades individuales (superiores o inferiores) en que piensan los defensores de subjetivizar el deber de cuidado. *Ejemplo de CEREZO MIR*, 162 s.: si un cirujano especialmente dotado se limita a aplicar la pericia media, con lo que no salva al paciente a pesar de su capacidad que sí se lo habría permitido, su responsabilidad será por omisión impropia de homicidio¹⁰⁸, con críticas al parecer de STRATENWERTH, JAKOBS y SAMSON, defensores en Alemania de un deber subjetivo de cuidado [164 s.].— Sostiene una concepción según la cual sin prescindir de que el baremo sobre la infracción del deber de cuidado ha de ser uno objetivo, reconoce que puede y debe atenderse a las capacidades individuales del sujeto implicado, MIR PUIG, PG⁷, 293 ss., 295.— RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 537 ss., entiende que la evitabilidad individual del resultado en el momento del hecho, lo que supone conocimientos y capacidades, constituye el tipo subjetivo de imprudencia (como el TS los asigna a la infracción del deber de cuidado), inclusión hecha de los factores extraordinarios que debieron llevar al autor imprudente a dejar de emprender la acción debido a sus limitaciones, en tanto que, según ella, la capacidad de orientar la propia conducta a la debida forma parte de la capacidad de culpabilidad o exigibilidad.— Delimitan muy bien qué pertenece al tipo de injusto y qué al tipo de culpabilidad de la imprudencia, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 608.— Defienden un baremo objetivo de la infracción del deber de cuidado: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 610, con profunda y amplia crítica a la doctrina que quiere subjetivizar el deber de cuidado [615 ss.].— Sobre esta temática *vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 363; SÁINZ CANTERO, PG, III, 66.— Defiende un baremo individual sobre la infracción del deber de cuidado, ZUGALDÍA ESPINAR, ADP, 1984, 327 ss., con profunda y amplia crítica de la doctrina que lo objetiviza. *Vid.* también, ampliamente, CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 42 ss.— LUZÓN PEÑA, PG, I, 500 ss., sostiene que los conocimien- **104**

¹⁰⁵ 1015: se debe generalizar en caso de capacidades inferiores a la media, e individualizar en caso de capacidades superiores. *Vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 144.

¹⁰⁶ *Vid.* al respecto FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 101 ss.

¹⁰⁷ Criterios ulteriores para precisar normativamente el cuidado objetivo: 168 ss.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, ampliamente, siguiéndole, GIL GIL, Revista de Derecho penal (Argentina), 2002-1, 41 ss.

tos subjetivos superiores pueden fundamentar la infracción del deber de cuidado, no así las capacidades no utilizadas¹⁰⁹.

105 La argumentación desde el deber de cuidado hace que a veces se esté tentado de mezclar el delito de comisión imprudente con momentos omisivos que provocan confusión¹¹⁰.

106 En realidad, sin ocultar las dificultades de la imprudencia que, por cierto, como mejor se explican es con la concepción finalista del dolo como representación de un curso causal concreto, del que en el delito imprudente se desconocerían más elementos que en el delito doloso (*vid. supra* VIII 247 ss.), todo lo que la doctrina dominante engloba bajo la etiqueta de infracción del deber de cuidado puede ser una fórmula heurística muy útil de suplir y en ese caso fundamentar la imputación, los eslabones que se desconocieron en la imprudencia, o no, y en ese caso no imputación; cabe incluso cuantificar lo que se desconoce. Pero lo que no puede faltar nunca es la representación de que se está actuando en una situación de la que por experiencia general se derivan peligros para los bienes jurídicos¹¹¹.

107 La diferencia entre el dolo y la imprudencia se basa en el mayor (dolo) o menor (imprudencia) peligro inmediato de resultado actualmente representado por el autor. A su vez, el peligro *no representado* y característico de la imprudencias es cuantificable: Es más grave actuar a ciegas pese a haberse podido conocer sin grandes esfuerzos, por la disponibilidad de medios adecuados, que hacerlo sin tales medios y quizá acuciado por las circunstancias.

108 *Ejemplos de cómo se puede cuantificar lo que faltó por conocer en la imprudencia:* 1. El automovilista, al no ver la señal que limitaba la velocidad a la entrada de una curva, invadió el carril contrario y causó una muerte. 2. Pese a haber visto la señal, no disminuyó suficientemente la velocidad y produjo los efectos anteriores. 3. Los mismos efectos a través de un adelantamiento muy apurado. En el primer caso, hay “menos” imprudencia dado que al conocimiento del límite de velocidad tenía que haberse sumado todavía el dominio del coche en función de la curva, etc., mientras que en el tercero el automovilista disponía ya de (“casi”) todo el conocimiento pre-

¹⁰⁹ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 794.

¹¹⁰ *Vid.* al respecto CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 187 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia, 116 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 479; QUINTANO RIPOLLÉS, Culpa, 268 s., con ejemplos jurisprudenciales que lo ilustran. *Vid.* también LUZÓN PEÑA, PG, I, 500, siguiendo a JAKOBS y a ROXIN; CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 70 ss. *Vid.* ya Armin KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, 2000, 193 ss.

¹¹¹ De ahí que quepa replicar a quienes como HERZBERG y HIRSCH, en Alemania, CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, y FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, en España, reprochan a STRUENSEE que exija siempre conocimiento subjetivo, que como demuestra el apartado de ADP, 1987, dedicado al actuar en una situación abierta [444 ss.], en la imprudencia siempre hay huecos no abarcados por el dolo del autor (¡si no los hubiera el delito sería doloso!).

ciso para evaluar la alta peligrosidad de la maniobra, en tanto que el segundo ocupa una posición intermedia. No se puede, pues, ni es necesario, equiparar todas las imprudencias en cuanto a gravedad, pudiéndose graduar en función de los peligros apreciados y de las dificultades para llegar a conocer los peligros reinantes.

CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, después de distinguir históricamente entre concepciones de la imprudencia de índole naturalística (la imprudencia como defecto intelectual, p. ej.) [44 ss.] y de índole normativa [51 ss.], y dentro de éstas entre las que sitúan su elemento normativo en la culpabilidad o en la antijuricidad, aborda la problemática de su elemento esencial, la norma de cuidado infringida, estudiando cuál es la esencia del cuidado [96 ss.] y cómo se determina objetivamente [102 ss.]. Por lo que se refiere al primer aspecto, entiende CORCOY BIDASOLO que el cuidado debe entenderse únicamente en el sentido del cuidado externo de ENGISCH, con apelación al hombre medio responsable [97], indicándose la forma en que ha de comportarse el sujeto para estimarlo correcto [100], pudiendo consistir en a) actuar de una forma determinada, b) exigir unos conocimientos previos, c) simplemente no actuar, y debe “determinarse en atención a circunstancias concurrentes en el momento y los conocimientos y capacidades del concreto autor” [101]¹¹². Por lo que se refiere al segundo aspecto, determinación del deber objetivo de cuidado, procede CORCOY BIDASOLO a un estudio minucioso encaminado a resaltar lo que tienen en común y lo que diferencia a la norma de cuidado característica de la imprudencia de las normas técnicas que regulan las actividades para prevenir consecuencias no deseadas [119 ss.]¹¹³, llegando a la conclusión de que la infracción de éstas (las normas técnicas) no prejuzga la de la norma de cuidado¹¹⁴. Aborda a continuación CORCOY BIDASOLO la incidencia que en la infracción del deber de cuidado pueden tener los poderes individuales del sujeto en la situación [126 ss.], llegando a la conclusión de que tales poderes individuales superiores, o inferiores, a la media ayudan a precisar la infracción del deber de cuidado, produciéndose por aquí una repercusión, peculiar en el pensamiento de CORCOY BIDASOLO, del cuidado interno en el cuidado externo, que por lo demás no se opone a la necesidad de mantenerlos separados [145 s.]. Íntimamente relacionado con lo anterior se encuentra el hecho de que el deber de cuidado ha de apreciarse en una consideración *ex ante* del caso particular, aspecto por el que vuelve a producirse una interferencia del cuidado interno en el externo: cognoscibilidad individual [146 ss., 153 s.]; abordando a continuación CORCOY BIDASOLO, siguiendo de cerca de ENGISCH, las distintas modalidades de deber objetivo de cuidado, constituidas por: a) omisión de acciones peligrosas; b) actuación prudente

109

¹¹² Vid. también ya MIR PUIG, PG⁷, 292. Se inspiran también en la concepción de la imprudencia de ENGISCH, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 207 ss. Vid. también CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 33 ss.

¹¹³ Sobre la relevancia de las normas reguladoras de actividades para determinar la infracción del cuidado en la imprudencia *vid.* también ROXIN, PG, 1003 s. *Vid.* ya, ampliamente, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 925 ss., 966 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 91 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 794 s.

¹¹⁴ *Vid.* también HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 142 ss., 145 ss.

en situaciones peligrosas; c) cumplimiento de deber de información, con alusión muy práctica a problemas específicos en sectores sensibles como el tráfico viario [166 ss.] y el ámbito laboral [177 ss.]. Finalmente, dentro de este capítulo de la infracción objetiva del cuidado, estudia CORCOY BIDASOLO el peligro a atajar con el cuidado, abordando en primer lugar el problema del concepto de peligro válido al efecto [193 ss.], llegando a la conclusión de que se trata de un concepto normativo de peligro como probabilidad de lesión de un bien jurídico, entendiendo la probabilidad también objetivamente o límite máximo a restringir una vez más con la probabilidad subjetiva entendida como posibilidad de que el sujeto conozca la probabilidad objetiva concurrente [199], con consideraciones posteriores sobre el juicio de peligro y su emisor y sobre los bienes jurídicos en peligro [207 ss.].— A la infracción del deber objetivo de cuidado o tipo objetivo de imprudencia, debe añadirse en el pensamiento de CORCOY BIDASOLO la infracción del deber subjetivo de cuidado o tipo subjetivo (así expresamente) [225 ss.]: El peligro objetivo de concurrencia necesaria para que haya necesidad de prestar un cuidado (objetivo), ha debido ser *cognoscible* para el sujeto. A tal efecto, CORCOY BIDASOLO distingue entre *cognoscibilidad* y *evitabilidad*. La *cognoscibilidad* “se determinará en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad”, como remisión sobre sus contenidos al criterio de la exigibilidad de HENKEL [249 s.], de la que obtiene posteriores pautas sobre el deber subjetivo de cuidado, inclusión hecha de un rechazo a la concepción de STRUENSEE, ya que para CORCOY BIDASOLO, con HENKEL, mientras que el error sobre el tipo de imprudencia la excluye al parecer de STRUENSEE, para ellos no ocurre así necesariamente, como muestra la imprudencia inconsciente. En suma, «en el juicio sobre la cognoscibilidad, con la ayuda del criterio de exigibilidad, lo que se está haciendo es objetivar el desconocimiento, al valorar desde un prisma objetivo-subjetivo (el espectador objetivo en la situación del autor) (*nota bene*)”. Y añade: “En la prueba de la exigibilidad se produce una ponderación de intereses, entre el deber de conocer y prever, y el deber de evitar conductas efectivamente lesivas. Con ello se persigue encontrar el límite al deber de conocer, y de forma mediata el límite al deber objetivo de cuidado y al deber de evitar resultados lesivos (*nota bene*)” [259].— Por lo que se refiere a la evitabilidad, la entiende CORCOY BIDASOLO a la vez como segundo criterio de la infracción subjetiva del deber de cuidado y como criterio de delimitación (positiva) del dolo y la imprudencia. Mientras que la cognoscibilidad determina la imprudencia por debajo, la evitabilidad la determina por arriba y es criterio de distinción entre la imprudencia consciente y el dolo eventual [260 s.]. Así, y tras exponer la discusión doctrinal acerca de la distinción dolo eventual / imprudencia consciente [270 ss.], toma posición (*vid. supra* VIII 225), partiendo no del dolo eventual sino de la imprudencia consciente, a la que define como no querer el resultado pese al conocimiento de la peligrosidad del comportamiento [282 s.]. El autor de la imprudencia consciente yerra sobre sus capacidades de evitación y no podrá estimarse nunca (entonces dolo eventual) cuando confió irracionalmente en la evitación [283]. Luego, por tanto, el error en la imprudencia consciente puede versar bien sobre su capacidad de controlar el riesgo que crea, bien sobre la efectiva peligrosidad de su conducta [284 s.], deter-

minándose su evitabilidad o no con el criterio de la evitabilidad o no *ex ante*, y el segundo con el de exigibilidad. Si cualquier otro en lugar del autor habría estimado evitable el resultado o la no evitación del desconocimiento no era exigible en su caso, no habrá imprudencia y sí en caso contrario [285].— Al injusto imprudente así configurado por CORCOY BIDASOLO debe sumarse la imputación objetiva, con su doble escalón en el pensamiento de la autora (*vid. supra* VIII 199), de la creación de riesgo típico relevante [293 ss.] y su materialización en el resultado [379 ss.].

CORCOY BIDASOLO constituye en la ciencia penal actual una digna representante de la aproximación al problema de la imprudencia desde una perspectiva normativa, que no obstante partir de una concepción objetivista, la pondera con el reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia que, sin desembocar en el subjetivismo (no son las representaciones subjetivas del autor las decisivas), dirige la norma a las capacidades del sujeto medidas, eso sí, con parámetros objetivos del tipo “lo que habría hecho otro en su situación.” La concepción de CORCOY sobre la imprudencia se presta muy bien para contrastar la perspectiva del ordenamiento jurídico, de la que ella parte, con la perspectiva del destinatario del ordenamiento jurídico, desde la que lejos de perderse la otra, se enriquece, al incorporar también la perspectiva del sujeto, sin que, sin embargo, quepa temer nada de lo que teme CORCOY con el reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia que pretende STRUENSEE, perfectamente compatible (*vid. supra* XV 54) con la punición de la imprudencia inconsciente, al tiempo que simplifica la consideración atormentada de CORCOY, en la que en el tipo de imprudencia continuamente se interfieren aspectos objetivos y subjetivos, internos y externos, que a la postre pueden determinar que se deslicen imputaciones por el resultado, lo que sin evitarse del todo con la consideración subjetivista, se palía. Por eso es la imprudencia campo abonado para el efoque lógico-funcional que persigue esta obra.

110

Sobre la infracción del deber de cuidado *vid.* también CÓRDOBA RODA, CDJ, 1993, I, 199 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 884 ss., 888 ss., 895 ss., 912 ss., 918 ss., amplia y profundamente para su época (¡leer!); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 138 ss.

111

e. La relación de antijuricidad

No basta, a su vez, constatar, de un lado, la producción del resultado (corregido con los criterios teleológicos de imputación objetiva) y la realización del comportamiento imprudente, de otro, unidos por la causalidad. Hace falta que el resultado típico sea retrotraíble *directamente* al comportamiento imprudente. En este sentido, se dice que la infracción del deber de cuidado ha debido ser la causa del resultado (*Pflicht- o Rechtswidrigkeitzusammenhang*). *Ejemplo*: No basta que se haya constatado, de un lado, el comportamiento peligroso de conducir a más velocidad de la permitida, y, de otro, la causación de la colisión; pues la norma que prohíbe conducir a más velocidad de la permitida no persigue evitar que se

112

llegue antes al lugar donde se produce la colisión, sino la colisión misma, lo que no es el caso si el otro automovilista no respetó un stop, infracción que sí es la directamente causante de la colisión: la norma que obliga a respetar esa señal quiere prevenir accidentes en tramos ocupados por otros vehículos, también los que circulan a más velocidad de la permitida¹¹⁵.— Como se ve, aunque ahora no se trata de comprobar si el comportamiento es imprudente —más bien se parte de que lo es— sino de si la causación (sin duda existente) del resultado es retrotraíble al comportamiento imprudente (en este sentido se habla de relación de antijuricidad), requisito esencial en los delitos de resultado (también se plantea en el delito doloso de cara a estimar o no la consumación; *vid. supra* VIII 133 ss.), muchos de los criterios antes estudiados como delimitativos de la responsabilidad por imprudencia (ámbito de la norma) vuelven a aparecer aquí (para muchos autores, incluso, el ámbito de protección de la norma es criterio que recorta la imputación del comportamiento ya imprudente), contemplados desde los peligros materializados (desconocidos para el autor) que impedirán el efecto causal del peligro que el autor se representó y desencadenó sin que llegaran a producir sus efectos¹¹⁶. (Se evidencia, así, mejor la falta de alcance de la objeción de HERZBERG a STRUENSEE: Sin representación del peligro que causa el resultado no falta el elemento subjetivo, sino la misma concreción de la norma.)

- 113** Entienden que a través de la relación de antijuricidad en el delito imprudente se plasma la doctrina de la imputación objetiva, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 628 ss.— Sobre la necesidad de que el resultado en la imprudencia sea consecuencia del riesgo que la norma de cuidado quiso prevenir (fin de protección), FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 323 ss., con especial referencia a los casos en que el resultado se ha producido en ámbitos con riesgos permitidos [326 ss.], concurrencia de culpas [328 ss.] y posible papel en su dilucidación del comportamiento alternativo correcto [330 ss.]¹¹⁷; *vid.* también ampliamente CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 379 ss., 423 ss.; JORGE BARREIRO, Imprudencia punible, 63 ss.; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 12, 90; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 164.
- 114** Entre los principios de imputación en este último sentido se encuentran, pues, los siguientes:
- 115** 1) *Principio de la adecuación típica*: Este principio, que está en el origen de la teoría causal del mismo nombre, que permitió alumbrar la doctrina de la impu-

¹¹⁵ *Vid.* las muy atinadas consideraciones de CEREZO MIR, PG, II⁶, 179 ss., al respecto.

¹¹⁶ Las objeciones de FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 122 ss., al pensamiento de WELZEL, que no podría fundamentar desde el finalismo el valor constitutivo del injusto que asigna al resultado en la imprudencia, se diluyen si se tiene en cuenta el doble, y diferente, sentido del resultado como objeto de la norma y como consecuencia de la infracción de la norma (*vid. supra* VIII 120 ss.).

¹¹⁷ *Vid.* también FEIJÓO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, 247 ss.

tación objetiva, constituye un primer criterio de imputación. Sólo el resultado causado por el desencadenamiento del peligro adecuado al recorte que del mismo hace el tipo, es imputable.

Ejemplo: La muerte producida porque el accidentado (por negligencia del otro conductor) ha tenido que ser trasladado en una ambulancia que, a su vez, ha colisionado, no es imputable al primer comportamiento, porque entre los peligros que el homicidio quiere atajar no se encuentra la sobrevenida así, sino sólo la causada directamente por la colisión o derivado de la misma, también directamente (las heridas no han podido ser curadas, p. ej.). **116**

Sobre el criterio de la adecuación (en este aspecto) *vid.* ampliamente CORCOY BIDA-SOLO, Delito imprudente, 423 ss.; HAVA GARCÍA, Imprudencia inconsciente, 136 ss. **117**

2) *Principio de la disminución o retraso del riesgo:* Cuando el comportamiento imprudente ha causado el resultado cuyo peligro la norma quiere prevenir, pero dicho resultado es uno menor o que habría sobrevenido de todas formas antes, de no haberse interpuesto el comportamiento imprudente, no es imputable. **118**

Ejemplos: El automovilista que, por conducir a excesiva velocidad, ha colisionado con otro automóvil, produciéndole a su conductor lesiones, con tan buena fortuna que, además, ha desviado la trayectoria por la que aquél habría discurrido para precipitarse en el vacío a una muerte segura, no le es imputable la lesión, pues con la lesión ha salvado la vida de la víctima.— El padre que lanzó por la ventana a su hijo de corta edad para que no pereciera víctima de las llamas, contando con la posibilidad de su muerte o lesiones, muriendo aquél como consecuencia de los traumatismos unos días después en el hospital, no es responsable de homicidio, pues ha alargado la vida de quien, en otro caso, habría perecido con seguridad y antes. **119**

3) *Principio de la imputación del riesgo primero en materializarse en caso de concurrencia de riesgos:* Este principio, magistralmente desarrollado por JAKOBS, y que posee un claro paralelismo con el principio de interrupción del curso causal de la teoría de la causalidad (*vid. supra* VIII 150), obliga a imputar el resultado a aquel riesgo que ha desencadenado antes la efectiva lesión. Dicha preferencia, téngase muy presente, no remite (en el caso de que ambos cursos riesgosos tengan un origen humano, o, incluso, imprudente), a cuál de ellos se inició primero, sino a cuál de ellos ha producido antes sus efectos, lo que puede hacer el iniciado después¹¹⁸. **120**

Ejemplos de JAKOBS: En un montacargas con el cable deteriorado por no revisarlo, se introduce más carga de la permitida, con lo que el montacargas se desploma. Aquí, aunque tanto lo deteriorado del cable como el exceso de carga han contribuido **121**

¹¹⁸ *Vid.* también CUELLO CONTRERAS, CPCr, 2006, 10 ss.

al accidente, el mismo y sus resultados son imputables a quien causó el deterioro del cable, ya que si el cable no hubiese estado deteriorado (antes) el exceso de carga (posterior) no habría tenido un efecto tan fulminante.— Un tejado extraordinariamente cargado de nieve por la dureza del invierno que, además, no ha sido reparado, acaba viniéndose abajo, sin que la reparación, de haberse producido, hubiese soportado en cualquier caso avalancha tan grande. Resultado imputable al fenómeno natural.

122 4) *Principio de imputación del riesgo en caso de concurrencia de culpas:*

Con criterios de imputación objetiva puede ayudarse a resolver una doctrina que desde hace tiempo ocupa al T.S. en materia de concurrencia de culpas, también llamada —por la forma de resolverla— “compensación de culpas”, según la cual cuando ambas partes han actuado imprudentemente y se han producido daños, entonces se compensarán entre sí. *Ejemplo:* Dos automovilistas se obstaculizan mutuamente en un trecho del recorrido. Al final acaban colisionando.— El problema se resuelve mejor con criterios de imputación objetiva, dado que ambos han aumentado el riesgo de la colisión sin que ésta, al fin, se pueda retrotraer nítidamente a uno de los actuantes que intervinieron, y sí a los dos (obsérvese el paralelismo con la causalidad acumulada; *vid. supra* VIII 151).

123 TORÍO LÓPEZ, EPM-Fernández Albor, 709 ss., después de exponer la evolución de la compensación de culpas en la jurisprudencia del TS [710 ss.] y en la doctrina españolas [712 s.], ambas muy divididas, resalta que su principal problema es el de su significado dogmático [713], que él va a ubicar en el ámbito de la previsibilidad objetiva [714], citando los grandes precedentes de BINDING y CARRARA [714 ss.], y conectando su problemática con la muy actual de la victimodogmática [716 s.], y, más concretamente, no en el ámbito de la culpabilidad, ni en el de la causalidad, ni en el de la antijuricidad, sino en el de la imputación objetiva [718 ss., 720].

124 JOSHI JUBERT, ADP, XLII, 1989-II, 731 ss., tras pasar revista a la evolución jurisprudencial [732 ss.] y doctrinal [736 ss.] de la materia, niega que la cuestión tenga algo que ver con la participación (tesis parcial de LUZÓN PEÑA) y sí con la imputación objetiva, en parte, y con el propio injusto de imprudencia, con la particularidad de que en algunos casos incluso puede ser una cuestión de mera gravedad de la pena [740]. Para ilustrarlo, la autora construye tres supuestos: 1) Si autor y víctima crean sendos riesgos que desembocaron en el resultado, y el resultado también se habría producido de haber actuado la víctima correctamente, entonces la concurrencia de culpas actúa sólo como atenuante [741 s.]; 2) Si la concurrencia de la autopuesta en peligro de la víctima aumentó el riesgo del resultado (caso de la STS comentada: el conductor conduce muy rápidamente y el peatón cruzó con el semáforo en rojo), lo correcto es atenuar la pena, pero a diferencia del caso anterior, ello es así porque aquí el injusto del autor es menor [742 s.]; 3) El riesgo creado por el autor no desemboca en el resultado, lo que hace el creado por la propia víctima: el resultado no es imputable [742].

SERRANO MAÍLLO, Compensación, ha tenido la feliz idea de estudiar minuciosamente el arduo y largo problema de la compensación de culpas en nuestro derecho y su traducción a categorías dogmáticas actuales. Para ello, lo primero que ha hecho ha sido abordar la evolución jurisprudencial, ya que ése es el origen de la compensación de culpas, no el derecho legislado, y va desde un primer momento en que el TS se negó a admitirla hasta su admisión como forma de degradar la gravedad de la imprudencia, todo ello en un contexto de continua confusión entre el problema causal y el de la culpabilidad [53 ss., 59 s., 60 ss., 80 ss., 98 ss.: conclusiones].— A continuación procede SERRANO MAÍLLO a criticar el sistema seguido por el TS, sosteniendo la tesis, su tesis, de que el problema no se resuelve escamoteándolo, como hace el TS, negando la compensación de culpas formalmente y teniéndola en cuenta de hecho, degradando la culpa a falta, negando unas veces la causalidad y psicologizándola otras, lo que no propicia una solución segura, sino como él dice separando la cuestión de la causalidad y la infracción del deber de cuidado, tipicidad, en cuyo ámbito ilustrar el problema tradicional de la compensación de culpas a la luz de conceptos recientes como el de imputación objetiva, para comprobar si concurriendo todos esos elementos, como él cree que ocurre en el problema estudiado, resolver en el ámbito de la determinación de la pena (mejor que en el de la imputación objetiva, por lo frecuente que es la concurrencia de culpa de la víctima o terceros) el problema planteado [101 ss., 122 ss., 146, 149 ss.: derecho comparado].

125

En PJ, 3ª época, 46, 273 ss., ROSO CAÑADILLAS comenta una STS que había degradado la imputación a título de imprudencia de temeraria a simple en la conducta de un camionero que por no mantener la distancia de seguridad colisionó con el coche que le precedía al llegar a un cruce, porque con anterioridad había sido adelantado por ese coche a velocidad excesiva y de forma apurada hasta el punto de que el camionero para evitar la colisión, si hubiese sido cuidadoso, habría debido frenar bruscamente. Frente a la doctrina que considera la compensación de culpas como una forma de reducir la gravedad de la infracción del cuidado y a la que lo considera un problema de imputación objetiva, la autora, en la línea de lo sustentado en su monografía sobre autoría y participación imprudente (*vid. infra* XV 161 ss.) y de lo sustentado por su maestro LUZÓN PEÑA¹¹⁹, sostiene que el problema es a la vez de autoría y participación en la imprudencia, primer aspecto de la cuestión a dilucidar, y de imputación objetiva, constatado ya antes el título de imputación como autor o partícipe; y que, además, la cuestión no altera el injusto de la imprudencia presente con o sin culpa a compensar, por lo que no comparte la vía del TS, de degradar la imprudencia, sino a su punición, para lo que acude, con LUZÓN PEÑA, a aplicar una atenuante analógica por el menor disvalor-acción y –resultado del comportamiento imprudente cuya alternativa (la correcta) se vio constreñida por la conducta de tercero (casi siempre la propia víctima).

126

¹¹⁹ Su concepción sobre la compensación de culpas la comenzó a elaborar definitivamente LUZÓN PEÑA en *Circulación*, 75 ss., y la ha presentado cerrada en PG, I, 526 ss. (¡leer!).

- 127** RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 798, construye tres supuestos distintos de concurrencia de culpa en la conducta de un sujeto: 1) Que la concurrencia de culpa de un tercero o la propia víctima convierta a a éstos en autores, en cuyo caso aquél es mero favorecedor imprudente impune; 2) Que la concurrencia de culpa de tercero o víctima excluya la imputación objetiva (el niño saltó a la calzada inopinadamente) = impunidad; 3) Que no excluida ni la autoría ni la imputación objetiva, disminuya la gravedad de la imprudencia inicial del sujeto = degradación de la imprudencia.
- 128** *Vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 184 s.; CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 345 ss. (ámpliamente); CALDERÓN CEREZO, CDJ, 1993, I, 53 ss.; LÓPEZ SAN NARCISO, CDJ, 1993, I, 440 ss.; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 12, 90 s.; PUIG PEÑA, PG, I, 275 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 480; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 453 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 1088 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 295; Culpa, 320 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 72 s.; ANTÓN ONECA, PG, 254 s.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 142, ubica el problema en la imputación objetiva (tipo) y sólo dentro de él (tipo de imprudencia grave/leve) en la determinación de la pena.
- 129** La compensación de culpas es un caso claro de imputación objetiva, no de injusto ni de determinación de la pena. Para ser más exactos, se trata de un problema que permite precisar el grado, mayor o menor, de imputación objetiva como criterio axiológico. Para ello cabe acudir a su vez a diversos criterios, ya conocidos por lo demás, que permiten proceder a la graduación deseada. Así: 1) La existencia de un riesgo próximo al primero en materializarse, que es el que se imputa, en los casos estudiados por JAKOBS, de *riesgos hipercondicionados*, disminuye atenuándola la gravedad del mismo; 2) En aquellos casos en que se planteó pero se descartó la *prohibición de regreso*, la gravedad del riesgo no dejado de imputar se atenúa por la presencia de otro riesgo posterior que también condicionó el resultado; 3) Cuando hubo una representación muy alta de probabilidad del resultado en que *consintió la víctima* sin que se llegue a descartar su relevancia, aunque casi se alcanzó, estará justificada la disminución de la gravedad del riesgo imputado al tercero que lo causó. La razón por la cual se trata de una cuestión de imputación objetiva y no de injusto ni de mera individualización de la pena estriba en la importancia que el problema tiene por ir referida a los riesgos que se quieren prevenir en derecho penal, que es el aspecto más importante de la intervención penal, justificándose pues su importancia por las mismas razones que permiten establecer una distinción entre tentativa y consumación que no puede reducirse a una cuestión de determinación de la pena, aunque a la postre también repercute allí.
- 130** 5) *¿Principio del comportamiento alternativo correcto?*: La conclusión a que llega una doctrina a través del criterio del comportamiento alternativo correcto, según la cual cuando el mismo resultado se habría producido de haberse comportado el autor correctamente (*ejemplo*: el enfermo intervenido que después murió, no fue sometido a un examen previo; de haberse producido éste, aun así, no

habría sido detectada la circunstancia –rechazo a la anestesia– que ocasionó la muerte) es correcto; no, en cambio, su fundamentación.

El único comportamiento alternativo correcto frente al que realmente tuvo lugar, nunca puede ser uno que igualmente habría producido el resultado, sino haber omitido el que ocasionó el resultado. Los casos que la doctrina dominante quiere resolver con este criterio se resuelven mejor y son manifestación de que también en la imprudencia hay que comprobar cuál fue el riesgo que se representó el autor (tipo subjetivo) y si fue éste el que causó el resultado, pero no el que, no habiéndoselo representando el autor, causó realmente el resultado (cuya norma, por tanto, no se ha actualizado). **131**

En el ejemplo: El autor se representó los riesgos que habría detectado el examen previo exigido, pero no los que éste nunca pudo detectar, y que habrían requerido (de ser ello posible y exigible por otra norma) otros exámenes.– *Otro ejemplo:* El automovilista que ha adelantado rozando a otro coche, se ha representado los riesgos de la colisión, pero no los derivados del infarto por el susto. Si hubiese conocido la enfermedad de la víctima, esto es, si se hubiese representado las circunstancias que fundamentan otra norma de prudencia, sí materializada en el resultado, el resultado se habría imputado. **132**

Sobre el comportamiento alternativo correcto, ampliamente, con su casuística, FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 127 ss., llegando a la conclusión de que como criterio o es peligroso, no ayuda a perfilar la imprudencia, o se diluye en lo inocuo, o resulta amparado en el riesgo permitido, que fue el resultado cuya imputación se cuestiona: 144 s. *Vid.* también CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 451 ss. **133**

6) *¿Principio del aumento del riesgo?*: Los casos en que no ha quedado demostrado que el resultado puede retrotraerse al riesgo desencadenado por el comportamiento imprudente del autor, no pueden resolverse, en contra del parecer de ROXIN, auspiciador de la teoría del aumento del riesgo, imputándolo al riesgo que, no demostrada su realización en el resultado, puede estimarse que contribuyó poderosamente a hacerlo. En contra de PUPPE y ZIELINSKI, que han aportado nuevos argumentos a la teoría de ROXIN (*vid.* ZIELINSKI, AK, I, com. § 15, 16, núm. marginal 119 ss.): no se trata de demostrar la causalidad del riesgo sino la causalidad (en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones) más la no exclusión del efecto del riesgo que la norma quiere prohibir (*ejemplo:* el camión que arremetió por detrás al ciclista embriagado, dudándose si la distancia de adelantamiento correcta habría sido suficiente para evitar el atropello de haber estado sobrio el ciclista); se trata de comprobar, a efectos de imputación (*ex post*), que el riesgo fue la concreta causa del resultado (JAKOBS).– A su vez, el rechazo de esta teoría se explica, mejor que con la **134**

hipótesis del comportamiento alternativo correcto, con el argumento del tipo de imprudencia y el elemento subjetivo a él referido¹²⁰.

- 135** *En el ejemplo:* Adelantar a 1,5 m. de distancia es el comportamiento correcto en ausencia de mayores conocimientos. La exclusión del tipo de imprudencia en el caso del ciclista embriagado no se basa en que tampoco es seguro que el comportamiento correcto (cuando se desconoce el estado del ciclista) habría evitado el atropello, sino en el desconocimiento del camionero del estado del ciclista, que, de saberlo, había debido evitar adelantar (= seguridad de no atropellarlo).
- 136** Una concepción peculiar sobre la relevancia del comportamiento alternativo correcto como cláusula de exclusión de la relación de antijuricidad en la imprudencia, y, en relación con ello, sobre la doctrina del aumento del riesgo como criterio de imputación, es la de MIR PUIG, PG⁷, 299 ss. Para MIR PUIG, sólo excluye la imputación en la imprudencia el comportamiento alternativo correcto que habría producido también el resultado de forma *exactamente* igual, lo que ocurre sólo en el caso del farmacéutico y en el del pelo de cabra, pero no en el de la novocaína y el del ciclista, si se demostró que la cocaína habría producido la muerte de una forma y la novocaína igualmente pero de otra (unido a la enfermedad cardiaca del paciente), o simplemente es difícil saber que habría ocurrido si el ciclista no hubiese estado embriagado. Ello es así porque MIR PUIG entiende la fórmula del comportamiento correcto como fórmula de exclusión de la causalidad. Por eso, los casos que con la fórmula no se pueden excluir de la causalidad, han de resolverse con la imputación objetiva, donde, corrigiendo a ROXIN, entiende que el aumento del riesgo no debe conformarse con lo comprobado *ex post* y con una consideración estadística, sino que ha de incluir una “razonable seguridad” de que con el comportamiento alternativo correcto lo habría evitado, lo que obliga a excluir la responsabilidad por imprudencia en casos como el de la desinfección del instrumental quirúrgico, si se puede comprobar que la desinfección habría disminuido, pero no excluido con seguridad, el riesgo de infección, lamentando la laguna que crea el “in dubio pro reo”.— MIR PUIG, por tanto, descarta la doctrina del aumento el riesgo.
- 137** A la postre a favor de la doctrina del incremento del riesgo, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 630.
- 138** Tratan de limar diferencias entre la doctrina dominante de la causalidad del riesgo y del aumento del riesgo, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 174 s.
- 139** Sobre el criterio del incremento del riesgo como principio de imputación, ampliamente, rechazándolo, FEIJÓO, Resultado lesivo e imprudencia, 162 ss.; CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 497 ss. *Vid.* también, en contra de su reconocimiento, CEREZO MIR, PG, II⁶, 181 s.

¹²⁰ *Vid.* al respecto STRUENSEE, CPCr, 1991, 450 s., 456 s.

7) *La tesis de GIMBERNAT ORDEIG sobre la imputación del resultado en el delito imprudente y la indemostrabilidad de la causalidad*: La tesis de GIMBERNAT ORDEIG sobre la causalidad en la imprudencia se basa en que la presencia de una parte del curso causal amparado por el riesgo permitido impide concluir que el resultado fue causado por la parte no amparada en ese riesgo permitido, por lo que para evitar que siempre hubiera que dejar de imputar en la imprudencia (*ex definitione*), se conforma con que haya sido el curso causal en el que ha estado presente una parte cubierta por el riesgo permitido y otra no, al que llama *haz de peligro*, el que ha causado el resultado, para estimar la causalidad y la imputación. Para ejemplificarlo, acude GIMBERNAT ORDEIG a los casos siguientes: Los médicos que hicieron una transfusión de sangre contaminada con el virus VIH, puesto que no hicieron la prueba de sangre pertinente previamente, responden por imprudencia aun en el caso de saberse que si la hubieran hecho no es seguro que la enfermedad del sida no hubiese sido contagiada por la sangre contaminada, ya que estas pruebas, si se realizan antes de ochenta días tras el contagio, no permiten constatar la presencia del virus (“período ventana”), con lo que no puede saberse si el efecto contagio con el que los médicos habrían contado habría sido el normal de cualquier transfusión o uno especial, el del VIH, como consecuencia de no haberse sabido debido al período ventana [32 s.]. De la misma manera que la venta de un producto que puede ser letal sin el correspondiente etiquetado, como consecuencia de lo cual murió quien lo adquirió, determina la responsabilidad por imprudencia del farmacéutico que lo vendió, a pesar de no saberse si el comprador, de haber existido el etiquetado, lo habría leído o no, por no saber leer, tener poca vista, o tener ese día las gafas rotas, haberlo consumido no obstante por amor al riesgo, etc. En palabras de GIMBERNAT ORDEIG: “Dentro del marco de los delitos imprudentes de *acción*, cuando un comportamiento activo convierte al riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado *con toda seguridad* por el foco de peligro ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, *igualmente con toda seguridad*, a la correspondiente acción negligente; en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción viene caracterizado por que el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el “punto crítico” de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor” [34 s.]¹²¹.— Vid. las consideraciones críticas a este planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG *supra* XV 65 ss.

Proporcionan también criterios de imputación a la relación de antijuricidad en la imprudencia: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 165 ss. **141**

¹²¹ Vid. también ADP, XLVII-III, 1999, 29 ss.

B. Tipo subjetivo

- 142** La gran aportación de Eberhard STRUENSEE a la dogmática de la imprudencia, y a través de ella a la teoría del delito, desde el finalismo, ha consistido en descubrir un elemento subjetivo en el tipo de delito imprudente llamado a cumplir, en el delito imprudente, la misma función que cumple el elemento subjetivo en el delito doloso, la función de garantía de que la responsabilidad penal sólo va a recaer sobre el comportamiento consciente del sujeto, es decir, sobre lo que se representó cuando causó el resultado lesivo para el bien jurídico, y no sobre lo que debió representarse para evitarlo, que, obviamente, ofrece más peligros de que los tribunales extiendan la responsabilidad más allá de la capacidad fáctica de evitación del sujeto de la imputación, lo que choca con el principio de culpabilidad.
- 143** Para STRUENSEE, el tipo subjetivo de imprudencia lo proporciona la representación de las circunstancias fácticas de las que el legislador (tácitamente) extrae la valoración de peligrosa para el bien jurídico, ya que la realización de ese síndrome de riesgos va acompañada, por experiencia general, frecuentemente, de la producción del resultado lesivo para el bien jurídico, a poco que a la acción peligrosa que el autor se representa y quiere realizar se sumen otras circunstancias no previstas ni deseadas, pero tampoco descartadas por el autor.
- 144** *Ejemplo:* Adelantar en una curva sin visibilidad, colisionando con el automóvil que circula correctamente en dirección contraria ocasionando la muerte del conductor, es un claro supuesto de homicidio imprudente porque aunque el primer conductor no se ha representado ni querido la presencia del otro automóvil ni la muerte de su conductor, sí se ha representado que adelantar en una curva sin visibilidad, lo que él se ha representado y querido, es sumamente peligroso, y por eso se prohíbe bajo amenaza de pena, como imprudencia.
- 145** Como evidencia la investigación de STRUENSEE, esta estructura tan simple del elemento subjetivo de la imprudencia no se vio nunca clara, ni siquiera entre los finalistas, porque tal elemento subjetivo siempre se entendió que habría de ir referido al resultado lesión del bien jurídico, y no, lo que la investigación de STRUENSEE ha evidenciado también incluso para el delito doloso, a las circunstancias que constituyen un resultado intermedio, de peligro, que permite colegir una alta probabilidad de que sobrevenga la efectiva lesión (y la lesión sobreviene).
- 146** En un interesante comentario a la STS de 20 de febrero 1993, en la que se resolvió un problema de muerte por dosis de heroína de excesiva pureza, CORCOY BIDA-SOLO, ADP, 1996, 289 ss., ha descartado acertadamente la responsabilidad de quien suministró la droga en malas condiciones, circunstancia ignorada por el comprador y

el vendedor, por dolo, incluido el eventual [301 ss.], la responsabilidad por imprudencia, tal como concluyó la sentencia de instancia, para lo cual CORCOY BIDASOLO en su argumentación trae muy bien a colación su propia concepción de la imprudencia a la que reconoce un elemento subjetivo (*vid. supra* XV 29), referido ahora a un riesgo para la vida superior al característico del consumo de drogas (que “sólo” a la larga mata) [309 ss.]¹²², la exclusión de responsabilidad del vendedor por consentimiento de la víctima-comprador y/o autopuesta en peligro, argumentando también muy oportunamente sobre la necesidad del conocimiento del peligro corrido para que estos institutos tengan efectos excluyentes de la responsabilidad de tercero [315 as.] y la presencia de una concurrencia de culpas comprador/vendedor que permitió al TS, que así calificó, degradar la imprudencia del vendedor a mera falta [319 ss.], llegando a la conclusión de que la conducta fue penalmente irrelevante porque no puede exigírsele a quien es mero intermediario en el tráfico ilegal de drogas que prevea el estado de la sustancia ni apreció hecho alguno indiciario de la especial nocividad de la droga [321 s.]— Sobre la necesidad de tener en cuenta los conocimientos subjetivos del autor para establecer la responsabilidad por dolo e imprudencia, en contra del parecer de JAKOBS, atinadamente MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 326.— Ve innecesario reconocer un tipo subjetivo de imprudencia porque a la postre su ausencia puede ser suplida por un “haber debido conocer”, ROXIN, PG, 1023. En el mismo sentido STRATENWERTH, PG, 418; LUZÓN PEÑA, PG, I, 498; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 795 s.— Contrarios a reconocer un tipo subjetivo de imprudencia al estilo de STRUENSEE, pero favorables a construirlo en base a la cognoscibilidad general e individual (todo el mundo sabe de la peligrosidad de ciertas acciones), y contrarios también a la concepción de HERZBERG (objetiva) y JAKOBS (subjetiva), MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 377 ss. (sobre la responsabilidad individual: 183 ss. ¡leer!), sumamente confusos y de manera semejante a BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (*vid. supra* XV 20).

C. Antijuricidad. La justificación del comportamiento imprudente

Justificación del comportamiento imprudente no es justificación de los efectos imprudentemente causados como consecuencia de una acción dolosa justificada (*vid. supra* X 130 ss.). Justificación del comportamiento imprudente, a cuyos efectos, por cierto, es sumamente útil el reconocimiento de un elemento subjetivo de imprudencia, es autorización a llevar a cabo una conducta muy peligrosa para el bien jurídico, y por lo tanto, que realiza el tipo de imprudencia correspondiente, para salvar un bien jurídico que, de no llevarse a cabo ese comportamiento imprudente, con seguridad o muy probablemente se habría visto lesionado.

Ejemplo: Un automovilista, que circula correctamente, se encuentra con un coche detenido en la calzada, con lo que, para evitar la colisión, y el consiguiente daño para

147

148

¹²² *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 293.

la vida e integridad de sus ocupantes, y propias, invade el carril contrario, con el elevado riesgo de colisionar con otro automóvil que circula correctamente: justificación del comportamiento imprudente en nombre del estado de necesidad.

149 Un sector de la doctrina diría quizá aquí que no es necesario construir una justificación del comportamiento imprudente dado que en una constelación como la del ejemplo anterior no puede hablarse de infracción del deber de cuidado constitutivo del tipo de imprudencia, ni, por lo tanto, de comportamiento imprudente.— El principal inconveniente de este planteamiento, obsérvese el paralelismo con la doctrina de los elementos negativos del tipo en el delito doloso, es que no permite matizar la razón y los límites de la exclusión de responsabilidad en uno y otro caso. No es lo mismo que un automovilista que ha atropellado a un peatón no responda porque lo hizo a través del riesgo permitido que generalmente acompaña a todo acto de conducir un automóvil, o no responda porque lo hizo como consecuencia de un riesgo elevado que, no obstante, para tratar de atajar otro mayor, el derecho autorizó a correr.— De nuevo, pues, otra manifestación, muy positiva, derivada del reconocimiento de un elemento subjetivo del tipo de imprudencia: posibilitar el reconocimiento de un tipo de justificación del comportamiento imprudente, que como sabemos por la justificación del comportamiento doloso, requiere que se actúe con conciencia de que se lleva a cabo un comportamiento delictivo (elemento subjetivo de imprudencia), imprudente, en este caso, para salvar un bien jurídico mayor (elemento subjetivo de justificación) (*vid. supra* X 43).

150 En Delito imprudente, 289 ss., 321 ss., SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO ha demostrado convincentemente que la justificación del delito imprudente presenta la misma congruencia que en el delito doloso: presencia de un elemento objetivo de justificación y de su correspondiente elemento subjetivo, referido, como el tipo objetivo, a hacer correr al bien jurídico de necesario “sacrificio” un peligro de lesión que desembocará en el resultado o no, llamado justificación del comportamiento imprudente en el primer caso. Sobre la conveniencia de seguir profundizando en la estructura de la justificación del comportamiento imprudente insistí en mi prólogo al libro de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [28 ss.].

151 Sobre la justificación del comportamiento imprudente, *vid.* también HIRSCH, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 226 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 633 ss.; ROXIN, PG, 1031 ss.; STRATENWERTH, PG, 426 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 1033, inclusión hecha de su modalidad incompleta; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 188 ss., ampliamente y con consideraciones de ponderación de intereses que pueden llevar al reconocimiento de causas de justificación supralegales en el ámbito de la imprudencia (¡leer!); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 623 ss.; WELZEL, PG, 165; MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 815 s.

D. Culpabilidad

a. *Error sobre el tipo y error de prohibición en el delito imprudente*

a'. Error sobre el tipo en el delito imprudente

Todo delito imprudente contiene un error sobre el tipo de un delito doloso, como evidencia la redacción legal del art. 14. 1, del que ya se criticó (*vid. supra* VIII 279), por los equívocos a que se presta, tildarlo de “evitable” para que fundamente una eventual responsabilidad por delito imprudente. El error sobre el tipo del delito doloso, por mucha responsabilidad de parte del autor que haya en su gestación (*ejemplo*: por muy descuidada que fuese la conducción del automovilista que causó el accidente mortal, está excluido el dolo), excluye la responsabilidad por delito doloso. En este sentido, pues, se decía que el error sobre el tipo, a diferencia del error de prohibición, existe o no existe, excluyendo la imputación al título que se cuestiona si se dio aquél. Aplicado al delito imprudente, el error sobre el tipo del delito imprudente excluye la responsabilidad por delito imprudente y, por tanto, dado que no existe otro eventual tipo de imputación penal, la responsabilidad penal. *Ejemplo*: El automovilista que no se ha representado la situación de peligro que está creando no está actuando imprudentemente, siendo su comportamiento penalmente irrelevante, por atípico.— No existe, en contra de lo que decía SILVELA, y todavía se ven tentados de reconocer muchos, una especie de deber de ser diligente, que permita imputar efectos derivados de ese incumplimiento genérico. **152**

Sobre la punibilidad como imprudencia del error vencible sólo en el caso de que se contemple tipificada la imprudencia *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 101, y que el error vencible encierre una imprudencia grave:102; sobre las dificultades de la teoría restringida de la culpabilidad con el sistema de *numerus clausus* (posibles lagunas de punición): 103 ss. (al respecto *supra* XI 246). **153**

b'. Error de prohibición en el delito imprudente

También en el ámbito de la responsabilidad por delito imprudente es posible un error de prohibición. Es más, como ya se anticipó al abordar el estudio del error de prohibición en el delito doloso, el delito imprudente es terreno abonado para los errores de prohibición, que, por cierto, en el delito imprudente presentan la misma estructura que en el delito doloso; fundamentalmente: que han de resolverse con el importante criterio de la evitabilidad o inevitabilidad del mismo, aunque precisamente debido a la “función de llamada del tipo”, mayor en el comportamiento doloso que en el imprudente, ese único criterio de la evitabilidad debe ser aplicado con menos rigor en el delito imprudente que en el doloso. *Ejemplo*: De quien sabe va a causar una muerte: el autor cree estar actuando en **154**

legítima defensa, debe exigirse más, considerándose su error más fácilmente evitable, que de quien ha creado el peligro de causar una muerte y la causó, respecto a quien antes debe estimarse la inevitabilidad: el automovilista dudó del límite de velocidad que vulneró por llegar pronto a una cita importante de negocio.

- 155** Sobre el error en la imprudencia *vid.* también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Delito imprudente, 343 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 638 ss. (con especial referencia a la responsabilidad por asunción: 639 ss.); FEIJÓO SÁNCHEZ, CPCr, 62, 343 ss., con consideraciones dignas de discutirse, lo que desgraciadamente no podemos hacer aquí; STRATENWERTH, PG, 431.

b. Inexigibilidad

- 156** El menor rigor a la hora de determinar la inevitabilidad del error de prohibición en el delito imprudente es una manifestación específica del principio general de inexigibilidad que, como idea regulativa, adopta el principio de culpabilidad o evitabilidad de la lesión del derecho a la fragilidad humana, especialmente puesta a prueba en situaciones difíciles en las que exigir la fidelidad al derecho conocido, capacidad de culpabilidad, puede ser excesivo, sobre todo si se compara con otras situaciones en las que la fidelidad al derecho que no tuvo lugar fue mucho más fácil.— Como ya se anticipó (*vid. supra* XI 309 ss.), la idea de exigibilidad, que, entre otras cosas por su ambigüedad, debe administrarse en derecho penal con cautela, sin dejar de ser aplicable en casos estereotipados al delito doloso (*vid. supra* XI 321), ofrece mayores posibilidades de aplicación generosa en el delito imprudente, en el que, al igual que en la omisión (*vid. infra*), está llamado a ser tenido frecuentemente en cuenta.

- 157** *Ejemplo:* El conductor de un autobús cuya familia se encuentra en graves dificultades económicas conduce más horas de la cuenta, produciendo un accidente (dudoso).

- 158** Sobre la inexigibilidad en la imprudencia *vid.* también ROXIN, PG, 1040 s. (sobre la incapacidad de culpabilidad en la imprudencia: 1037 ss.); STRATENWERTH, PG, 431 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 625 ss.

E. Formas imperfectas de ejecución

- 159** El reconocimiento de un elemento subjetivo en el delito imprudente facilita la intelección de que también en él es pensable, técnicamente, lo que no quiere decir que punible, la tentativa¹²³. *Ejemplo:* El conductor descuidado que ha ade-

¹²³ CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 190, 220, expresaba muy bien esto, siguiendo a MAURACH, diciendo que si bien es inimaginable una tentativa culposa, sí lo es la tentativa de un hecho punible culposo. *Vid.* también MEZGER, PG, II, 197; WELZEL, PG, 223 s.; JAKOBS, PG, 868 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1163. Niegan la posibilidad de la tentativa en el delito culposo, CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 600; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 1065; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EPR-Ruiz Antón, 843

lantado en una curva sin visibilidad y, por la pericia del otro conductor, cuyo carril se ha visto invadido, se evita la colisión, ha realizado plenamente el tipo de imprudencia, incluida la acción final de adelantar, excepción hecha del resultado; luego: tentativa acabada.— Como en su momento se vio (*vid. supra* XV 70), el hecho de que siempre se haya entendido que la imprudencia es un delito de resultado, sin el que no es punible, ha sido determinante del auge de los delitos de peligro, más exactamente de los delitos de peligro concreto.

La razón por la cual la imprudencia no seguida de resultado nunca haya sido punible, y lo que aconseja que siga siéndolo, estriba en que no hay tanta necesidad de prevenir como en el delito doloso los actos previos a la efectiva lesión, sobre todo los más remotos, dado que el autor no es consciente de la gravedad de su actuar¹²⁴.— Con la nueva técnica de tipificación de la imprudencia en el CP 1995 (*vid. infra* XV 181), la impunidad de la tentativa de imprudencia puede fundamentarse en el art. 12, ya que la punición de la tentativa, en el delito doloso y en el imprudente, siempre constituye una ampliación de lo punible, el delito consumado, que necesita una habilitación expresa del legislador, lo que no ocurre con la tentativa de imprudencia¹²⁵.

160

F. Autoría y participación

Otra de las cuestiones iluminadas por el descubrimiento de un tipo subjetivo de imprudencia, que además está siendo objeto de especial atención por la doctrina debido a que el nuevo régimen de la imprudencia (*vid. infra* XV 181 ss.) es, para algunos, más ambiguo al respecto que el anterior, es el de la posibilidad técnica de que en el delito imprudente aparezcan las formas de la coautoría y la participación.

161

Lo primero que deber decirse es que, en efecto, nada se opone a que, respecto a la conducta principal de imprudencia, la acción final peligrosa, aparezcan tanto

162

¹²⁴ *Vid.* los interesantes argumentos que ya esgrimió FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, 126, 128, sobre el hecho de que, cabiendo la tentativa en la imprudencia (siguiendo a CÓRDOBA RODA), lo remoto del peligro y la falta de tipificación expresa de la imprudencia (sustituida por los delitos de peligro) desaconsejan su punición. En contra también de la punición de la tentativa de imprudencia, argumentando desde la seguridad jurídica que proporciona el resultado en esta modalidad delictiva, MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito*, 219 ss., en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 716 ss. *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 391; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 799.

¹²⁵ Sobre la impunidad (que no imposibilidad) de la tentativa de imprudencia *vid.* ya las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 3 y 4, 148 s. *Vid.* también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 15-16, 99 (y en: VIVES ANTÓN [coord.], CCP, I, com. art. 12, 90) *Vid.* también BACIGALUPO, PG², 250 (= BACIGALUPO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, com. art. 12, 90). Muy amplia y certeramente ya JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, 903 ss., 917 ss.; sobre los delitos cualificados por el resultado: 920 s.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 442 (extendiendo la impunidad a la tentativa del delito preterintencional).

el autor único (y mediato)¹²⁶ individual, como los coautores¹²⁷, el cómplice y el inductor¹²⁸.

¹²⁶ En contra de la posibilidad de la autoría mediata y la coautoría en el delito imprudente, expresamente, CEREZO MIR, PG, III, 218, 226; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EPM-Ruiz Antón, 843. Escéptico sobre participación en el delito imprudente más allá de la autoría individual, JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), CPC, com. art. 14, 119 s. A favor de la autoría mediata en el delito imprudente, con fundamentación distinta según que la imprudencia sea consciente o inconsciente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 321 ss., 339. *Vid.* también sobre la autoría mediata en el delito imprudente, FEIJÓO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, 109 ss. A favor de su punición: MIR PUIG, PG⁷, 399; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 751.

¹²⁷ Sobre el reconocimiento de la coautoría imprudente en la jurisprudencia del TS, *vid.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIUDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 27, 925; MIR PUIG, PG⁷, 395; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 753.

¹²⁸ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Coautor, 207 ss., realiza una excelente y convincente exposición acerca de que en el delito imprudente cabe concebir un acuerdo común referido a las acciones peligrosas constitutivas de la imprudencia [224] que si va acompañado de la realización de esas acciones peligrosas individualmente, por cada uno de ellos, pueda fundamentar la coautoría del delito imprudente. Admite la posibilidad de la participación en el delito imprudente, pero niega su punibilidad, que exige disvalor-resultado (propio), CEREZO MIR, PG, III, 234, como asimismo niega la participación dolosa en el delito imprudente (para él autoría mediata) [235], como la participación por imprudencia en delito doloso [236]. Admite la inducción y la complicidad dolosas en el delito imprudente, pero no la complicidad imprudente (sí la inducción) en el delito imprudente, MIR PUIG, PG⁷, 399, 408, 412. A favor de la participación en los delitos imprudentes y en contra de la participación imprudente: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 756. A favor de la participación imprudente en el delito imprudente y en contra de la participación imprudente en el delito doloso, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 525. En contra de la participación imprudente en hecho doloso e imprudente y a favor de la participación dolosa en hecho imprudente (reconociendo su cambio de opinión), OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EPR-Ruiz Antón, 856 s. En contra de la participación por imprudencia y la participación en el delito imprudente, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 507 (sobre la participación en los delitos cualificados por el resultado: 510), incluida la coautoría: 539. *Vid.* ya las muy atinadas consideraciones de ANTÓN ONECA, Derecho penal, 461 s., en la materia, que, sobre la base de ver posible la codelinuencia en la imprudencia (voluntariedad), niega tanto la participación dolosa en el delito imprudente como la participación imprudente en el delito doloso. En contra de la participación por imprudencia, PÉREZ ALONSO, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 758. En contra de la participación imprudente en el delito doloso y de la participación en la imprudencia, PUIG PEÑA, PG, II, 308, 312. Admite la participación en el delito imprudente, RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 819. Niega la participación en el delito imprudente y la participación dolosa en el delito imprudente, CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 619. Niega la participación en la imprudencia, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 1066. Admite la coautoría en la imprudencia, QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 296; en Culpa, 327 ss., se pronuncia en contra de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, a favor de la coautoría en la imprudencia [335], de la participación culposa en el delito doloso [336] y de la participación dolosa en el delito culposo [338] (¡leer!). CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 330, 358, admite la coautoría y la participación en la imprudencia. RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14. 3, ve posible la participación en el delito imprudente: 881; el aprovechamiento consciente de la conducta imprudente de otro constituye autoría accesoria: 882; com. art. 14. 2: imaginable pero no constitutiva de inducción la inducción culposa (en su caso: imprudencia a título de autoría principal: 852); com. art. 16: conceptualmente posible la complicidad imprudente, como la cooperación necesaria imprudente, pero el TS exige complicidad dolosa: 895 s. FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 12, 27 ss., niega la participación culposa en el delito culposo (en su caso sendas imprudencias a título principal), la participación culposa en hecho doloso y la participación dolosa en hecho culposo. SÁINZ CANTERO, PG, III, 180, admite la autoría mediata en la imprudencia (siguiendo a RODRÍGUEZ

Ejemplos: El copiloto induce al conductor a circular a velocidad excesiva, como consecuencia de lo cual se produce un accidente mortal: inducción a la imprudencia.— El dueño del automóvil presta su automóvil a un conductor que se propone conducir a velocidad excesiva; al hacerlo, ocasiona un accidente mortal: complicidad en el comportamiento imprudente.— Varios policías que se proponen detener a un sospechoso, lo rodean, realizando disparos de advertencia, uno de los cuales alcanza al perseguido: coautoría en la imprudencia.— El dueño del automóvil, pese a saber el mal estado en que se encuentra, permite que un empleado suyo, que lo ignora, lo conduzca, produciendo un accidente mortal como consecuencia del defecto del coche: autoría mediata en la imprudencia.

163

Cuestión distinta, al igual que ocurría, y por los mismos motivos, con la tentativa, es la de la conveniencia político-criminal y la de la previsión del CP 1995 sobre su punición, cuestiones, ambas, que deben descartarse¹²⁹. Precisamente la norma del art. 12 y la estructura de la participación evidencian que los tipos delictivos se construyen, salvo excepciones justificadas y expresas, sobre el autor único directo, cuya acción coincide con la tipificada. Lo que no puede ser reducido a autoría única directa no es punible en la imprudencia por el mandato expreso del art. 12. Además, argumento material, la acción principal del autor directo en la imprudencia está ya suficientemente apartada de la lesión del bien jurídico como para que no sea necesario punir también otras conductas de referencia.

164

Ya en la temprana fecha de 1961, Juan DEL ROSAL, ADP, 1961, 264 ss., comentando una STS que casó una sentencia que había condenado a dos personas por lesio-

165

MOURULLO) y la participación en el delito imprudente, pero no la participación imprudente [185]; inducción al delito imprudente es posible: 196. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, PG, 627 ss., admiten la coautoría, la autoría mediata y la participación en el delito imprudente, pero no la participación dolosa en hecho imprudente, ni la participación imprudente en hecho doloso. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 411, niegan la inducción imprudente, la autoría mediata culposa, la coautoría y la participación culposas [415]. CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, tras recordar oportunamente que en la imprudencia la intervención sucesiva de varios obliga en primer lugar a plantear la prohibición de regreso [128, 142 ss.], admite la coautoría [129] y la autoría mediata [130] imprudentes. Admite también la participación imprudente tanto en hecho doloso como en hecho imprudente, incluida la cooperación necesaria [130], con la salvedad de que la inducción *ex definitione* no será posible como inducción imprudente (a no confundir con la inducción a hecho imprudente), no habiendo obstáculo en el derecho español para su punición, dada la redacción del art. 28 ss. (que sólo habla de “realizar el hecho”) [133 s.].

¹²⁹ Así ya ROSO CAÑADILLAS, Autoría y participación imprudente, 414 ss., tanto para la participación dolosa en hecho imprudente como para la participación imprudente en hecho doloso, con argumentos específicos para cada caso, siguiendo los brillantes argumentos de su maestro LUZÓN PEÑA, PG, I, 507 ss., dados para justificar por qué siendo posible la participación en y por imprudencia, es impune en nuestro derecho. En el mismo sentido y con las mismas conclusiones dentro de la escuela de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 149 ss., que, con buen criterio [177], estima que en la imprudencia es más fácil la imputación objetiva a todas las autorías accesorias concurrentes, pero también que la responsabilidad de una contrarresta la de otras (conurrencia de culpas). *Vid.* también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 795.

nes imprudentes por cuanto que el primero, experto en armas, realizó un disparo en el bosque y, después, pasó el arma al otro, totalmente inexperto, para que hiciera lo mismo, comprobándose posteriormente que uno de los disparos, no se supo cual, alcanzó a un tercero, calificando el TS los hechos acaecidos de sendas imprudencias en autoría, dado que la participación requiere un elemento subjetivo difícil de constatar en la imprudencia, y absolviendo al segundo debido a que no pudo probarse cuál de los disparos causó la muerte (cabe entender que la imprudencia del primero se mantiene por lo que podemos llamar en terminología más moderna como un caso de *Wahlfestsellung*, *vid. supra* III 68), reflexiona acerca de cómo el reproche culposo se presta muy bien a caracterizar la autoría y muy mal la participación [268].

- 166** Pionero en la defensa de la autoría mediata en la imprudencia ha sido RODRÍGUEZ MOURULLO, ADP, 1969, 477 ss. (= RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14, párrafo inicial, 812 ss.), 477, quien después de criticar al finalismo, que por partir del dominio del hecho (inexistente en la imprudencia) habría de conformarse con un concepto puramente causal de autor en la imprudencia, igual que un sector de la jurisprudencia española, sostiene que tampoco en el delito imprudente la autoría la proporciona la causalidad sino la acción (típica pero sin dolo), y de la misma manera que es posible una instrumentalización de alguien por otro en el plano prejurídico, es posible también en el comportamiento imprudente, trayendo a colación una rompedora STS de 5 de junio 1957, que imputó a título de imprudencia en autoría mediata la muerte causada por un camionero al tercero que dirigió la maniobra que produjo el mortal accidente¹³⁰.
- 167** CUERDA RIEZU, ADP, XLV, 1992-II, 500 ss., traza una buena panorámica sobre la participación en el delito imprudente en la que, después de manifestar lo discutida que está en España la posibilidad de la autoría mediata y la coautoría en la imprudencia, y lo admitido en jurisprudencia y doctrina de la autoría accesoria (*cf.* el caso jurisprudencial citado por CUERDA RIEZU [502]: STS 27-9-1952, analizada ya por DEL ROSAL *supra* XV 165), cuestiona la participación en el delito imprudente, haciéndola depender de la teoría del delito que se sustente [503 ss.], incluida la cuestión sobre la participación imprudente en el delito doloso y la participación dolosa en el delito imprudente, incompatibles con una concepción personal del injusto, que requiere que ambos, autor y partícipe, respondan por el mismo tipo, excepción hecha de casos del tipo exceso doloso del autor con imprudencia del inductor respecto al exceso, error *in persona vel objecto* del autor que da lugar a *aberratio ictus* del partícipe, etc., casos conceptualmente posibles que no necesariamente punibles [504 ss.].
- 168** Para MIR PUIG, PG⁷ (= EPM-Valle Muñiz, 502 ss.), que parte de que el tipo objetivo del delito doloso es el mismo del delito imprudente y para ambos debe defenderse el concepto restrictivo de autor, también en el delito imprudente debe distinguirse entre autores y partícipes [376]. Por otra parte, puesto que la imprudencia

¹³⁰ En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 150 (autoría accesoria o, incluso, única directa).

sólo se castiga cuando el legislador lo establece expresamente (art. 12), y puesto que los artículos 28 y 29 no aluden expresamente al delito imprudente, en virtud de que la redacción de los tipos de delito imprudente de la PE frecuentemente, y en los casos en que así sea, aluden a “cometer”, “realizar”, “provocar”, “dar lugar”, etc., la parte objetiva del tipo (común al delito doloso e imprudente), no cabe duda de que eso lo cumplen las figuras contempladas en el art. 28, con lo que en nuestro derecho no cabe la complicidad en el delito imprudente pero sí la inducción y la cooperación necesaria [377]¹³¹.

Punto de partida de la breve pero sustancial construcción de SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, sobre la participación en la imprudencia lo es el hecho de que la n. r. del CP, al construir un sistema de *numerus clausus* para la imprudencia, podría dar a entender que sólo tipifica “formas imprudentes de autoría de determinados delitos (*nota bene*)” [106]. Frente a ello, sugiere vías alternativas que no pasen por excluir de la imprudencia formas de intervención más allá de la autoría única; y mientras que la vía que permite incluir al menos la inducción y la cooperación necesaria en la imprudencia en tipos redactados con referencia a un mero causar (como el art. 142), ya que al fin y al cabo ambas se consideran autoría, pues ambas causan (tesis de MIR PUIG), la descarta, aunque comparte su propósito, por depender demasiado de giros lingüísticos al redactar los tipos de imprudencia [106 s.], idea otra vía que sí hará contemplar al CP de 1995 la participación dolosa en hecho imprudente, ya que a su parecer el CP español, a diferencia del alemán, no exige que al dolo del partícipe haya de sumarse el dolo del autor para que la participación sea punible como tal [107]; con lo cual sólo se descartaría la participación imprudente en delito doloso y la participación por imprudencia inconsciente [108 s.].

169

PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente, 18 ss., se ha propuesto revisar y reforzar la tesis mayoritaria española según la cual: 1) En España rige el concepto restrictivo de autor; 2) La participación imprudente es impune, a la luz de la redacción de las normas implicadas del CP de 1995.— Para demostrar lo primero, referido al delito imprudente, PÉREZ MANZANO, después de exponer la tesis tradicional según la cual (RODRÍGUEZ MOURULLO) no cualquier aportación al hecho constituiría imprudencia sino sólo la que pudiera tildarse de autoría [27 ss.], sostiene que el nuevo sistema de la imprudencia, de *numerus clausus* y regulación separada del delito doloso, podría hacer pensar que el concepto restrictivo de autor ya no está vigente en el delito imprudente, que se conformaría con el concepto extensivo [37 ss.]. Para eludir esta incorrecta conclusión, PÉREZ MANZANO contempla la norma reguladora de la imprudencia en el sentido de que siendo el elemento objetivo del delito imprudente el mismo del delito doloso, p. ej. causar la muerte, y de la misma manera que en aquél el mero causar no convierte al sujeto en autor, tampoco ocurre así en el delito imprudente, sin que por lo demás el desdoblamiento de los delitos en

170

¹³¹ *Vid.* las consideraciones críticas sobre el pensamiento de este autor en este punto, reconociendo su mérito frente a otros planteamientos, que realiza DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 150 ss.

dolosos y culposos operado a través del art. 12 obligue a sostener conceptos distintos de autor, ya que la diferencia entre ambas clases de delito se produce sólo en el tipo subjetivo, siendo el tipo objetivo de autoría el mismo; la excepcionalidad de la responsabilidad por imprudencia que consagra el nuevo art. 12, en cambio, sí es un argumento contundente a favor del concepto restrictivo de autor, pues nadie entendería que la aplicación restrictiva del delito imprudente se eludiera en materia de intervención de varios en el delito, que la responsabilidad del partícipe en el delito doloso fuese accesoria (restrictiva) y no en el delito imprudente. Por lo que se refiere a las normas sobre autoría, que no contienen ninguna referencia expresa al delito imprudente y que reafirman que el sistema español de autoría parte del concepto restrictivo [63 ss.] y que por no requerir que el hecho principal sea doloso, ofrece una exquisita neutralidad que avala la tesis de PÉREZ MANZANO, de que el derecho español parte del mismo concepto de autor para el delito doloso y el imprudente, sin que a ello se oponga la asimilación que el CP hace del inductor y el cooperador necesario con el autor, pues no se trata más que de una equiparación valorativa que no conceptual, que permitirá a PÉREZ MANZANO excluirlas, como a la simple complicidad, del ámbito de la responsabilidad por imprudencia.— Para demostrar lo segundo, que el CP no castiga la participación en la imprudencia, se vale principalmente PÉREZ MANZANO del significado material del art. 12 y del significado de las normas reguladoras de la participación [83]. En el primer aspecto [84], destaca PÉREZ MANZANO que si la norma del art. 12 propugna que sólo se castigue la imprudencia expresamente tipificada, alcanzará a la contemplada en la PE, pero también a la que es producto de normas extensivas de la PG, como sin duda ocurre con la de la participación (como la de la tentativa y los actos preparatorios); con lo que resulta la atipicidad de la participación en la imprudencia, ya que, a mayor abundamiento, las normas reguladoras de la participación en ningún caso amplían su ámbito, por donde pudiera “colarse” la imprudencia mediante interpretación extensiva, pues concretamente el art. 28. 1 no extiende la autoría desde la única a la mediata y a la coautoría, sino que las reconoce como formas que son de realizar la autoría del tipo de la PE [97 ss.].

171 FEIJÓO SÁNCHEZ, EPM-Valle Muñiz¹³², niega la tendencia doctrinal y jurisprudencial española a reconocer la inviabilidad de la participación en la imprudencia, incluso la de quienes la extienden sólo a la participación imprudente [231 ss.]. Para ello, se propone demostrar dos cosas: 1) Que nada obliga a tratar como autoría las que son formas de participación imprudente; 2) Que no es cierto que en nuestro derecho la participación requiera serlo en hecho principal doloso [233]. Para demostrar lo primero, FEIJÓO SÁNCHEZ, después de reafirmar que el derecho español parte de la tesis restrictiva de la autoría [235 s.], sostiene que no se explica por qué había de ser lo contrario en el delito imprudente [236], salvo que se parta de un concepto de injusto determinado, lo que a su parecer ocurre con la doctrina del dominio del hecho, especialmente sus representantes más subjetivistas [239 ss.], y se evita con una teoría de la imputación objetiva de cuño normativista [242 ss.]. Para demostrar lo segundo, se

¹³² Vid. también FEIJÓO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, 76 ss.; CPCr, 62, 1997, 319 ss.

va a ocupar FEIJÓO SÁNCHEZ en primer lugar de demostrar que el art. 12 sólo afecta a las normas de la PE (impidiendo su aplicación), pero no a las normas de la PG donde se encuentran las normas de la participación [249 ss.], razón por la cual no puede afirmarse que el art. 12 impida la aplicación de las normas del art. 28 ss. (participación) al delito imprudente, no cerrando la cuestión [255 ss.], como tampoco lo hacen los artículos 28 ss., que en ningún caso requieren que los hechos en que se participa sean dolosos [257 s.], y sí sólo que sean hechos típicos y antijurídicos; con lo que decae la tesis intermedia (LUZÓN PEÑA, SILVA SÁNCHEZ), que admite participación dolosa en hecho imprudente, pero no participación imprudente en hecho imprudente (o doloso) [258], que al parecer de FEIJÓO SÁNCHEZ son de igual necesidad de prevención. Aspecto este que desvirtúa los argumentos político-criminales de mayor necesidad de pena tesis de LUZÓN PEÑA, de la que después se ha distanciado [264], en los casos de participación imprudente [259 s.], y significado de verbos como inducir o cooperar que parecerían requerir dolo [263]. Siendo razones político-criminales precisamente las que aconsejan contemplar la punición de la participación imprudente como la dolosa, con límites, ciertamente, como aquélla, pero no basados sólo en el dolo [268].

ROBLES PLANAS, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 223 ss., después de pasar revista sobre el estado de la cuestión acerca del reconocimiento de la participación en la imprudencia en el derecho alemán y español [224 ss., 229 ss.], con especial mención de las tesis minoritarias que la reconocen en el derecho español, toma posición a favor de su reconocimiento [234 ss.], basándolo en que ni el art. 12 lo impide, pues la tipificación expresa de la imprudencia supone la punición de todas las conductas imprudentes construibles en torno a ese tipo, ni la forma de redactarse los tipos de imprudencia excluye la participación, así como en la conveniencia político-criminal de punirlas [238 ss.]; lo que armoniza, con su concepción sobre el injusto de la participación (*vid. supra* XIV 265), que es totalmente independiente del elemento subjetivo [244 ss.], con consecuencias, como la de la doble posibilidad de participación imprudente en hecho doloso y participación dolosa en hecho imprudente [246, 249 s.], y la solución de problemas relacionados con delitos cometidos en la empresa, que frecuentemente presentarán la estructura de hecho imprudente del delegado y, por tanto, necesidad de fundamentar la posible responsabilidad del delegante como participación en hecho imprudente [247].

172

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Codelincuencia” en los delitos imprudentes, después de exponer el estado de la cuestión sobre la participación en el delito imprudente, en la doctrina científica [17 ss., 31 ss., 37 ss.] y jurisprudencia [50 ss.], con conclusiones críticas sobre ésta por su ampliación causalista de responsabilidad por imprudencia [64 ss.], aborda las normas sobre autoría y participación en el CP de 1995 [82 ss.] y sus repercusiones sobre la imprudencia [97 ss.] como las mismas normas sobre la imprudencia [115 ss.], para llegar a la conclusión de que no se oponen al reconocimiento de todos los casos de participación en el delito imprudente debido fundamentalmente a la amplitud con que se redactan los tipos de imprudencia en la PE, particularmente los tipos resultativos, cuyo tipo objetivo se ensancha incluso en la imprudencia [133 ss., 140 ss., 142, 148 ss.].

173

174

ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, autora de la primera monografía exhaustiva sobre la participación en el delito imprudente en España, la comienza, muy certeramente, pasando minuciosa revista a la doctrina alemana en la materia que, desde muy pronto, no extrapoló al delito imprudente la teoría de la participación elaborada con base en el delito doloso, manteniéndose en él un concepto unitario de autor¹³³, con todos sus inconvenientes, que la autora no duda en criticar, rechazando incluso posibles argumentos para esa conclusión extraídos de la técnica legal de la regulación tanto de los delitos imprudentes como de la participación [1 ss.]. Como contrapartida a esta doctrina, resalta y expone la autora los esfuerzos por distinguir formas distintas de participar también en el delito imprudente que, en ningún caso, alcanzan el nivel de las teorías contrarias a distinguir [77 ss.].— A continuación, ROSO CAÑADILLAS, construye por primera vez un sistema de participación imprudente en el derecho español que aborda en primer lugar exponiendo los orígenes de la teoría de la participación [215 ss.], junto con las teorías unitarias de la autoría imprudente [239 ss.], lo que aprovecha para exponer qué sistema de autoría sigue el CP español [278 ss.], y continuar exponiendo la doctrina, sobre todo reciente, que comienza a defender un sistema diferenciado de autoría en el delito imprudente, lo que aprovecha para constatar si sobre todo la redacción del CP de 1995 prevé la punición de la participación en el delito imprudente [395 ss.], junto con un valioso capítulo sobre la jurisprudencia recaída en la materia. [419 ss.].— Para finalizar, ROSO CAÑADILLAS, tras recordar brevemente la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho de su escuela (LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) [532 ss.], desarrolla brevemente también los distintos supuestos de autoría (única, mediata, accesoria y coautoría) y participación en el delito imprudente [594 ss.].— La autora construye los casos de la autoría imprudente inmediata contrastándola con la participación. De esta manera, en ejemplos canónicos como el del conductor que cede el volante a su inexperta mujer, que por su negligencia causa un accidente mortal, autor inmediato de la imprudencia es sólo la mujer, que es quien inmediatamente realiza el tipo de imprudencia, en tanto que su marido es sólo partícipe. Y siempre que interviene después otro, ese otro es autor, salvo que lo que intervenga después sea un agente de la naturaleza.— Por su parte, la autoría mediata imprudente la muestra a través de ejemplos muy conocidos, como el del conductor que invade al acerado y determina que un peatón huya despavorido siendo atropellado por vehículo que circula correctamente (STS de 27 de enero de 1984), o el del peatón que primero se ofrece a dirigir una maniobra del camionero sin visibilidad y origina un accidente mortal (STS de 5 de junio de 1987). En ellos, se da el fenómeno de la instrumentalización característico de la autoría mediata, que hace que el hombre de detrás tenga el dominio objetivo y positivo de la autoría mediata en este caso imprudente.— Finalmente, la coautoría: dos albañiles arrojan al vacío una viga de hierro que aplasta otro operario que se encuentra debajo, la fundamenta ROSO CAÑADILLAS en el simple hecho de que arrojar una viga puede ocasionar daños y en el conocimiento de que actúan al unísono, sin que

¹³³ En este sentido, en la doctrina española, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 27, 925.

sea necesaria la representación del resultado ni conciencia de que tanto uno como el otro infringen un deber, el mismo deber¹³⁴.— Por lo que se refiere a la participación imprudente, la autora no ve inconveniente (dogmático, que sí de derecho positivo) en reconocer la participación imprudente en un hecho imprudente, como se mostró ya en el ejemplo de la autoría directa inmediata imprudente, como en hacer lo propio con la participación imprudente en un hecho doloso, como demuestra la circunstancia de que haya que acudir a la prohibición de regreso para excluir la punibilidad del caso en que, habiéndose actuado imprudentemente, se produce después la intervención de alguien que actúa dolosamente. Incluso la participación dolosa en un hecho imprudente la ve ROSO CAÑADILLAS posible, como evidencian los casos a caballo entre la autoría mediata y la inducción dolosa en los que la primera (autoría mediata) no es posible por no dominar completamente el hecho.— *Vid.* la exposición de LUZÓN PEÑA, PG, I, 507 s., 509 ss., en que se inspira y continua ROSO CAÑADILLAS.

SÁNCHEZ LÁZARO, Intervención delictiva e imprudencia, que realiza a la vez un ensayo demasiado ambicioso de normativización de toda la teoría de la participación y, además, de fundamentación de la responsabilidad por participación en el delito imprudente (que admitiría las mismas formas de participación que el delito doloso), comienza exponiendo las teorías de fundamentación de la autoría, con muchas alusiones (lo que distinguen a su exposición de otras exposiciones anteriores) al problema de la imprudencia [7 ss.], para llegar a la conclusión de que todas las teorías sobre la autoría fracasan por estar demasiado apegadas al aspecto descriptivo de los tipos que la regulan, con lo que a medida que la consideración se aparta de los más inmediato, la ejecución directa, se ven en dificultades para configurarla, siendo así que ésa es precisamente la característica más destacada de la participación en la sociedad actual, en la que casos como el del “Lederspray” enfrentan a la responsabilidad de quienes no actuaron de forma fácticamente inmediata, para cuya solución debe normativizarse la teoría de la participación, lo que SÁNCHEZ LÁZARO hace con lo que llama *competencia sobre la fuente de peligro* o *expresión de la responsabilidad* más allá del control fáctico de esa fuente de peligro [95 ss., 106 s.].— A partir de aquí, SÁNCHEZ LÁZARO realiza amplias exposiciones sobre la autoría directa [111 ss.], la coautoría [159 ss.], la autoría mediata [237 ss.] y la accesoria [315 ss.], de las que ahora sólo podemos resaltar algunos aspectos. Así, caracteriza a la autoría directa, frente a la mediata, por la concurrencia en la misma persona de la competencia sobre la fuente de peligro (instrumento material) y la disponibilidad fáctica de la fuente (instrumento formal) [157]. Por su parte, la coautoría, entiende SÁNCHEZ LÁZARO que no se puede renunciar a ella (aunque lo sugiere su premisa sobre la competencia frente al peligro) porque muchas veces (no siempre) no se puede explicar sino fenomenológicamente lo ocurrido en una especie de división del trabajo: la muerte del niño que se ahoga en presencia de dos socorristas es imputable a ambos porque ambos, no cada uno por separado, controlan la fuente de peligro [10, 235 s.]. Respecto a la autoría mediata, lo que la caracteriza no es que constituya un título de imputación específico distinto al de la directa, sino que antes bien siendo el único crite-

175

¹³⁴ Sobre la autoría accesoria imprudente: 588 ss.

rio válido el de la competencia sobre la fuente de peligro, la figura explicará por qué responde como autor pese a no disponer del dominio fáctico, dado que concurre la competencia [244, 314].— Finalmente, SÁNCHEZ LÁZARO aprovecha el capítulo dedicado a la autoría accesoria para criticar a la doctrina de la compensación de culpas, que sería una especie de imputación del resultado encubierta [316 ss.] y para proponer una regulación expresa de la tentativa de imprudencia en forma de imputación no íntegra del resultado al autor [336 ss.].— Por lo que se refiere a la participación, el autor, tras pasar revista a las tesis dadas para su fundamentación, clasificadas por él según prescindan del principio de accesoriadad [350 ss.] o no [267 ss.], toma postura sobre la base de lo que llama “realización accesoria del riesgo” [375 ss.], que caracteriza conforme a dos momentos: 1) creación de un riesgo superior al permitido, y 2) concreción de ese riesgo en el hecho principal [381], con estudio particularizado de la complicidad (inclusión hecha de un criterio de distinción con la cooperación necesaria) [386 ss., 398 ss.], y la inducción [425 ss.]; materias en las que el elemento subjetivo no juega papel alguno, lo que abre el paso a su modalidad imprudente en todas las figuras [445].— Finalmente, dedica SÁNCHEZ LÁZARO un capítulo a la punibilidad o no de la participación en los delitos imprudentes en el CP, llegando a la conclusión de que no hay obstáculo alguno para la punición, que es político-criminalmente conveniente (siguiendo a ROBLES PLANAS) [447 ss., 463 ss.].

176 Sobre la participación en los delitos imprudentes *vid.* también JUANES PECES, LL, 1997-2, 1677; CALDERÓN CEREZO, CDJ, 1993, i, 28 ss., 39 s.; LÓPEZ SAN NARCISO, CDJ, 1993, i, 439 ss.; JORGE BARREIRO, *Imprudencia punible*, 121 ss., referida a la actividad medico-quirúrgica.

177 BALANCE: El análisis del problema de la participación en la imprudencia pone de relieve que su interés no estriba sólo en su posibilidad dogmática o no, que hemos visto que sí existe, ni tampoco en la compatibilidad de su punición en nuestro derecho al hilo de la regulación legal de los preceptos sobre la participación, sobre lo que hemos visto que reina una amplia discrepancia en nuestra doctrina a partir de 1995. El interés del tema estriba en que la teoría del delito parte de determinadas premisas que deben ser respetadas si se quiere que la teoría cumpla su función de ayuda a la seguridad jurídica mientras que esas premisas no sean sustituidas por otras mejores en aras de tal fin. Que es lo que precisamente muestra el afán despertado, en materia de participación como en ninguna otra, de normativizar el derecho penal, en unos términos que hoy por hoy al menos no puede prescindir de la consideración naturalística que, por otra parte, lejos de impedir la normativación ayuda poderosamente a sus fines si se saben ensamblar ambas perspectivas, tradicional y nueva si se quiere.— Como muestran los mejores dogmáticos alemanes (*vid. infra* XV 180), no es que el legislador alemán haya circunscrito la participación punible al delito doloso en aquel derecho, sino que si no se prescinde del elemento subjetivo unido inescindiblemente con el objetivo en la configuración del injusto (puesto que si se hace no hay forma de acotar la responsabilidad: ¿cómo se puede determinar el riesgo permitido sin que quien crea el riesgo sepa que se mueve dentro del riesgo permitido?), y se quiere

mantener, como los mismos normativistas no niegan, que el injusto se puede realizar en autoría y en participación, no hay otra manera de distinguirlos que a través de la accesoriedad, donde la conducta del partícipe no se puede definir sin la del autor. Por esta vía, puede mostrarse una vez más que mientras más sepa el partícipe acerca de cómo afectará al bien jurídico la conducta del autor en la que él aporta algo, más clara será la relevancia penal de la participación, como evidencia el hecho de que si ni siquiera la acción del autor principal en la que se participa persigue la lesión del bien jurídico, por ser imprudente y dirigida sólo a crear un peligro más o menos remoto de lesión, menos obvia será la relevancia penal de esa conducta accesoria de participación y más relevancia alcanzará como forma indirecta de lesión del bien jurídico (con lo que, dicho sea de paso, se explica el mal llamado concepto unitario de autor en la imprudencia de la dogmática alemana).— Luego, por tanto, más allá de la posibilidad conceptual de la participación en la imprudencia y más allá de su punición como tal, lo que revela el análisis de la peculiaridad de la concurrencia de dos dogmas penales como el de la imprudencia y la participación, es que el concepto unitario de injusto en el que estamos empeñados los finalistas facilita la construcción de un sistema en el que los comportamientos pueden ir de más a menos graves, y el doloso lo es más que el imprudente, que explique a su vez que está más justificado castigar la participación en el primero que en el segundo; con independencia de hechos puntuales, como el de la gravedad del comportamiento imprudente en estructuras organizadas como las empresas, a los que habrá que buscar una solución que no pase por hacer saltar todo el sistema por los aires, sino con imaginación y cautela.

En su excelente comentario de Revista de Estudios Jurídicos, 275 ss., DEL CASTILLO CODES celebra una STS que reconoció coautoría imprudente de los policías que acosaron con sus disparos a quien había robado un coche, imputándole a todos ellos el que causó uno sólo, aplicando la concepción de la imprudencia que defendemos STRUENSEE, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y yo mismo, con base en el reconocimiento de un tipo subjetivo de imprudencia, que facilita la extrapolación a la imprudencia de la teoría de la participación. Con independencia de que el comentario no se plantea (lo da por supuesto, como la STS comentada; lo que es mucho suponer) la aplicabilidad de las normas generales del libro I CP sobre autoría y participación, y con independencia de problemas puntuales del caso, el comentario y los hechos analizados en la STS y valorados por el comentarista enfrenta a un problema muy real, siendo satisfactorio el resultado al que llegan la STS y DEL CASTILLO CODES: imputación de las lesiones a todos, y sugerente para los difíciles problemas de la coautoría (*vid. supra* XIV 159 ss.).

QUINTERO OLIVARES, PG³ (*vid. también* QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 28, 305, com. art. 29, 310 s.), muestra muy convincentemente que no cabe participación culposa allí donde ni el “partícipe” ni el autor principal son conscientes de que ni quieren la ayuda que están dando y recibiendo respectivamente (STS de 21 de marzo 1997) y que la aportación imprudente al hecho principal puede vulnerar la norma de la imprudencia [628 s.]; como asimismo, que no

178

179

cabe participación dolosa en delito imprudente, puesto que el autor del delito imprudente precisamente por lo que se caracteriza es por no querer el resultado, por lo que difícilmente querrá que se le ayude siendo consciente de ello en tanto que el “partícipe doloso” sí puede ser consciente de que está contribuyendo al resultado = imprudencia consciente [629 s.], y la participación culposa en delito culposo, por razones relacionadas con la exigencia de dolo que está totalmente ausente en estas hipótesis [630 s.].— Una excelente exposición en el mismo sentido, contraria a la participación en la imprudencia y por imprudencia, con énfasis en la naturaleza (dolosa) de la inducción y la complicidad, puede verse en ZUGALDÍA ESPINAR, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.) PG, 792 ss. (¡leer!).

- 180** Una magnífica exposición que muestra cómo las reticencias de la doctrina alemana al reconocimiento de la participación en la imprudencia no se basa sólo en la voluntad del legislador sino en razones dogmáticas, es la que hace STRATENWERTH, PG, 438 ss., quien sobre la base del principio de confianza (se debe confiar en la autorresponsabilidad del otro), deduce que es difícil reconocer no sólo la participación imprudente en hecho doloso de otro sino también la participación en la imprudencia. STRATENWERTH refiere que el argumento decisivo que lleva a la doctrina dominante en Alemania a no reconocer la participación en la imprudencia (reconociendo que el tema empieza a discutirse allí) está en el hecho de que al ser la conducta principal imprudente un tanto difusa respecto al resultado causado, que el autor imprudente no domina, sería difícil establecer cuál de las conductas implicadas es la del autor y cuál la del partícipe [440 s.], excepción hecha de los delitos de deber especial [441]¹³⁵. Ello ha llevado al concepto unitario de autor en la imprudencia en la doctrina alemana¹³⁶.— *Vid.* también, muy atinadamente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 505 ss., con especial alusión, también atinada, al error del partícipe.— Se explica así que GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 140, dijese que la autoría accesoria es más frecuente en el delito imprudente que en el doloso.

G. Técnicas de incriminación del delito imprudente: El sistema de *numerus clausus*

- 181** La gran reforma de 1995 en materia de imprudencia ha estribado en sustituir un sistema de incriminación genérica del delito imprudente común a todas las figuras del delito doloso regulado expresamente en el Libro II, aunque ya con un matiz específico por lo que se refiere a la pena, que no era una única para todas ellas, sino referida a la pena del correspondiente delito doloso, como establecía el art. 565 a.r.:

¹³⁵ En los mismos términos, muy atinadamente también, JAKOBS, PG, 789.

¹³⁶ En expresión, no muy afortunada, pero oportuna aquí, de WELZEL, PG, 119: “Toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría”. Sobre la punibilidad de la participación en la imprudencia y su tratamiento legal en el derecho alemán, *vid* también ampliamente MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 286, 320 ss.

“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor”. “Cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 ó 421. 2.º, a consecuencia de impericia o de negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad.” “Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículo de motor o ciclomotor, llevarán aparejada la privación del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años”. “Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente”. “En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61”.

182

En cambio, respecto a la falta de imprudencia, el sistema anteriormente imperante, además de basado en el *numerus apertus*, preveía la misma pena, fuese cual fuese la falta dolosa, como se describía en los artículos 586 bis y 600 a. r.:

183

Art. 586 bis a. r.: “Los que, por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito, serán castigados con la pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.00 pts., siempre que concurriere infracción de reglamentos, y, cuando ésta no concurriere, con la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pts.”. “Si el hecho se cometiere con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres meses”. “Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido”.

184

Art. 600 a. r.: “Serán castigados con multas de 25.000 a 100.000 pts. los que por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas cuyo importe exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio”. “Si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de hasta tres meses”. “Las infracciones previstas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado”.

185

Ahora, en 1995, se asume consecuentemente que no existe un *crimen culpae* sino *crimina culposa*, que existe un tipo de delito imprudente como existe un tipo de delito doloso¹³⁷, y, además, por razones de política criminal y seguridad jurí-

186

¹³⁷ Sobre el sistema anterior, SÁINZ CANTERO, PG, III, 67 s.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 115 ss., 121; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 629 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Culpa, 220 ss.; contrastando el sistema anterior y el nuevo, LUZÓN PEÑA, PG, I, 522 ss.– La mejor crítica a la tentación de interpretar la r. a. a 1995 en clave de *crimen culpae* y no *crimina culposa*, que rondó a la doctrina debido a la regulación legal, la adujo CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 254 s., al decir que daría lugar a responsabilidad por el resultado, ya que se habría prescindido de la exigencia de la previsibilidad (objetiva y subjetiva).

dica (las dudas de qué delitos eran susceptibles de comisión culposa en la r. a. eran constantes), se exige (art. 12) que el legislador especifique puntualmente (*vid.*, p. ej., artículos 142: homicidio culposo, 152: lesiones culposas) si el delito es punible en su modalidad culposa.— La resultante de todo ello es una profunda disminución de los delitos imprudentes contenidos en el nuevo CP, compensada, eso sí, por el incremento de los delitos de peligro abstracto y concreto¹³⁸.

- 187** Sobre el significado de la introducción de este sistema en el derecho español, *vid.* el excelente y pionero estudio de SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 81 ss., 86 ss., con especial referencia crítica pero ponderada a la selección de figuras susceptibles de comisión en imprudencia [95 ss.].— Realiza también consideraciones muy oportunas sobre el sistema de *numerus clausus* introducido en 1995, inclusión hecha del art. 12 que lo consagra en la PG, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPCr, 62, 1997, 305 ss., 313 ss., con apreciaciones muy interesantes *de lege ferenda*: 347 ss., para acortar las distancias entre la imputación a título (y responsabilidad) de delito doloso e imprudente, sin necesidad de nuevas categorías intermedias, y para exigir en la imprudencia punible una cierta gravedad, sin prescindir del resultado [358 ss.].— Una buena panorámica sobre lo que cambia, y lo que no, de la imprudencia con el paso del sistema de *numerus apertus* a *numerus clausus*, con especial referencia al concurso (ideal), la participación, tentativa y error, puede verse en MANZANARES SAMANIEGO, AP, 1997, 1, 1 ss., 3 ss., 5, 7. Excelente es también la exposición de CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 17 ss.— *Vid.* también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 12, 535 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 636 s.; RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 542 ss.; DEL VALLE GÓMEZ, LL, 1996-2, 1615 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 797.

H. Clasificación legal de las imprudencias: grave y leve

- 188** El nuevo régimen de la imprudencia en el CP 1995 reduce a uno sólo, el de la gravedad o levedad (con efectos), los criterios de determinación de la gravedad de la imprudencia, prescindiendo de otros muy característicos del sistema anterior, como el de la temeridad¹³⁹, que desaparece por completo, y el de la profesionalidad, ahora sólo relevante a efectos, lógico, de la condena a pena accesoria de inhabilitación (como la imprudencia cometida con vehículo de motor), pero no de gravedad intrínseca de la imprudencia¹⁴⁰. La restricción es muy acertada y acaba con diferencias artificiales.

¹³⁸ *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 12, 60 s.

¹³⁹ *Vid.* la correlación entre imprudencia grave e imprudencia leve e imprudencia temeraria e imprudencia simple que establece RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 12, 62. *Vid.* también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 12, 90.

¹⁴⁰ En contra de la profesionalidad como argumento autónomo de la gravedad de la imprudencia, CEREZO MIR, PG, II⁶, 177 ss. Demuestra muy bien que la imprudencia del profesional no es un clase de imprudencia, AGUADO LÓPEZ, AP, 2001-1, 209 ss., 224, y que puede constituir imprudencia leve: 226 ss.

Una buena exposición del origen histórico de la imprudencia profesional y cómo queda en el CP de 1995, puede verse en GUIÁSOLA LERMA, *Imprudencia profesional*, 17 ss., 22 ss., que, con buen criterio [30], no la entiende como más grave que la del no profesional y sí sólo como la del obligado a especiales medidas de cautela profesional. Sobre la pena de inhabilitación: 323 ss. Sobre sus peculiaridades en la infracción del deber de cuidado: 54 ss. GUIÁSOLA LERMA dedica la mayor parte de su libro al ámbito de este delito en la PE, temática en la que ha hecho una gran aportación: 65 ss.— Una breve exposición sobre las dificultades jurisprudenciales y doctrinales a la hora de distinguir entre las diferentes clases legales de imprudencia con especial referencia a la profesional, como consecuencia de su naturaleza de cláusulas generales, puede verse en COBO GÓMEZ DE LINARES, PJ, 2ª época, 18, 1990, 113 ss.— GARCÍA RIVAS, LH-Torío López, 369 ss., que acierta al denunciar que la pena de inhabilitación que prevé el CP para la imprudencia profesional no es una consecuencia menor de la criminalización del profesional (en especial referido al de la medicina) y advertir del peligro de presumir la infracción de la norma de cuidado por el mero hecho de ser profesional, exagera al sostener que la concepción individual sobre el deber de garante es la única forma de evitarlo y al cuestionar la viabilidad de la imprudencia por emprendimiento que, lógicamente, será en el ámbito de los profesionales (¡aunque no sólo allí!) donde desempeñe un papel fundamentador de la responsabilidad sin vulneración del principio de culpabilidad.— Sobre la imprudencia profesional en el sistema actual, *vid.* también RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 550 ss.— Sobre la imprudencia profesional en la redacción anterior *vid.* ya DEL ROSAL, ADP, XII, 1959, 101 ss.— Un excelente estudio de la imprudencia profesional en la r.a. puede verse en JORGE BARREIRO, CDJ, I, 1993, 23 ss.

189

La calificación lacónica de imprudencia grave o leve sirve no tanto para determinar la gravedad intrínseca de la imprudencia (que también), como para determinar que constituya delito o falta. Así, p. ej., las lesiones (con excepción de las lesiones privilegiadas del art. 147. 2) sólo se castigarán como delito si fueron graves, en tanto que las leves sólo darán lugar a una falta (*vid.* artículo 617).

190

Proporciona argumentos muy sólidos para justificar la despenalización de la falta (imprudencia leve), además de contrarrestar los argumentos de quienes no lo ven conveniente, FEIJÓO SÁNCHEZ, PJ, 61, 105 ss., 106, 119 ss., 135, 136 ss., a no confundir con la (no) necesidad y (no) conveniencia de la despenalización de la imprudencia sin representación [153 ss.] y consecuencias respecto a la compensación de culpas [157 s.].

191

Qué constituye una imprudencia grave queda a entera discrecionalidad del tribunal. Todo parece indicar que, de la misma manera que la distinción entre el dolo directo de 2º grado y el dolo eventual es de grado (*vid. supra* XV 46 ss.); de grado, además, de representación del peligro creado para el bien jurídico, ese mismo criterio valdrá como fundamental (que no exclusivo) para determinar la

192

gravedad o levedad de la imprudencia, sin solución de continuidad con el dolo eventual (*vid. supra* XV 46 ss.)¹⁴¹.— Por lo demás, dentro del marco legal de la imprudencia (p. ej. uno a cuatro años del art. 142. 1) habrá que estar a los criterios generales, con sus especificidades (*vid. infra* XV 185 s., XVII 223), de determinación de la pena.

- 193** Sobre las clases de imprudencia, *vid.* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 637 s.; BACIGALUPO PG⁵, 248 s. (= BACIGALUPO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 12, 448 s.), proponiendo una configuración preventivo-especial [449] para graduar la gravedad de la imprudencia en línea con su concepción y la de JAKOBS; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 332 s.; RAMOS TAPIA, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 549 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 612 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 308; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 212 s.; LUZÓN PEÑA, PG, I, 515 ss., amplia y excelente (¡leer!); CHOCLÁN MONTALVO, Delito imprudente, 798 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 796 ss.— Sobre las clases de imprudencia en la r. a., *vid.* también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Delito imprudente, 328 ss.; JORGE BARREIRO, Imprudencia punible, 105 ss, con especial atención a la profesional del médico; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 483 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 445 ss., 450 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 718, 978 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 291 s., 297 ss.; Culpa, 271 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 70 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 2313 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 117 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO ADP, XVI, 1963, 625 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 604 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 250 s.; NÚÑEZ BARBERO, Delito culposo, 75 ss.; MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 793 s.

I. Las relaciones entre la técnica legal de la imprudencia y la técnica de los delitos de peligro (remisión)

- 194** Que la regulación legal de la imprudencia mostraba claramente su origen histórico: la imprudencia como forma residual en la r. a. de culpabilidad frente al dolo, que permitía imputar un resultado cuando estuvo ausente aquél, se evidencia en la exigencia de resultado de cara a la punición.— No extraña, por ello, que la evolución de la imprudencia de cara a resolver las importantes cuestiones de responsabilidad penal no dolosa, no se haya producido por la evolución de la imprudencia, sino por la vía de la creación de los delitos de peligro, ya que en ellos el legislador goza de más libertad para tipificar comportamientos peligrosos sin el hándicap del resultado. El legislador español, prudentemente, ha recurrido sobre todo a los delitos de peligro concreto, que tienen en común con la imprudencia la exigencia del desencadenamiento de un proceso causal conocido; estri-

¹⁴¹ CEREZO MIR, PG, II⁶, 174 ss., de una forma quizá unilateral, limita la consideración sobre la levedad o gravedad de la imprudencia a la levedad o gravedad de la infracción del deber de cuidado.

bando la diferencia en que mientras en la imprudencia el proceso causal debió causar el resultado, el delito de peligro concreto se conforma con que el azar explique por qué no se produjo el resultado que debió producirse (dado el curso causal desarrollado). En cambio, el delito de peligro abstracto sirve a aquellas situaciones en las que tener que comprobar una ley causal (conocida) o es imposible (por desconocimiento de la misma) o es muy difícil (por la complejidad del acontecer), y sin embargo conviene atajar con amenazas penales. Sobre toda esta problemática *vid. supra* VIII 66 ss.¹⁴².

J. La determinación de la pena en la imprudencia (remisión)

Como una prueba más de que las diferencias entre el delito doloso y el delito imprudente, diferencia no estructural, que no la hay, son axiológicas: mayor distancia de la lesión del bien jurídico en el delito imprudente frente al doloso, aparece la regla del art. 66. 2, donde se exceptúa del régimen general de determinación de la pena según la concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes nominadas o innominadas, pensado para el delito doloso, al delito imprudente (otro tanto y por razón semejante: menor gravedad, cabe decir de las faltas frente al delito doloso: art. 638 I).— Al respecto, debe distinguirse de la cuestión sobre la discrecionalidad del tribunal en estos casos, sin duda existente, la cuestión acerca de si, realmente, pueden ser tenidas en cuenta, dentro de la discrecionalidad, las atenuantes y las agravantes. El estudio detallado de esta cuestión pertenece a otro capítulo (*vid. infra* XVII 223).

195

Sobre la determinación de la pena en la imprudencia, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 116 s.— Sobre la determinación de la pena dentro del peculiar régimen legal en la redacción de la imprudencia antes de 1995, *vid.* amplia y minuciosamente, VIVES ANTÓN, CPCr, 3, 1977, 188 ss.

196

K. ¿Qué queda de los delitos cualificados por el resultado? Remisión

El legislador español, debido a los excesos del pasado, ha prescindido de cualquier estructura típica que recordara a los delitos cualificados por el resultado, razón por la cual no se ha permitido, al menos conscientemente, el mantenimiento de tipos delictivos, que existen en otros ordenamientos jurídicos respetuosos con el principio de culpabilidad, que presenten una estructura de dolo-imprudencia: cuando a un comportamiento doloso se suman efectos derivados de él y previsibles, la pena prevista para el resultado puede ser una mayor

197

¹⁴² *Vid.* las atinadas consideraciones de QUINTERO OLIVARES, PG³, 370 ss., sobre esta misma cuestión. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 434 s. Ya, WELZEL, PG, 164 s.

que la prevista para el resultado imprudente no precedido de aquella conducta dolosa, lo que es útil en zonas sensibles de la protección de bienes jurídicos. Sobre toda esta importante cuestión, *vid. supra* VIII 83.

- 198** *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 117 ss. *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 302 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCA ARÁN, PG⁴, 333, 335; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 613 ss.

XVI. EL DELITO DE OMISIÓN

BIBLIOGRAFÍA: Enrique BACIGALUPO, Conducta precedente y posición de garante, ADP, 1970, 35 ss, (= PACPFDH-Jiménez de Asúa, 105 ss.); BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 1970; BACIGALUPO ZAPATER, La regulación de las conductas omisivas en el Código penal, CDJ, 1996, XXVII, 13 ss.; Winfried BOTTKÉ, Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisitos para la construcción de un sistema de derecho penal de la Comunidad europea (trad. de Mirentxu CORCOY BIDA-SOLO); LH-Roxin, I, 309 ss. M^a Ángeles CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADP, L, 1997, 387 ss.; CUADRADO RUIZ, La posición de garante, RDPC, 2^a época, 6, 2000, 11 ss.; Joaquín CUELLO CONTRERAS, La justificación del comportamiento omisivo, ADP, 1990, 497 ss.; Antonio CUERDA RIEZU, Hechos omisivos y causas de justificación, en: Enrique GIMBERNAT y otros (eds.), Omisión e imputación objetiva, 1994, 51 ss.; José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, La posición de garante como criterio de equivalencia entre la causa activa y la no evitación del resultado, CDJ, XXIII, 1994, 375 ss.; Percy GARCÍA CAVERO, La posición de garantía del empresario: a propósito del caso Utopía, H-Rodríguez Mourullo, 381 ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Revista de libros, ADP, 1970, 724 ss.: GIMBERNAT ORDEIG, Causalidad, omisión e imprudencia, ADP, XLVII, 1994-III, 5 ss. (= CDJ, XXIII, 1994, 161 ss.); GIMBERNAT ORDEIG, El delito de omisión impropia, RDPC, 2^a época, 4, 1999, 525 ss. (= Das unechte Unterlassungsdelikte, ZStW, 111 [1999], 307 ss.); GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, ADP, LIII, 2000, 29 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición, Ensayos penales, 257 ss. (= RDPC, 2^a época, 6, 2000, 11 ss.); GIMBERNAT ORDEIG, La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión), LH-Cerezo Mir, 685 ss.; Luis GRACIA MARTÍN, La comisión por omisión en el Derecho penal español, CDJ, XXIII, 1994, 57 ss.; GRACIA MARTÍN, Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante), Modernas tendencias, 411 ss.; Susana HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987; HUERTA TOCILDO, Las posiciones de garantía en el tipo del delito de comisión por omisión, Problemas fundamentales, 19 ss.; Günther JAKOBS, La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS), en: Estudios, 347 ss.; JAKOBS, La imputación penal de la acción y la omisión (trad. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), 1996; JAKOBS, Teoría y praxis de la injerencia, en: JAKOBS, Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del derecho penal (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), 2001, 11 ss.; Hans-Heinrich JESCHECK, Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho

comparado (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), Jornada sobre la reforma del Derecho penal en Alemania, CCGPJ, 8, 1981, 77 ss.; Agustín JORGE BARREIRO, Omisión e imprudencia. Comisión por omisión en la imprudencia: en la construcción y en la medicina en equipo, CDJ, XXIII, 1994, 223 ss.; Armin KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2006; Juan Manuel LACRUZ LÓPEZ, Comportamiento omisivo y Derecho penal, 2004; Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, La omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, LH-Bacigalupo, I, 381 ss.; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ, 2ª época, 1986, 73 ss. (= Participación por omisión y omisión de impedir delitos, LL, 1986-3, 535 ss.); Ferrando MANTOVANI, La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal (trad. Jaime PERIS RIERA), Modernas tendencias, 483 ss.; MANTOVANI, La causalidad omisiva en el Código penal español (trad. Ignacio BENÍTEZ ORTÚZAR), EPH-Cobo del Rosal, 593 ss.; Carlos MIR PUIG, La posición de garante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, CDJ, XXIII, 1994, 253 ss.; Enrique PEÑARANDA RAMOS, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), LAH-González-Cuellar García, 411 ss.; Guillermo PORTILLA CONTRERAS, La participación omisiva en delito de resultado y de simple actividad, LH-Torío López, 439 ss.; Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, Delito de comisión por omisión, NEJ, VI, 1975, 469 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Delito de omisión, NEJ, VI, 1975, 478 ss.; Rafael REBOLLO VARGAS, Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el CP español, EPM-Valle Muñiz, 641 ss.; Carmen REQUEJO CONDE, Tentativa y desistimiento en los delitos de omisión, APen, 2001-2, 537 ss.; Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Participación por omisión en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, CDJ, XXIII 1994108 ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro en el Código penal, 1966; RODRÍGUEZ MOURULLO, La cláusula general sobre la comisión por omisión, PCRPHM-del Rosal, 905 ss.; Carlos M^a ROMEO CASABONA, Los delitos de comisión por omisión, PCRPHM-del Rosal, 925 ss. (= Omisión e imputación objetiva, 33 ss.); Claus ROXIN, En el límite entre comisión y omisión, Problemas básicos, 226 ss.; ROXIN, La causalidad en la omisión (trad. Ana María PRIETO DEL PINO), LH-Cerezo Mir, 963 ss.; Isaías SÁNCHEZ TEJERINA, Teoría de los delitos de omisión, 1918; Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, 1995; Marina SANZ-DÍEZ DE ULZURRÚN LLUCH, La comisión por omisión en el Código penal de 1995, LL, 1999, XX, 4728, 1 ss.; Wolfgang SCHÖNE, Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión (trad. Enrique BACIGALUPO y Leopoldo SCHIFFRIN), CPCr, 1977, 63 ss.; SCHÖNE, El concepto de omisión y la negligencia, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 5-1983, 77 ss.; Bernd SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; SCHÜNEMANN, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, Omisión e imputación objetiva, 11 ss.; SCHÜNEMANN, Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación (trad. Beatriz SPINOLA TÁRTALO y Mariana SACHER), ADP, LV, 2002, 9 ss. SCHÜNEMANN, El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para

todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro (trad. Mariana SACHER), H-Rodríguez Mourullo, 981 ss.; Jesús-M^a SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986; SILVA SÁNCHEZ, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de imputación. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPCr, 38, 1989, 367 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Política criminal y reforma legislativa en la “comisión por omisión” (El art. 10 del Proyecto de CP de 1992), PCRPHM-del Rosal, 1069 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Comisión y omisión. Criterios de distinción, CDJ, XXIII, 1994, 13 ss. (= resumen de Delito de omisión. 163 ss.); SILVA SÁNCHEZ, Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código penal, LL, 1996; SILVA SÁNCHEZ, La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11), en: Cuestiones fundamentales, 51 ss. (= SILVA SÁNCHEZ, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, I, com. art. 11, 441 ss.); Esteba SOLA RECHE, Delitos de omisión pura y sistema del Derecho penal, LH-Cerezo Mir, 993 ss.; Eberhard STRUENSEE, Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión (trad. Patricia S. ZIFFER), Revista Peruana de Ciencias penales, 3, 1994, 229 ss. (= Fest. f. Walter Stree y Johannes Wessels, 1993, 133 ss.); STRUENSEE, La estructura de los delitos de omisión imprudente (trad. de Beatriz CRUZ MÁRQUEZ y Alejandro KISS), RDPC, 2^a época, 16, 2005, 243 ss.; Ángel TORÍO LÓPEZ, Aspectos de la omisión especial de socorro, ADP, 1967, 581 ss.; TORÍO LÓPEZ, Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, ADP, 1984, 693 ss.; Tomás S. VIVES ANTÓN, Acción y omisión: tres notas a un *status quaestionis*, EPR-Ruiz Antón, 1113 ss.; Raúl Eugenio ZAFFARONI, Qui peut et n’empêche pêche, pero no delinque. (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos), H-Barbero Santos, I, 1389 ss.; José Miguel ZUGALDÍA ESPÍNAR, Omisión e injerencia en relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal, CPCr, 1984, 24, 571 ss.

I. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA ACCIÓN EQUIVALENTE COMO FUNDAMENTO DE LA OMISIÓN (IMPROPIA)

A. Mandatos y prohibiciones

Cuando, a cualquier efecto, pensamos en qué consiste la imputación de algo a alguien, p. ej., de una muerte, en lo primero que pensamos es en un comportamiento activo de matar, de causar la muerte de otro. Esto es así por varias razones. En primer lugar, porque es la forma más directa y clara de modificar el curso de la realidad, en su aspecto más concreto, a través de un hombre con sólo los medios más inmediatamente a su alcance. Ese hombre del ejemplo, que ha matado activamente, ha desempeñado el papel del destino de la víctima, ya que, en virtud del principio causal, ha puesto una condición necesaria de esa muerte, una condición sin la que el resultado, la muerte de la víctima, no se habría producido. Lo dicho es tan obvio, que justifica plenamente que el derecho penal protector de bienes jurídicos se componga inicialmente de prohibiciones de hacer por su propiedad causal de ocasionar resultados lesivos (o de puesta en peligro de

inminente lesión) para los bienes jurídicos.— Ante la necesidad de proteger los bienes jurídicos frente a ataques activos, la necesidad de protegerlos frente a los omisivos, de cuya importancia creciente nadie duda, es una necesidad de segundo grado, en el sentido de que, con su técnica, la creación de delitos de omisión, lo que se persigue es atajar peligros de lesión desencadenados por las más diversas fuentes (¡incluidos comportamientos activos humanos anteriores, punibles o no punibles!), esto es, siguiendo con la metáfora del destino, impedir el destino, o, lo que es lo mismo, establecer una segunda barrera protectora de los bienes jurídicos, superpuesta a otra, anterior y prioritaria, en la que sólo hay comportamientos activos.— Si se aceptan las anteriores premisas, hay que concluir, necesariamente, que el sin duda interesantísimo ensayo de JAKOBS (*vid. infra* XVI 30 s.), de equiparar, *en algunos casos*, a todos los efectos, el comportamiento activo y el omisivo, evidenciada en el por lo demás moderno y gráfico caso de que un automovilista ha atropellado a un peatón por acción u omisión imprudente según que condujera un coche automático o no, no resulta convincente.— Por otra parte, lo que el hombre puede hacer en un momento es una sola acción, a excepción de, quizá, disparar dos armas de fuego, una con cada mano, a la vez. Lo que el hombre puede omitir hacer en un momento es un número elevadísimo de acciones. Basta, por tanto, pensar en lo que ocurriría si todos tuviesen que cuidar de todos, en lugar de circunscribirse a los casos extremos como el de grave peligro de morir evitable sin apenas riesgo para el obligado, para darse cuenta de que hasta el titular de los bienes jurídicos así sobreprotegidos se vería incomodado ampliamente en su libertad. Por eso se dice que, en derecho penal, el número de mandatos es y será siempre, pese a la necesidad creciente que la vida moderna experimenta de la institucionalización de deberes de garantía, inferior al número de prohibiciones, y la infracción de estas últimas conducta más grave.

B. El contenido de los mandatos

- 2 La hegemonía en derecho penal de las prohibiciones sobre los mandatos, de los delitos de comisión sobre los de omisión, es tan clara y necesaria, que los perfiles del comportamiento omisivo penalmente relevante sólo son alcanzables estableciendo una comparación que permita seleccionar sólo al comportamiento omisivo *equiparable* al activo. En efecto, la dependencia del comportamiento omisivo penalmente relevante respecto al comisivo, es tan grande, que sin ella, sin la apelación al criterio de la equiparación, no podríamos alcanzar un concepto de omisión a efectos penales practicable. Y, puesto que los términos exhaustivos de la equiparación es uno de los objetivos fundamentales de toda la exposición sistemática del delito omisivo, especialmente la omisión impropia o comisión por omisión (*vid. infra* XVI 94 ss.), nos conformamos ahora con abordar la cuestión acerca de por qué *la omisión de una acción final que habría evitado el resul-*

tado por quien está especialmente obligado a ello en virtud de un deber de garante preexistente a esa omisión puede fundamentar la imputación de un resultado tal como si el omitente lo hubiese causado activamente.

De la misma forma, y con el mismo objetivo, de propiciar una dogmática penal segura y realista, si el único comportamiento penalmente relevante es el final, porque sólo él puede ser objeto de prescripción normativa (*vid. supra* VI 43 ss.), sólo aquello que pudo ser evitado mediante una acción final dirigida precisamente a ese objetivo podrá ser imputado a título de omisión. Lo que no está en manos del hombre evitar, no puede ser objeto de un mandato. Ciertamente, la acción final, en el delito de omisión, no ha tenido lugar, eso es precisamente lo que se imputa, pero se salva el postulado finalista fundamental, el de que las normas jurídicas deben estar orientadas a la capacidad del hombre de dirigir la causalidad conscientemente, estableciendo que el contenido del mandato no cumplido era una acción final que habría evitado el resultado.— La acción final no emprendida que habría evitado el resultado por quien tuvo capacidad de emprenderla es lo que se imputa en la omisión; siempre que, además, quien omite estuviese obligado a emprender esa acción en virtud de la preexistencia de un deber de garante, que es precisamente la vía que permite equiparar la acción causante del resultado con la no evitación del resultado, lo que da cuenta de la importancia de este capital elemento en la dogmática del delito omisivo¹.

En efecto, aunque a la problemática del deber de garante en la omisión habrá que aludir después exhaustivamente, debe anticiparse ya por qué es el deber de garante la pieza esencial de equiparación entre el hacer activo y el omisivo en derecho penal, una vez que hemos dilucidado qué es lo que se imputa en la omisión (no haber llevado a cabo la acción que habría evitado el resultado).

C. La naturaleza axiológica del deber de garante

No existe posibilidad de definir el deber de garante en términos ontológicos más allá de lo que se ha hecho respecto a lo que, en su caso, permite imputar su infracción, que desde luego es presupuesto del mismo deber (sin capacidad de acción no hay infracción de deber de garante alguna). Ello quiere decir que *el concepto de deber de garante es un concepto puramente normativo, axiológico.*—

¹ *Vid.* ya GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 264; CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 398, 453, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 18 ss., con atinadas consideraciones sobre el significado del deber de garante. De “fundamento jurídico especial” hablan JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 668, para referirse al significado del deber de garante y su utilización en la responsabilidad por omisión. *Vid.* también CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 331 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 355; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 559 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 325 s.

Y es precisamente la ausencia de un referente ontológico en la omisión², concretamente de su elemento principal, constituido por el deber de garante, el determinante de la profunda discrepancia que reina en derecho penal acerca de cuáles son los deberes de garante cuya infracción autoriza una imputación de comisión por omisión, variando las opiniones casi de autor a autor que se ha ocupado del tema.— A este problema contribuye también, sin duda, el hecho de que el legislador penal nunca ha intentado (¿hasta ahora?) tipificar expresamente delitos de omisión impropia; claro que si no lo ha hecho es porque la quintaesencia de estos delitos estriba en que, siempre, allí donde el legislador ha tipificado un delito de comisión, cabrá y habrá que plantear algún caso en que alguien que no ha producido activamente el resultado manifieste con su omisión comportamiento, desde el punto de vista previo a lo jurídico-penal, tan grave como para equivaler axiológicamente a su causación activa³. De ahí la situación, en parte inevitable, de la deslegalización de la comisión por omisión, concretamente del deber de garante, que fundamenta una responsabilidad penal a ese título⁴.

6 El malestar, pues, existente en la dogmática jurídico-penal respecto al deber de garante en la omisión impropia tiene una explicación, y, además, por la imposibilidad de resolver el problema a través del legislador, bien haríamos en seguir llevando a cabo los esfuerzos que sean necesarios para dilucidar la equiparación entre el comportamiento activo y el omisivo por vía interpretativa, sin miedo a las discrepancias reinantes, aunque intentando disiparlas. En este sentido, sin poder ahora precisar más, quizá sea oportuno volver a intentar proporcionar principios conforme a los cuales evaluar la importancia de los deberes de garante que se barajan en materia de delitos impropios de omisión, al objeto de ayudar a la doctrina científica y jurisprudencial a detectar nuevos deberes y precisar cuándo los tradicionales alcanzan el grado suficiente para fundamentar responsabilidad tan grave como la que permite equiparar delitos de acción y delitos de omisión.

7 A pesar de que es indiscutible el papel que corresponde a Armin KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión (1959/2006)*, en la elaboración dogmática de la

² Vid. ya MIR PUIG, PG⁷, 309; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 272; REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 646; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 387; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 577. De otro parecer CEREZO MIR, PG, II⁶, 254.

³ De “imaginar” omisiones equivalentes a las acciones, y de inclusión de omisiones en el tipo redactado activamente, “según la interpretación que a éste [la figura de delito correspondiente] da el común sentir”, con el ejemplo paradigmático de la madre que deja morir de inanición al recién nacido, habla ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 194, 195 s., para referirse a delitos susceptibles de comisión por omisión. Escéptico también sobre las posibilidades de regular expresamente los deberes fundadores de responsabilidad por omisión impropia, JAKOBS, PG, 954.— De otra opinión, por el contrario, ZAFFARONI, H-Barbero Santos, I. Vid. ya TORIO LÓPEZ, ADP, 1984, 698, 703, pese a reconocer sus dificultades [703].

⁴ Vid. al respecto, muy atinadamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión*, 88.

omisión, en general, dado el estado de la cuestión con anterioridad, y, en particular, dentro del finalismo, de cara a extender a todo el sistema el postulado fundamental de la finalidad, nunca dio con la clave última que permite ubicar a la omisión en plano de igualdad con la acción en el sistema finalista. La razón estriba en que la respuesta a ese interrogante pasa, como ya se ha apuntado, por aceptar que acción y omisión ni pueden deducirse entre sí, ni pueden deducirse, ambas, de alguna estructura ontológica común, del estilo de la precisamente elaborada por Armin KAUFMANN *capacidad de acción*⁵; algo difícil de digerir en una fase en la que todos los empeños estaban en construir un sistema cerrado y fundamentado en la estructura de la acción. Como consecuencia de ello, a pesar de que Armin KAUFMANN explicó muy bien por qué el ordenamiento jurídico sólo puede incluir prohibiciones de actuar (final) y mandatos de actuar (final), dando lugar a delitos de comisión y omisión respectivamente, y extrajo consecuencias dogmáticas importantísimas del hecho de que la imputación a título de omisión exige una acción final capaz de evitar el resultado no evitado, que por eso se imputa, no estableció claramente qué es lo que, en derecho penal, permite equiparar una omisión a una acción, a ser posible a través de la categoría finalista fundamental de la finalidad de la acción, más allá de su aportación, por lo demás también fundamental, de una consideración funcional de los deberes de garante, de una fuente de peligro o de bienes jurídicos en peligro.

D. El concepto y la naturaleza del concepto de omisión en la doctrina científica española

RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión, después de descartar que existan delitos sin conducta [3 ss.] y que la omisión pueda englobarse en un supraconcepto [6 ss.], por no hablar de hacerla consistir en un comportamiento activo [20 ss.], procede a concebir la omisión, en el plano naturalístico, previo a la valoración jurídica [28], como una manifestación de voluntad, en forma de quietud o movimiento corporal (que es indiferente) a través de lo cual puede decirse que deja de hacer algo, sin que todavía ello, el dejar de hacer, sea valorado de una forma u otra [32]. Con un ejemplo: Si he visto en el cine a un estudiante, constato que en ese momento no estudia. “Doctrina de la acción determinada”. RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que esa manifestación de voluntad puede constituir “la *revelación objetivada de una voluntad humana orientada a un fin*” [36 s.]⁶.

8

⁵ Delitos de omisión, 97 ss. (*vid.* también *supra* VI 51). *Vid.* al respecto ampliamente BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 53 ss., 67 ss., 71 s.

⁶ Una excelente crítica del planteamiento “ontológico” de RODRÍGUEZ MOURULLO, es la realizada por DEL ROSAL, PG, 590 ss., 596, en favor de un planteamiento normativo basado en el deber [592], que le lleva muy oportunamente a segregar sistemáticamente la omisión de la acción en derecho penal [589], sin confundir por ello los planos ontológico y axiológico de toda problemática jurídica, que DEL ROSAL ubica vagamente en el concepto de *actitud* [598]. *Vid.* también, a favor del planteamiento puramente normativo de la omisión, SÁINZ CANTERO, PG, III, 275 s.

- 9 SILVA SÁNCHEZ, Delito de omisión, tras realizar una exposición sumamente pormenorizada y brillante sobre las numerosísimas tomas de posición doctrinales acerca del concepto de omisión, toma postura [127 ss.] de una manera peculiar que, en la línea de su maestro MIR PUIG⁷, obsesionado con el peligro del reproche de que detrás de la imputación a título de omisión pueda no haber nada, distinguiendo entre acción y omisión, por un lado, y comportamiento, por otro, estima que para que haya comportamiento basta con que la inactividad haya sido consciente y voluntaria [132], no en caso contrario. Esta forma de comportamiento, auténtico substrato de la imputación, a su vez, no quiere decir que sea eso lo que se impute, dado que lo que se imputa a título de omisión (típica) no es un “*contenido dado de antemano*” [141], sino “*la conducta indicada para la salvación del bien jurídico*” o “*juicio de imputación típica*”⁸.
- 10 Aún más pormenorizada que la de SILVA SÁNCHEZ, es la exposición de las consideraciones que se han hecho sobre el concepto de omisión en la obra de LACRUZ LÓPEZ, Comportamiento omisivo, quien a la hora de tomar posición en la estela de su maestro CEREZO MIR, dentro de una corriente del finalismo, sostiene una interesante concepción que relativizando, que no anulando, la función conceptual que cumple la causalidad ya en el mismo concepto de acción (en mi opinión trayendo a STRUENSEE a colación inadecuadamente), por excesivamente naturalístico, ubica tanto a la acción como a la omisión en el contexto de las relaciones sociales [397 ss.]: la omisión que trasciende la esfera del sujeto es relevante si sirve a los fines del derecho penal, de proteger bienes jurídicos (para lo que después, ciertamente, recoge la causalidad) en plano de igualdad con la acción. De esta manera, la omisión puede “causar” una estafa (un daño patrimonial) o un ataque al honor. Este substrato (sólo parecido al de SILVA SÁNCHEZ) [404], debe completarse con lo relevante para el derecho penal [407 ss.]: que la protección de los bienes jurídicos requiera que conforme a un planteamiento finalista, ontológico: 1) se puede seleccionar la realidad social prejurídica a proteger [418], 2) se perfile que lo omitido es una acción final [421], y 3) puesto que, con lo anterior, el concepto de omisión finalmente relevante sería demasiado vago [424], es todavía esencial el elemento capacidad de acción, que, como se verá en otro lugar (*vid. infra* XVI 78), LACRUZ LÓPEZ concibe [429] como capacidad de conocer la situación que obligaba a actuar y la acción necesaria, no como conocimiento real de ambos.
- 11 La pretendida concepción ontológica de omisión como “conducta humana evitable que lesiona un bien jurídico” o “contenido fáctico estructurado en forma autó-

⁷ Para MIR PUIG, PG⁷, 310, el único presupuesto de la omisión penalmente relevante es la acción que el autor estuviese realizando en el momento en que debió llevar a cabo la acción exigida que no realizó. La razón que MIR PUIG aduce para justificar esta exigencia estriba en que si por las mismas razones que en el delito de comisión el causante del resultado lo hizo con un movimiento no constitutivo de acción no responde penalmente, tampoco debe hacerlo si omite la acción debida (con movimiento no constitutivo de acción).— En realidad, no necesito el circunloquio de la acción cuando al tipo de omisión pertenece como presupuesto la capacidad de acción.

⁸ *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, EPB, 962 s.

noma”, de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 212 ss., 217, 221 (siguiendo a GÖSSEL), es tautológica.

En realidad, pretender definir ontológicamente la omisión es imposible. *Ex definitione*, la omisión sólo puede ser la ausencia de una acción. Luego, por lo tanto, si todo lo que se diga de la omisión sólo puede referirse a la acción ausente que caracteriza a aquella, es imposible decir nada de la omisión sin especificación del contexto en el que la falta de acción adquiere un significado. Es cierto que lo mismo ocurre con la acción. También la acción, como movimiento corporal consciente, p. ej., sólo cobra significado en el contexto determinado en que se analiza como uno de sus elementos. Lo que ocurre es que, en este sentido, único posible referido tanto a la acción como la omisión, la contextualización de la omisión es doble, es decir, referida a la ausencia de una acción en el contexto en que el actuar humano es relevante.— Por eso, igualmente, no es convincente el ensayo de LACRUZ LÓPEZ, de construir un concepto prejurídico de omisión que, prescindiendo de la causalidad científico-natural, considera equivalente a la acción la omisión que causa un efecto social relevante, como p. ej. negar el saludo como forma de ataque al honor. Y no lo es porque, si bien es cierto que en el ámbito social y en el jurídico hay omisiones que pueden ser tan graves, o más, como ataque al bien jurídico, que las mismas acciones, no son ésas las omisiones más interesantes para acuñar un concepto de omisión que contemple las omisiones más relevantes para el derecho penal protector de los bienes jurídicos. Cabe decir, incluso, que las omisiones más interesantes en derecho penal son las menos parecidas a las acciones, pues son ellas las que nos permiten indagar hasta dónde quiere llegar el derecho penal en la protección de los bienes jurídicos frente a quien no los ataca activamente.

12

Una excelente crítica al concepto causal, final (supra-concepto) y social de omisión, puede verse en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 555 ss.

13

E. Distinción y equiparación entre la acción y la omisión en la teoría del delito

a. El concepto de omisión. Teorías

LACRUZ LÓPEZ, Comportamiento omisivo, ha hecho una exposición exhaustiva y crítica de las numerosísimas teorías elaboradas por la dogmática alemana para presentar las peculiaridades estructurales de la omisión en derecho penal. Se trata de esclarecer los elementos que caracterizan a la omisión y la distinguen de la acción en el plano previo al derecho penal, esto es, sin condicionar en absoluto, como ocurre con el concepto de acción, los elementos ulteriores que hayan de añadirse para que la omisión sea relevante en derecho penal. A tal fin, LACRUZ LÓPEZ clasifica y trata las numerosas teorías que se han propuesto para distinguir a la omisión de la acción, pues de eso se trata con el concepto prejurídico de omisión, en tres grandes grupos:

14

- 15** 1. Un primer grupo de teorías es el de aquellas que parten de la premisa según la cual entre acción y omisión no hay diferencias [41 ss.]. Aunque se trata de un enfoque tímido en la doctrina alemana y que en España incluso no tiene ningún seguidor, hace bien LACRUZ LÓPEZ en dedicar un apartado inicial a los ensayos de ARZT y VOLK, porque pudiera ser que en un futuro esta tendencia fuera a más. Como acertadamente dice el autor, aun en caso de que se fuera imponiendo la equiparación, lo que ya ocurre en muchos aspectos (en otros, sigue siendo una exageración), no hace inútil la distinción, y puesto que los argumentos dados por ARZT y VOLK no son ninguno decisivo en este aspecto, propugna LACRUZ LÓPEZ seguir manteniendo la diferencia, aprovechando estos ensayos para resaltar que no se debe esperar de la necesidad de distinción otros efectos no relacionados con esa cuestión [70].
- 16** 2. El campo más amplio de teorías que se han elaborado para esclarecer la relación acción-omisión en derecho penal, es el de las llamadas teorías de la diferenciación, según las cuales existen diferencias estructurales iniciales entre ambas, dentro de las cuales un primer grupo las traza acudiendo a criterios naturalísticos [91 ss.]. Para clasificarlas, a su vez, LACRUZ LÓPEZ distingue entre las teorías del movimiento corporal, presente en la acción y ausente en la omisión, dentro de la cual la de BELING era una intransitiva, por no considerar para nada el objeto del movimiento corporal, limitándose a la voluntariedad [96 ss.], mientras que la de VON LISZT y sus numerosos seguidores posteriores, entre quienes destaca RADBRUCH, artífice de una de las ideas más influyentes en la materia: la de que acción y omisión no tienen nada en común, salvo su contradicción (omisión = no acción), es una transitiva, que pone énfasis en el resultado causado por el movimiento corporal como su objeto [97 ss.], y la teoría de la energía elaborada por ENGISCH [137 ss.], cuya evolución a lo largo del tiempo en el propio pensamiento de ENGISCH, incluida una fase última en la que la teoría se convierte en una normativa, y los numerosos seguidores hasta la actualidad, es objeto de consideración especialmente particularizada por parte de LACRUZ LÓPEZ. De todas ellas da más que cumplida cuenta el autor, procediendo a un análisis crítico minucioso, cuyo denominador común viene dado por lo que LACRUZ LÓPEZ cuestiona: y es que puesto que la omisión no consiste en un no hacer nada, pudiendo ir acompañada de movimiento, el movimiento corporal no puede ser la nota que caracterice al comportamiento activo frente al omisivo en derecho penal; de la misma forma que tampoco la energía interna que acompaña tanto a la acción como a la omisión puede constituir el criterio de distinción. LACRUZ LÓPEZ menciona ejemplos en los cuales la actividad corporal y la energía son superiores en casos de comportamiento omisivo que en caso de comportamiento activo [132 ss., 165 ss.]. Todo lo cual evidencia que los conceptos naturalísticos no sirven para fines jurídicos, que requieren conceptos sociales más que naturalísticos.
- 17** 3. El segundo gran grupo de teorías de la diferenciación viene constituido por aquellas que tratan de establecerla con criterios normativos, no naturalísticos como las anteriores. De estas teorías, desde la desarrollada por EB. SCHMIDT, partiendo del concepto social de acción [199 ss.], pasando por las de quienes buscan un criterio de

distinción en caso de concurrencia a favor del comportamiento activo [216 ss.] y las de quienes como MEZGER distinguen según el punto central de la reprochabilidad [226 ss.], hasta llegar a la propia de la energía de ENGISCH, convertida por evolución del autor en concepto social, al desplazar la energía del autor a la experimentación de su carga por la víctima [247 ss.], sostiene LACRUZ LÓPEZ que, además de su ambigüedad y presuponer la distinción de cara a elegir cuando concurren, evidencian todas ellas que la superación del planteamiento naturalístico no debió suponer irse al otro extremo, como hacen las teorías normativas, no teniendo para nada en cuenta los aspectos ontológicos (previos a lo jurídico) del comportamiento, referidos a lo social [260 ss.].

4. Precisamente el valor que LACRUZ LÓPEZ asigna al último gran grupo de teorías sobre la distinción acción-omisión, al que incluso desubica de las anteriores clasificaciones entre teorías naturalísticas y normativas, el de las teorías de la causalidad en sentido amplio [264 ss.], estriba en que según él ellas no se limitan a describir un acontecer externo, natural o social, sino que atienden a cómo el acontecer seleccionado influye en la realidad del mudo exterior [263].

Lo primero que hace LACRUZ LÓPEZ para abordar la distinción acción-omisión a la luz de la causalidad es agrupar a una serie de autores, encabezados por Hans WELZEL, según los cuales mientras que el comportamiento activo causa, el omisivo no causa (*ex nihilo nihil fit*) [272 ss.]; haciendo lo propio con otros, entre quienes destacan Armin KAUFMANN y Erich SAMSON, para quienes aunque la no interposición de la condición que habría evitado el resultado causado por otra ha causado también el resultado, el omitente no causa, sólo que de haber actuado habría evitado el resultado con probabilidad rayana en la seguridad (causalidad hipotética) [290 ss.], acción a la que el omitente debió motivarse, en términos parecidos a los de JAKOBS y STRATENWERTH [305 ss.], con planteamientos próximos a éste de la causalidad. Esta exposición doctrinal le va a servir a LACRUZ para preparar su propia teoría, que en términos muy simplificados viene a decir: 1. Es cierto que la omisión no causa en términos naturalísticos. 2. Es falso que se pueda distinguir entre causalidad de la omisión e incapacidad de causar del omitente, no siendo separable la omisión del omitente (contra Armin KAUFMANN). 3. Causar en la acción y capacidad de evitación en la omisión ni pueden constituir substrato común en el que diferenciar ambas categorías, contra SAMSON, quien, además, pecaría de confusión de planos (jurídico y prejurídico), al exigir que el criterio de distinción acción-omisión no sólo no prejuzgara la diferencia sino que, además, debe contener la base para construir sobre él el elemento de la posición de garante característico de la omisión impropia.

LACRUZ LÓPEZ, que acierta al cifrar en el control de la causalidad la mejor forma de configurar la omisión y contrastarla con la acción, de ahí que prime a las teorías que operan así, yerra sin embargo al considerar que Armin KAUFMANN hubiese distinguido la acción de la omisión en que quien actúa causa y quien no actúa no causa y separado a la omisión del omitente. Lo que Armin KAUFMANN dijo más bien es que

18

19

20

mientras que en la acción el autor causó el resultado en la omisión no evitó el resultado por no actuar, no siendo separables omisión y omitente, siendo hipotética la consideración de la causalidad en la omisión. Asimismo, y por ello, yerra al considerar que SAMSON pretendiera hacer de la causalidad de la acción y la capacidad de evitación del resultado en la omisión el sustrato (común) de ambas. Aunque acierta (LACRUZ LÓPEZ) al considerar que la pretensión de SAMSON, de extraer del análisis de la acción y la omisión en el plano prejurídico elementos sobre los que construir el deber de garante sí característico de la omisión, supone una confusión de planos, ontológico/normológico. Lo único que ocurre es que, efectivamente, en contra de lo que quizá pretendieron ambos, Armin KAUFMANN, SAMSON, y el propio LACRUZ LÓPEZ, con su concepto social de acción, no es posible construir un concepto prejurídico de omisión prescindiendo además de su elemento fundamental constituido por el deber de garante. De ahí lo afortunado de la construcción de SAMSON: la consideración de la omisión en derecho penal tiene que elaborarse desde el principio como referencia de un garante (*vid. supra* XVI 1 e *infra* XVI 30 s.).

b. *El desarrollo de la idea de equiparación. Teorías*

21 En una breve pero magistral exposición, Armin KAUFMANN, *Delitos de omisión*, 253 ss., trazó la evolución descrita por la doctrina científica para elaborar un criterio que, supuesta la diferencia entre el hacer y el omitir en derecho penal, permita equiparar ambas formas de comportamiento a efectos penales⁹. Con Armin KAUFMANN, se puede hablar de tres fases de esta evolución en atención, además, al ámbito de la teoría del delito en el que ubicar la equiparación. Así: I. Las primeras concepciones sobre la equiparación entre la comisión y la comisión por omisión se sitúan en la *tipicidad* y se basan bien en la equivalencia de la relación causal, presente en ambas, bien en la existencia de una acción también en la omisión, bien en la vulneración de un deber de actuar como criterio de delimitación entre el actuar y el omitir (dentro de la tipicidad). 1. La estimación de que también la omisión causa se fundamenta recurriendo a la causalidad de la acción precedente. 2. Ante la inviabilidad de la causalidad, se optó por ver en la omisión la vulneración de un deber de impedir el resultado, destacando la teoría de la expectativa de VON ROHLAND¹⁰. 3. La omisión de la energía corporal hostil de igual forma que la acción al derecho constituye hacer en sentido jurídico. 4. El común deber de evitar el resultado permite equiparar la no evitación del resultado bien por acción bien por omisión = síntesis de fundamentación en la acción y el deber: VON LISZT.– II. Las siguientes fundamentaciones de la equiparación entre el hacer y el omitir se basan en la *antijuricidad*, concretamente la del delito omisivo. Con dos versiones: 1. El comportamiento omisivo sólo fundamenta responsabilidad por el tipo (comisivo) cuando a la realización de la tipicidad y la ausencia

⁹ *Vid.* también ampliamente HUERTA TOCILDO, *Delitos de omisión*, 25 ss.

¹⁰ La teoría de la acción esperada, en la versión que le dio MEZGER (*vid.* MEZGER, PG, I, 233, 236), tiene mucha influencia en España. *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 347, 351; SÁINZ CANTERO, PG, II, 275.

de causas de justificación, se ha sumado la vulneración de un deber especial de evitar el resultado: BELING. 2. Mientras que, formalmente, tan antijurídico es el causar el resultado como el no evitarlo posible, materialmente la anterior omisión es sólo anti-jurídica cuando es equiparable a la comisión conforme a los principios del injusto material.— III. Finalmente, NAGLER, que vuelve a situar el problema de la equiparación en la tipicidad, se diferencia de las posiciones anteriores en que no ve la equiparación en la relación causal o en la acción, sino en la exigencia de un elemento adicional de la tipicidad de la omisión (que obliga pues a modificar el tipo del delito comisivo) constituido por la *infracción del deber de garante*¹¹.

Sobre los intentos históricos de equiparar acción y omisión, *vid.* también ROMEO CASABONA, PCRPHM-Del Rosal, 926 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 386. 22

En la línea iniciada por NAGLER, el acento ha de recaer en el deber de garante ya que, en realidad, nada de lo que el omitente hace antes puede justificar la imputación. La concreción de la omisión equiparada a la acción es presupuesto pero no fundamento de la imputación. (Éste es el punto flaco de la doctrina española que ha estudiado el tema y del propio SCHÜNEMANN: *vid. infra* XVI 48, 52 ss.). A la concreción de la omisión ha de sumarse el deber de garante que ciertamente, está pensado para precisar la omisión, pero no nace de la omisión sino del ordenamiento jurídico para esas situaciones.— El garante representa al ordenamiento jurídico de una forma análoga a como (*vid. supra* X 92) lo hace quien ejerce la legítima defensa, con base, caso de la omisión, en la asunción de una función con ése como uno de sus cometidos, o con base en la autoorganización de una actividad que puede engendrar situaciones peligrosas (*vid. infra* XVI 48 ss.). 23

c. Teorías sobre la configuración del deber de garante

Bernd SCHÜNEMANN, *Unechte Unterlassungsdelikte*, 77 ss.¹², ha realizado una amplísima exposición crítica de las aportaciones doctrinales, numerosísimas, que desde la IIª guerra mundial se han producido en la dogmática alemana para fundamentar el surgimiento de deberes de garante, con su correspondiente metodología de elaboración. Como muestra de ellas, valgan sólo algunas de las más representativas. Así: 24

1. HENKEL parte de la premisa según la cual es imposible resolver legalmente el problema de la equiparación porque ni es pensable establecer de esa forma grupos de garantes ni pueden catalogarse todas las situaciones en que se deba actuar.— Para paliar ese obstáculo, propone HENKEL un método que, procediendo en tres escalones, facilite una labor que en último caso es de creación libre del derecho. En el primer escalón, se trata de establecer cláusulas como las que se han impuesto en el derecho 25

¹¹ *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión*, 89 ss., 111; BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, 20 ss.; PG⁵, 396 ss. (¡leer!); JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 646 ss.

¹² *Vid.* también ampliamente HUERTA TOCILDO, *Delitos de omisión*, 75 ss.

alemán (y en el español) que, sin resolver el problema, sí contengan una directriz conforme a la que seguir concretando.— En un segundo nivel, se trata de establecer grupos de garante que el propio HENKEL elabora, partiendo de Armin KAUFMANN (protección y control), estableciendo varios grupos: 1. De protección del bien jurídico, en virtud de relaciones de asistencia y cuidado y comunidad. 2. De vigilancia sobre fuente de peligro, control de cosas peligrosas, relaciones humanas e injerencia. 3. De evitar delitos de terceros. 4. En virtud de relaciones profesionales o contractuales. El catálogo no es cerrado. Cabe excluir la responsabilidad, a pesar de la posición, por las peculiaridades del caso, y caben nuevos grupos de garantés.— En un tercer nivel, el juez, en última instancia, sobre la posición de garante y la situación del caso, resuelve en particular sobre la equiparación con la acción.

26 2. Según RUDOLPHI, garante es quien cumple una función de protección frente a peligros para un bien jurídico, siempre que sea la figura central del suceso que tiende hacia la lesión del bien jurídico.— Para determinar esta posición de garante, RUDOLPHI acude a un proceso analógico dividido en tres fases. 1. Se tipifican las manifestaciones sociales de posición de garante, fenomenológicamente. 2. Se fijan las ideas de valor y los principios legales de los presupuestos para que aparezca como figura central. 3. Se valoran conforme a estos parámetros los hechos acaecidos en la realidad social.— Por lo que se refiere a la primera fase, la elabora RUDOLPHI acudiendo a la división ya acuñada entre deberes de protección y deberes de control de un peligro.— Por lo que se refiere a la segunda fase, la elabora RUDOLPHI preguntando por las causas o necesidades sociales de los tipos de garante en particular, de donde deriva dos grupos: 1. posiciones de garante primarias, derivadas directamente de la convivencia, absolutamente imprescindibles hoy (p. ej. recién nacido). 2. secundarias, que surgen de determinado comportamiento del garante, pudiéndose dividir en asunción e injerencia, cuya validez se deriva, axiológicamente, de la necesidad social que crea el Estado dotando de servicios y posiciones de garante (incluidas las de auxilio). La necesidad axiológica es descrita por RUDOLPHI mediante un eje de coordenadas: posición primaria o secundaria y posición de garante de protección o control.— La tercera fase la construye RUDOLPHI verificando si la elaboración anterior, prejurídica, coincide con las ideas valorativas legales, es decir, medida y desamparo del bien jurídico (para las posiciones de garante primarias) y género de acción previa requerido (posiciones de garante secundarias).

27 3. WELP, finalmente, pretende buscar el fundamento de la equiparación entre el hacer y el omitir de manera ontológica, basada en el dominio final del autor y en la especial dependencia de la víctima. Ejemplificándolo en el caso particular de la injerencia: omisión que sigue a una acción anterior ilícita del mismo autor. De esta manera: 1. Es la iniciativa final del autor la que convierte al resultado en obra suya. 2. La víctima, por su parte, confía en la ausencia de una iniciativa final lesiva para ella, de donde se deriva que su dependencia frente al hacer prohibido del autor sea mayor.

28 Es digno de destacarse que posteriormente nadie ha intentado construir un sistema de deberes de garante. No lo han hecho los que quizá hayan sido los mayores

estudiosos de la omisión en los últimos tiempos, SCHÜNEMANN y JAKOBS. La razón es muy sencilla. Es imposible construir un sistema de esa naturaleza, ocurriendo aquí algo parecido a lo que ocurre con la infracción del deber de cuidado en la imprudencia en donde, como advirtió tan sagazmente Armin KAUFMANN (*vid. supra* XV 26), es la situación la que dirá siempre cuál habría sido el cuidado debido en la imprudencia; de la misma manera, será la situación la que dirá en cada caso si el haber omitido es valorativamente considerable como se valora en su caso actuar.

d. La confluencia de la teoría de la distinción y la teoría de la equiparación a través de la teoría del deber de garante

La evolución de las concepciones en torno a lo que caracteriza a la omisión respecto a la comisión, de cara a su relevancia penal, pero antes de establecer las características normativas que la hacen relevante, muestra que no es posible un concepto ontológico de omisión, lo que sí es posible con la acción (*vid. supra* XVI 12). Todo lo que puede decirse en el plano prejurídico de la omisión es algo que sólo cobra realidad en conexión con el deber de garante que obliga a evitar lo que la doctrina caracteriza como omisión.— A su vez, ya en el plano prejurídico, del que se hace eco el propio legislador (art. 11), se intuye que la omisión que hará relevante el deber de garante infringido ha de ser lo más parecido a una acción.— De ahí que el deber de garante, clave de bóveda de la omisión, deba contemplar, para fundamentar responsabilidad penal a título de comisión por omisión, lo más parecido a una acción, sin constituirla; lo que sólo es posible cuando cabe concretar la acción que se debió emprender para evitar el resultado y como tal es objeto de un deber de actuar en los mismos términos que concretamos la acción que justifica la imputación de un resultado en el delito comisivo.— Sólo cuando existió un deber de garante respecto a aquella acción así de concreta, habrá imputación a título de comisión por omisión.— Como consecuencia de ello, sólo hay deberes de actuar derivados de la constancia de peligros concretos que han de ser evitados: deber de garante por la creación del peligro, y deberes de actuar derivados de situaciones de desprotección que crean peligros iguales a los anteriores.— A través pues de la concreción del deber de garante, para cuya existencia incluso son decisivas, han confluído la acción y la omisión a la luz de la causalidad y el dolo (referidos a la tipicidad). Una nueva manifestación de la relevancia decisiva de ambos elementos ontológicos en un derecho penal normativista.— A su vez, sin concreción de la omisión como equivalente a una acción, no tiene sentido preguntar por el deber de garante. Pero establecida aquella equiparación, se busca un posible garante (exigencia específica del tipo de omisión), cuya principal tarea (el de “principal” es un buen criterio heurístico: *vid. infra* XVI 114 ss.)¹³, junto a otras muchas positivas y negativas, es evitar esos resultados.

¹³ Ésta es tarea del juez penal en la omisión, no más discrecional que la de, p. ej., determinar el deber de cuidado en la imprudencia.

F. ¿Cuándo es equivalente la omisión a la acción?

30 La ausencia de un criterio claro sobre el papel de la acción y la omisión en el sistema penal, entre otras cosas, permite intentos recientes, muy sugerentes por lo demás, como el de JAKOBS¹⁴, quien, en coherencia con su postulado funcionalista fundamental, manteniendo la distinción acción-omisión, sostiene que sólo hay ámbitos de riesgo para los bienes jurídicos, respecto a los que quien los tiene encomendados, por la razón que sea, autoorganización o deberes de garante institucional, tanto puede lesionarlos actuando como omitiendo. Un ejemplo paradigmático para él lo constituye el hecho de que quien conduce un automóvil y atropella a un peatón, habrá cometido un homicidio imprudente por omisión o acción según que el coche dispusiese de un sistema automático o no. La cuestión, entonces, claro está, es la de que, sin más detenida consideración, no podemos saber si la equiparación obedece a que no hay diferencia o, habiéndola, ambas, acción y omisión, son axiológicamente equivalentes¹⁵. Porque, lo que desde luego está *a priori* claro es que en todo ordenamiento jurídico (salvo en casos muy excepcionales y explicables) hay más prohibiciones que mandatos.

31 En Imputación penal de la acción y la omisión, 7 ss., JAKOBS expone de manera extraordinariamente brillante cómo en la teoría del derecho del siglo XIX, con la figura paradigmática de FEUERBACH, la imputación se basaba en la acción, siendo la obligación básica del ciudadano no alterar activamente el derecho, frente a lo que la omisión desempeñaba un papel residual, estando necesitada su imputación de una fuente jurídica especial [18], lo que suponía una grave carencia, como lo demostró el hecho de quien sufre una situación de necesidad, de la misma forma que la ley y el contrato como fuentes de deberes excepcionales de actuar que concibió FEUERBACH, se vieron desbordadas por situaciones que obligaban a actuar sin el amparo de la ley y el contrato, caso de la injerencia. Ya en el siglo XX, continúa JAKOBS, el hecho de que la responsabilidad por acción en derecho penal se haya construido de forma naturalística, como evidencian las concepciones de RADBRUCH y Armin KAUFMANN, y

¹⁴ Estudios, 347 ss.; Imputación penal de la acción y de la omisión, 7 ss. *Vid.* también, en el mismo sentido, BACIGALUPO, PG⁵, 389. En realidad, lo que JAKOBS niega es que de los conceptos (prejurídicos) de acción y omisión pueda deducirse consecuencia alguna para la responsabilidad penal. Con sus palabras (Estudios, 350): “Puesto que la distinción de comisión y omisión afecta a un aspecto superficial, no se puede establecer –en contra de la opinión completamente dominante– ninguna diferencia respecto de su cualificación como delito y en particular ninguna diferencia cuyo contenido fuese el de que para un delito de omisión sería necesaria una posición de garante, mientras que en el delito comisivo tal posición en nada contribuiría a la responsabilidad”. Sobre la distinción acción-omisión, que JAKOBS mantiene a pesar de su concepción normativista, *vid.* también PG, 941, y *supra* VI 51; CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 396. *Vid.* por el contrario, con mejor criterio, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 270. *Vid.* también VIVES ANTÓN, EPR-Ruiz Antón, 1117.

¹⁵ *Vid.* las atinadas críticas a esta tesis de JAKOBS que formula VIVES ANTÓN, ER-Ruiz Antón, 118 ss.

no social, impidió ver que lo importante no es que el individuo actúe u omita, sino que en el contexto social no surjan del propio ámbito de organización peligros para los bienes jurídicos, siendo indiferente que ello requiera un omitir o un actuar [26 s.].

Con mejor criterio, Bernd SCHÜNEMANN¹⁶, que sí se dio cuenta de que entre la acción y la omisión no existe un enlace ontológico, ha acudido al concepto de dominio del hecho, elaborado decisivamente por su maestro ROXIN, para obtener un criterio restrictivo del ámbito de la omisión, sin el cual ésta tendría una aplicación ilimitada. De ahí que reduzca teleológicamente la imputación en comisión por omisión, prácticamente, a los casos en que el sujeto controla la fuente de un peligro o está la víctima totalmente indefensa frente a cualquier evento, del tipo recién nacido respecto a la madre (o el padre)¹⁷.— Esta restricción, que se puede y debe compartir, con el fundamento, además, que SCHÜNEMANN le da, apelando por cierto a la naturaleza de las cosas e, incluso, a veces, a las denostadas estructuras lógicas, de carácter normativo, no es sino una manifestación, en el plano normativo (ya se vio por qué la equivalencia acción-omisión sólo es posible en el plano normativo), de que la misma teoría del dominio del hecho en que se inspira no es otra cosa, en su núcleo, que dominio de la causalidad a través de la finalidad: Que un constructor deje sin cubrir la zanja que ha hecho, produciéndose la lesión de un peatón que se precipitó en ella equivale, ciertamente, a comisión por omisión. ¿Por qué? Pues por la sencilla razón de que nuestro constructor conoce la existencia de un riesgo elevadísimo de lesiones corporales por precipitación, que, además, él debió haber atajado; de la misma manera que la madre sabe que su hijo recién nacido morirá si alguien no lo alimenta, siendo ella la más directamente designada por el derecho para evitar que eso ocurra. Luego, por lo tanto, es el dominio sobre la causalidad, desencadenada por el autor, en la comisión, y no atajada por el autor, pero que él pudo haber atajado, cuidando de que no se desencadenara o interrumpiéndola, en su caso, el concepto común a la acción y la omisión, que permite equiparar en algunos casos ambas modalidades comisivas. Tenemos que añadir: pero no siempre. Ahora bien, el de dominio de la causalidad es un concepto ontológico, y, como vimos para la comisión, el concepto finalista clave. En este sentido, hablamos de uso teleológico de un concepto ontológico.

En conclusión: El derecho penal contempla ante todo conductas finales dirigidas directamente a causar resultados lesivos para los bienes jurídicos. Siempre, y cada vez más (complejidad de la vida), es necesaria la protección en un segundo plano, para, entre otras cosas, atajar los peligros no atajados en el primer plano, el de las acciones. Para reducir su ámbito, el de las omisiones, que si no

¹⁶ Unechten Unterlassungsdelikte, 229 ss.

¹⁷ Unechten Unterlassungsdelikte, 281 ss., 334 ss.

sería ilimitado, el legislador y la doctrina exigen que la omisión sea equiparable a la acción. Ahora sabemos por qué, y no es precisamente por la razón que aduce JAKOBS¹⁸, la del control indiferenciado de los ámbitos de riesgos, de cuya importancia por lo demás nadie duda, de que tanto se puede lesionar el bien jurídico por comisión como por omisión, con el desafortunado ejemplo del coche automático, sino el simple hecho de que lo más parecido a causar intencionalmente el resultado¹⁹, hasta el punto de la equiparabilidad, es no emplear el medio más directo para evitar su producción (como demuestra el caso de la interrupción del curso causal salvador en la comisión; *vid. supra* VIII 152) por quien ha sido colocado (por el ordenamiento jurídico, es decir, normativamente) en la posición de hacerlo (siempre que se tenga la capacidad de conseguirlo)²⁰.

- 34 En el § 18 de su monumental *Unechte Unterlassungsdelikte*, 229 ss., SCHÜNEMANN elabora el “ámbito de dominio” como “directriz superior” de la imputación penal que permite aglutinar, equiparar, causar con omitir. Para fundamentarlo, SCHÜNEMANN prescinde de entender la relación que importa en derecho penal entre el resultado y la acción (prueba de ello es que los cursos causales extravagantes no se imputan en los delitos de acción), y la establece con la persona. Imputar un resultado a la persona que lo causa se basa en su “dominio sobre el fundamento del resultado”, justo el criterio que permite imputar también (de forma análoga) en la omisión. Las transiciones entre el hacer y el omitir son fluidas, p. ej. en la imprudencia (conducir un vehículo fatigado)²¹ o en el dominio de los actos reflejos, etc. La madre del recién nacido domina la vida (si no le da de comer) de su hijo, como el guardavías que no cambia las agujas ocasiona el choque de trenes. Ejemplos estos últimos que muestran muy bien la primera forma de concreción del principio del dominio: “El resultado puede, por tanto, imputarse a un omitente si éste domina actualmente su causa esencial o el desamparo de la víctima”; con especial énfasis en la actualidad del dominio. Dominio ejercido por omisión es sólo el del guardagujas que no hace el cambio de vías cuando debió hacerlo para que el tren no colisionara con otro; lo que debe distinguirse de la omisión del comportamiento de cualquier otra forma en que el maquinista pudo ser alertado de que iba a colisionar si por ejemplo se le pudo avisar unos kilómetros antes del problema surgido. Otro ejemplo: Los guardacostas que no han

¹⁸ Y con la que coquetea SCHÜNEMANN, *Unechten Unterlassungsdelikte*, 240.

¹⁹ Arranca igualmente de la acción para comprender el significado de la omisión, en oposición a JAKOBS, en la línea del texto, GIMBERNAT ORDEIG, de forma particularmente clara, en: *Ensayos penales*, 363 s.

²⁰ Con este concepto, incluso, se pueden construir, en paralelo con la comisión, las distintas modalidades de omisiones dolosas e imprudentes, con criterios de equiparación basados en el concepto ontológico del dominio por la finalidad, pero no ontológicamente, dado que en la omisión no se puede hablar de dolo, sino de cuasi-dolo. Pero, sin duda, también hay una omisión imprudente con su tipo subjetivo correspondiente, que se puede obtener por analogía con lo que ocurre con el delito de comisión imprudente.

²¹ Añadimos: El caso del pelo de cabra.

colocado en el Mar del Norte boyas rojas indicativas de peligro de muerte, han colocado una “*condición actual y positiva*” del resultado; y ello con independencia de que los bañistas pudieran ser salvados con una lancha, salvo que el dueño de la lancha tuviese el dominio sobre el desamparo de los bañistas; en otro caso, sólo causalidad potencial no equivalente a la acción.

En H-Rodríguez Mourullo, 981 ss.²², SCHÜNEMANN, después de resaltar lo que significó la monografía de ROXIN sobre el dominio del hecho de cara a fundamentar la autoría [981], y después de criticar a JAKOBS [983 ss.], por su normativismo radical que acaba fundamentando ontológicamente la distinción entre ejecutor y quien meramente contribuye al hecho [985] y volviendo a la concepción de VON BURI sobre la autoría, por no reconocer las restricciones de ROXIN, al exigir intervención en el estadio de la ejecución [987], utiliza el principio que empleó en *Unechte Unterlassungsdelikte*, de *dominio del resultado*, para fundamentar la imputación en la omisión impropia [987 ss.], para equiparar delitos de comisión, delitos de omisión (que no son delitos de deber necesariamente) y delitos especiales extendidos a quienes no poseen la cualidad exigida por el tipo a través de la norma sobre las actuaciones en nombre de otro, que encuentran su fundamentación precisamente en la asunción del dominio sobre un ámbito de riesgo, básicamente la empresa [991 ss., 998, 1010: fundamento del deber por asunción de funciones], con lo que supera a ROXIN en orden a encontrar un concepto unitario de autor [994 s.], y reivindica a WELZEL (con el que habla de la estructura lógico-objetiva de la autoría) y que en los Estudios de 1938 no sólo había hablado de dominio final de la acción sino también de dominio social o dominio amplio del acontecer, que después no continuó [995 ss.]; sin que por lo demás su concepto de dominio del resultado (de SCHÜNEMANN) tenga nada que ver con el concepto de competencia por organización de JAKOBS [998 s.].— En realidad, ciertamente, esta forma de fundamentar la omisión no se parece a la competencia por organización de JAKOBS, pero es dudoso en cambio que se diferencie mucho de ese otro gran concepto de JAKOBS de la competencia institucional, en este caso la empresa. Lo que es de celebrar.

35

G. La acción equivalente como criterio teleológico de la omisión

Circunscrito a los delitos básicos de resultado, aquellos que sólo tipifican la causación de un resultado, sin caracterización especial de la forma de producirlo, podemos decir que el fundamento de la imputación a título de omisión lo es la no evitación del mismo peligro que la modalidad comisiva quiere prevenir en el tipo correspondiente cuando su origen es ajeno al comportamiento (activo) del autor. A esta conclusión cabe llegar a través del fundamento preventivo de la lesión de bienes jurídicos del derecho penal, que quiere evitar la lesión, por acción u omisión, fundamento objetivo, como a través de las representaciones subjetivas del

36

²² Vid. también ADP, 2002, 9 ss.; Omisión e imputación objetiva, 11 ss. Vid. también BOTTKE, LH-Roxin, I, 309 ss., argumentando desde el uso del lenguaje legal [310] (vid. *supra* XIV, 238, 260)

autor ante la situación típica, fundamento subjetivo: el dolo de matar de la madre respecto al recién nacido es el mismo, con independencia de que estrangule al bebé o lo deje morir de inanición.— Por supuesto que, en su aspecto más concreto, lo que se representa y hace la madre infanticida, en el primer caso, comportamiento activo, es muy distinto a lo que se representa en el segundo caso, comportamiento omisivo; pero, en ambos casos se puede castigar por homicidio doloso si sobreviene la muerte del bebé. Es cierto, también, que falta todavía, para la completa equiparación, justificar por qué es así en el caso de la madre que omite alimentar, y no en el de cualquier tercero que observe lo que está pasando sin intervenir. Pero lo que sin duda es una forma de fundamentar y limitar la responsabilidad por omisión es circunscribir los peligros a atajar activamente a aquellos que, de producirse activamente, habrían determinado una responsabilidad por delito doloso, que son, como sabemos por la dogmática del dolo, los más inmediatos a la efectiva lesión, con exclusión de los más remotos, acotación por cierto obtenida axiológicamente, con criterios de imputación objetiva.

H. Omisión imprudente

37 Con el mismo criterio, de concreción del peligro a atajar, el mismo del comportamiento comisivo, que, lógicamente, además, se habrá debido representar el autor, para responder por delito doloso, de comisión u omisión, se puede abordar y resolver, también, el arduo problema de la omisión imprudente²³. En efecto, la omisión imprudente no lo es sólo la de una acción a través de la cual se habría evitado el resultado de una manera inconsciente o que habría proporcionado al autor el conocimiento de la situación típica del delito doloso, es decir, los casos añadidos por STRUENSEE²⁴ al caso acuñado por ARMIN KAUFMANN, de quien realiza imprudentemente la acción que cumple el mandato²⁵, teniendo todas en común la situación de peligro²⁶, representación de necesaria concurrencia, que, además, constituye el elemento subjetivo de la omisión imprudente, sino también la que conscientemente lesiona la norma que obliga a actuar en una situación de peligro ya desencadenado o que amenaza desencadenarse, de menor intensidad que la que caracteriza a la omisión dolosa²⁷.

²³ Y, de camino, seguir insistiendo en la existencia de un tipo subjetivo de imprudencia (*vid. supra* XV 11 ss.).

²⁴ RDPC, 2ª época, 16, 2005, 255 ss.

²⁵ Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 186 ss.; STRUENSEE, RDPC, 2ª época, 16, 2005, 244 ss. *Vid.* también WELZEL, PG, 245, 264.

²⁶ Que en el caso de KAUFMANN sigue persistiendo (o se reactiva) a partir del momento en que el autor comienza a cumplir mal su deber mediante una acción defectuosa.

²⁷ Sobre los distintos aspectos de la estructura de la omisión imprudente sobre los que puede recaer la infracción del deber de cuidado característica de la imprudencia, *vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 682 s. Sobre la omisión imprudente *vid.* también STRATENWERTH, PG, 444 ss.

Una excelente exposición sobre la tesis de Armin KAUFMANN, de que la capacidad de acción en la omisión (incluida la imprudente) requiere finalidad, sobre la ampliación de los casos de omisión imprudente de KAUFMANN a los casos incluidos también por STRUENSEE, que comparte, e incluso un esbozo en el mismo sentido del texto, de que puede bastar la conciencia de actuar en una situación de peligro, adelantándose a las tesis posteriores de STRUENSEE sobre el tipo subjetivo de imprudencia, puede verse en SCHÖNE, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 5-1983, 77 ss. (¡leer!).

38

No representa para JAKOBS problema distinto que en la comisión distinguir entre omisión dolosa y omisión imprudente: PG, 1018.

39

Vid. también las hipótesis de omisión imprudente que construye BUSTOS RAMÍREZ, en: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 536.

40

I. Consecuencias para el límite de los deberes de garante

Con buen criterio, SCHÜNEMANN, toma como modelo de reducción teleológica para la comisión por omisión, el de quien ejerciendo una fuente de peligro, p. ej., una empresa constructora, ha de atajar riesgos, impidiendo que surjan o atajándolos antes de que produzcan efectos lesivos, de la misma entidad que, cuando son desencadenados activamente, no tenemos inconveniente en imputar a título de delito de comisión.— ¿Por qué es éste el supuesto menos problemático de deber de garante? Sin duda porque es el que más se parece a la pura comisión (*función teleológica de la acción*), dado que en él el autor emprende actividades con las que se abren situaciones de riesgo²⁸, casi siempre amparadas por el riesgo permitido y nunca dirigidas intencionalmente a crear tales riesgos, que quien amplía su libertad de acción voluntariamente debe cubrir en lógica reciprocidad²⁹. Luego, por lo tanto, acción y omisión no son formas intercambiables de imputación. Para imputar por acción, basta actuar; para imputar por omisión no basta omitir la salvación del bien jurídico pudiendo hacerlo, sino que hace falta buscar un fundamento de imputación previo. De ahí el carácter netamente normativo de la responsabilidad por omisión.

41

¿Cómo ampliar el caso más claro de deber de garante por desarrollo de una actividad generadora de riesgos a otros en los que no puede afirmarse que el obligado sea quien los cree?— Antes de continuar, respondiendo a esta pregunta, hemos de decir algo sobre los dos grandes bloques de deberes de garante que

42

²⁸ A este grupo de deberes de garante, deberes de tráfico en la terminología de SCHÜNEMANN, *Unechten Unterlassungsdelikte*, 281 ss., le dedica el autor la mayor atención por su carácter paradigmático de fundamento del deber de garante (¡leer!).

²⁹ En el mismo principio se basa el primer criterio de JAKOBS, de competencia por organización.

debemos a KAUFMANN: control de una fuente de peligro y protección de víctimas indefensas frente a peligros. ¿Tienen un fundamento común, o hacen ya imposible un criterio unitario? Pues bien, sobre la base de que, de forma semejante a la acción y la omisión, no cabe duda de que ambos grupos enfrentan a situaciones diversas: en un caso hay que velar por el no desencadenamiento de riesgos y en el otro por los efectos de riesgos ya desencadenados, cabe hallar un principio unitario en el hecho de que en ambos casos, en última instancia, mientras más concretos el riesgo a prevenir más semejantes serán los casos en cuanto al fundamento: tan indefenso ante el peligro está el adulto que no ha visto la zanja como el recién nacido que no es alimentado³⁰. Por eso, precisamente, la omisión basada en un deber de protección, a pesar de ser el caso más apartado de la acción lesiva del bien jurídico, que es el referente común a todos los casos de imputación penal, se fundamenta axiológicamente en ella dado que en todos ellos el resultado sobrevendrá con seguridad. *La seguridad del resultado que el sujeto se representa es el fundamento de imputación penal siempre*. No se trata, pues, en la omisión, de establecer deberes de garante que obliguen indiferenciadamente a evitar, sino de averiguar si quien observa que la lesión sobrevendrá con seguridad está obligado a evitarla; cuando la respuesta es afirmativa, hemos encontrado a la vez el deber de garante y su titular.

43 Continuando, ahora, la consideración sobre las restantes posiciones de garante por comparación con el supuesto más claro, de creación de la situación de peligro, debe aludirse, en un sistema ya acuñado, en primer lugar, dentro todavía de los deberes de garante por fuente de peligro, a dos grandes bloques, el de impedir la comisión de hechos delictivos por personas a las que se está unida por algún lazo, sobre todo familiar, y el grandísimo y complejísimo grupo de los supuestos deberes de garante por injerencia, es decir, el actuar previo (aislado).

44 Por lo que se refiere al primer grupo, hace bien SCHÜNEMANN en descartarlo como fundamento de una omisión impropia³¹. A su argumento principal: si el delito, como acto culpable, representa el acto más libre que cabe concebir, se hace difícil pensar que alguien deba responder del acto libre de otro, que no forma parte, por tanto, del dominio del omitente³², y tan sólo cuando el acto delictivo es manifestación de una pérdida de libertad, p. ej., por perturbación mental del sujeto respecto al que hay una posición de garante, cabe plantear una responsabilidad en comisión por omisión, debe añadirse, solamente, que justo estos casos de constreñimiento de la libertad convierten a la persona tutelada en

³⁰ En términos semejantes, JAKOBS, PG, 969.

³¹ *Vid.* SCHÜNEMANN, *Unechten Unterlassungsdelikte*, 323 ss.

³² Por la misma razón excluye JAKOBS, *Estudios*, 358 ss., del ámbito de los deberes de garante los casos de autolesión, y, por su concepción de la omisión, los casos de heterolesión consentida.

lo más parecido a otro instrumento de la naturaleza (como explican los casos de autoría mediata cuando el autor de detrás maneja a un inimputable), lo que explica suficientemente que sea clara la semejanza con los casos incuestionados de deberes de control sobre una fuente de peligro: en este caso el de la fuerza no controlada por el sujeto inimputable o semiinimputable.

Por su parte, por lo que se refiere a los casos difíciles de posición de garante por injerencia, poco cabe añadir a la brillantísima crítica de SCHÜNEMANN³³. Quien con su mero hacer se ha inmiscuido en una situación que genera un peligro para un bien jurídico, cualquiera que se la fuente de ese peligro, no puede verse obligado por un deber especial de garante que le obligue a evitar el resultado que amenaza a título de comisión por omisión, ya que en ese caso no cabe hablar de dominio del hecho por su parte, y sí de una especie de *versari in re illicita*. Luego, por lo tanto, lo único que le alcanza, como a cualquiera, aunque no haya actuado en los hechos, es el deber genérico de socorro de la omisión propia, todo lo más reforzado, como quieren ROXIN y, siguiéndole, SCHÜNEMANN, con una pena agravada, al estilo de lo que en el CP español hace el art. 195. 3.

45

Por lo que se refiere a los deberes de garante ante víctimas indefensas frente a peligros, no ofrece duda alguna el caso más claro: madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido, a raíz del argumento de homologación entre ambos grupos de deberes: La seguridad de que el resultado sobrevendrá, más la constancia de que el deber de garante alcanza a la evitación de ese resultado, permiten la equiparación con el caso más claro de posición de garante por creación de una fuente de peligros³⁴.

46

Más problemáticos son otros casos que, sin embargo, podemos añadir, también pueden resolverse con el principio común que estamos manejando.— Así, en primer lugar, por lo que se refiere a los deberes de garante basados en una posición orgánica de naturaleza pública o privada, está claro que fundamentan una imputación en comisión por omisión en aquellos casos que claramente caen bajo su cometido y suponen un riesgo seguro de lesión. De esta manera, al directivo

47

³³ Vid. SCHÜNEMANN, *Unechten Unterlassungsdelikte*, 308 ss.

³⁴ SCHÜNEMANN, que ha seguido, modificándola, la clasificación bimembre de Armin KAUFMANN, que distingue entre deberes concernientes al control de una fuente de peligro y deberes de protección de bienes jurídicos, sitúa en el primer grupo a sus deberes de tráfico, y en el segundo al de los deberes frente a víctimas total o parcialmente desasistidas en relación al parentesco, la comunidad y la asunción (*Unechten Unterlassungsdelikte*, 334 ss.), restringiendo mucho su ámbito a casos como el paradigmático de la madre respecto a su hijo recién nacido, pero también al de los cónyuges que conviven respecto a peligros agudos del tipo llamar al médico de guardia cuando al otro cónyuge acaba de sobrevenirle un ataque cardíaco mientras duerme [356]. Sobre el pensamiento de SCHÜNEMANN, *vid.* también CUADRADO RUIZ, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 50 ss.

de la fábrica encargado de ello, le es imputable el resultado derivado directamente de un defecto del proceso de producción, como al funcionario de prisiones le es imputable la huida del preso por haber omitido cerrar la puerta. No les son imputables, en cambio, la negligencia del operario ni el delito posterior del recluso, respectivamente.— En cambio, en los restantes casos discutidos en la doctrina, de comunidades estrechas de vida, adopción libre de funciones de protección e intervención *motu proprio* en esas tareas, el fundamento de la imputación estribará en que la víctima o sus tutores anteriores hayan rebajado la protección antes brindada, o hayan asumido nuevos riesgos como consecuencia de la nueva protección, lo que sitúa la problemática claramente en el ámbito del principio de imputación que venimos manejando: de concreción del deber y presencia de un peligro específico.

J. La necesidad de un fundamento institucional para los deberes de garante

48 La norma que establece el deber de garante distingue entre especialmente obligados: entonces comisión por omisión, y simples obligados (en algunos casos): entonces mera omisión. Ni siquiera los más importantes bienes jurídicos, como la vida, pueden convertir a todos en especialmente obligados, por las razones de que hablábamos al principio: sobre-protección perturbadora. Ello obliga a encontrarle al deber de garante un fundamento específico situado más allá que el principio de equivalencia axiológica con la acción que tan considerablemente nos ha permitido, de la mano de SCHÜNEMANN, recortar al ámbito de la omisión. Ahora bien, lo que el criterio de este autor no permite es justificar por qué ante el mismo peligro de lesión un sujeto está especialmente obligado y el otro no³⁵, aspecto, éste, en que la solución institucional de JAKOBS puede indicar un buen camino. Ello, además, sin contradicción, evidenciando una vez más la necesidad de ensamblar planteamientos ontológicos y axiológicos: La institución no hace ya equiparable la acción y la omisión, como quiere JAKOBS, sino que la institución permite imputar determinadas omisiones, las equivalentes a las acciones, al sujeto que forma parte de la institución.

49 Para JAKOBS, PG, 948 ss., 970 ss.³⁶, de la misma manera que hay delitos de dominio por comisión: del propio ámbito de dominio no deben surgir peligros de lesión de bienes jurídicos ajenos (por eso se castiga el homicidio) y delitos de infracción de deber de preservar bienes jurídicos (por eso se castiga al funcionario que incumple su deber de dictar resolución justa), hay dos tipos de delitos de omisión, el de aquellos

³⁵ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 168; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 589.

³⁶ Vid. también, ampliamente, JAKOBS, Imputación penal de la acción y la omisión, 27 ss.

que infringen *deberes de configuración de un ámbito de organización* y el de aquellos que infringen *deberes en virtud de responsabilidad institucional* [970 s.]. Entre los deberes de configuración de un ámbito de organización, JAKOBS ubica los tradicionales deberes de *relación* y de *injerencia*. Que además se encuentran en relación de continuidad: Quien desempeña una actividad, industrial p. ej., debe asegurar que de su ámbito de dominio no surjan peligros (deberes de incumbencia), y si no lo hace el resultado le es imputable si sobrevino como consecuencia de la infracción de un deber y hasta donde alcance.— A partir de ahí, los efectos de su organización más allá del deber de incumbencia no permiten imputar lo acaecido; por eso surgen los deberes derivados de la injerencia o hacer previo que antes fueron absorbidos por los de incumbencia por organización o relación. En este ámbito de deberes de relación o injerencia incluye JAKOBS los casos de deber de asegurar el comportamiento peligroso de otra persona, que puede fundamentarse de cuatro maneras: 1) mediante acciones peligrosas propias (participación en comportamiento delictivo de otro); 2) mediante cosas o situaciones peligrosas (el dueño del coche debe evitar que lo use un embriagado); 3) mediante el poder sobre otra persona (los padres deben evitar el comportamiento peligroso de niños); 4) mediante la repercusión del comportamiento de otro en el ámbito organizativo propio (el empresario debe evitar que el delito de su empleado se cometa con un vehículo de la empresa).— A estos casos la jurisprudencia añade otros muy alejados: evitar delitos ajenos o en espacio cerrado (casa) propio.— No existe responsabilidad por organización para impedir autolesiones, salvo que se coopere con la víctima si aquél era garante, que haya autoría mediata por omisión o la víctima, sin ser instrumento, no puede consentir en la lesión llevada a cabo por el autor.

Entre los deberes en virtud de responsabilidad institucional (una buena y breve fundamentación de este grupo de deberes de garante: 993 s.³⁷), aparecen [993 ss.] la relación paterno-filial (y sus sustitutos), el matrimonio, la confianza especial, relaciones estatales de poder, la función policial o de seguridad básica y la sujeción a ley de la administración y la justicia.— Por lo que se refiere a la filiación y el matrimonio, JAKOBS es partidario de reducir al mínimo los deberes de garante que puedan fundamentar la imputación por omisión.— Respecto a la confianza especial, JAKOBS la aborda desde dos planos. 1) El de la confianza que genera garantía, para lo cual quien es objeto de la confianza debe introducirse en la relación que genera responsabilidad, del tipo persona que ayuda introduciendo al ayudado en su ámbito de organización. Son también ejemplos de esta relación de confianza generadora de deberes de garantía las comunidades de peligro o *quienes cumplen la ayuda mínima estatal: bombe-*

50

³⁷ Junto a la responsabilidad por organización del propio ámbito, que no deja de ser una institución (aunque inespecífica): libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias, hay una responsabilidad institucional basada en el altruismo que en lugar de ir del individuo a la sociedad, como la autoorganización, va de la sociedad a los individuos, organización colectiva, que sólo crea deberes cuyo incumplimiento por omisión equivale a la acción cuando la institución es tan importante para la subsistencia de la sociedad como la libertad de autoorganización y la responsabilidad por las consecuencias.

ros. 2) Cumplimiento de relación de garantía ya existente que se rige mediante organización en la que la vinculación es entre el obligado y la organización y no entre la organización y el ayudado. *Ejemplo*: en un hospital, el médico de guardia no pende de la relación con el paciente sino del plan del servicio.— En el ámbito de las relaciones de poder, surge la responsabilidad por garante en la medida en que la prestación debida y no prestada empeore la situación de los administrados. Este ámbito de responsabilidad es muy difuso. ¿Tiene el Estado la obligación de cuidar la salud bucal de los reclusos?— En el capítulo de los fines propiamente estatales, existe una obligación por parte del Estado fundamentadora de responsabilidad sólo frente a los peligros drásticos en lo que se refiere a prevención social elemental (p. ej. catástrofe); respecto a garantizar la seguridad exterior e interior del Estado se discute si el Estado debe asegurar frente a la delincuencia; finalmente, por lo que se refiere a los principios básicos del Estado de Derecho, el superior debe evitar el delito del subordinado.

- 51 Un buen resumen de la concepción de JAKOBS sobre la clasificación de los deberes de garante, resaltando sus ventajas sobre la tradicional de los deberes de control de fuentes de peligro y peligros para los bienes jurídicos, por abarcar también al comportamiento activo, referidos a los peligros creados por la propia organización y posición institucional del omitente, puede verse en BACIGALUPO ZAPATER, CDJ, 1996, XVII, 26 ss. (= BACIGALUPO ZAPATER, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 11, 432 ss.). *Vid.* también CUADRADO RUIZ, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 41 ss.

K. La fundamentación de la omisión en la ciencia penal española

- 52 Es digno de resaltarse que quienes más han profundizado en España en la problemática de la omisión, donde a la confusión reinante sobre ella se suma la escasa atención prestada, fundamentalmente SILVA SÁNCHEZ, GIMBERNAT ORDEIG y GRACIA MARTÍN, lleguen a planteamientos muy semejantes a los de SCHÜNEMANN.
- 53 A pesar del muy ambiguo concepto de omisión de SILVA SÁNCHEZ, ni ontológico, ni puramente normativo, ni superado por la idea de tipicidad (*vid. supra* XVI 9), ya en su libro sobre la omisión, le reconoce a ésta una *estructura negativa*, de “no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico” [144], que sin necesidad de complemento en el deber de garante (lo que no quiere decir negar su existencia), como hace la consideración formal de la omisión que SILVA SÁNCHEZ desdeña [146 ss.], fundamenta autónomamente la responsabilidad por omisión, que es de lo que se trata. Estableciendo normológicamente que la inclusión de la omisión en los delitos de resultado no se basa en una analogía con la comisión, y sí en la equiparación entre creación de un riesgo y no realización de prestación positiva que evite el resultado lesivo del bien jurídico en peligro [359 ss.], fundamenta SILVA SÁNCHEZ la equiparación entre omisión y comisión por omisión en la *identidad estructural* que presentan [369], que formula así: “Sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco, es posible hablar de que tienen en sus manos el riesgo real o hipotético, actuando a modo de «barrera de contención» del mismo. Una vez esta-

blecida –con el compromiso– tal «barrera», el retirarla, esto es, el no contener el riesgo cuando éste amenaza realizarse en el bien que hay que proteger, muestra una auténtica identidad estructural, en el plano normativo, con el hecho comisivo. En efecto, en el mencionado nivel resulta indiferente que el riesgo se genere, por vía causal, por el sujeto, o que éste, teniéndolo normativamente controlado, esto es, «en sus manos», le deje producir sus efectos lesivos. En ambos casos, cabe hablar de realización de un riesgo controlado por el sujeto. De producirse el resultado, cabe imputárselo a uno y a otro sujeto en igual medida (*nota bene*); y añade a pie de página: “El problema de la equiparación es un problema de injusto típico”.– Posteriormente, en CPCr, 38, 1989, 376 ss., precisa más su concepto material de omisión (al hilo del funcionario de prisiones) basado en la adopción del “*compromiso específico y efectivo* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados” (con nota a pie de página resaltando la semejanza de su pensamiento con el de SCHÜNEMANN). Y añade: “En el caso de que, en un determinado momento, deje de actuar como *barrera de contención* (y el riesgo no controlado se realice en el resultado), la identidad estructural en lo normativo de este supuesto con aquel en que se crea, por interposición de factores causales, un riesgo (y éste se realiza en el resultado) es total”, con nota a pie de página incluyendo ejemplo gráfico: “Es idéntico estructuralmente provocar la avenida de un río sobre un pueblo rompiendo una presa (vía comisión activa = causal) que, habiéndose «comprometido» (en el sentido material expuesto) a cerrar las compuertas siempre que se produjera una crecida, no hacerlo, dando lugar, asimismo, a la avenida”. Y añade: “Si el primer supuesto es de creación naturalística, del riesgo, el segundo puede calificarse de verdadera «creación normativa del riesgo»”.– En Cuestiones fundamentales, 51 ss., en un artículo dedicado a la regulación expresa de la comisión por omisión en el CP 1995, en el que ha comparado la nueva situación creada en España con las críticas que el sistema ya seguido desde antaño en Alemania ha suscitado en la doctrina, y con la apreciación de la doctrina española anterior a 1995, dividida entre quienes estimaban que los delitos de comisión por omisión vulnerarían el principio de legalidad, la de quienes exigían en cualquier caso una cláusula general como la después introducida, y la de quienes no veían ningún obstáculo a la subsunción directa de la comisión por omisión en el tipo concreto de la PE, supuesta la equiparación típica [53 ss.], aprovecha la ocasión para alinearse con estos últimos, y para volver a insistir en que su concepción de la omisión no se basa ni se reduce al hacer previo, como ocurre con GIMBERNAT ORDEIG y LUZÓN PEÑA, sino en el compromiso concreto de actuar como barrera de contención [64 ss.]³⁸.

Según GIMBERNAT ORDEIG, RDPC, 2ª época, 4, 1999³⁹, de la misma manera que en la segunda modalidad de delito imprudente de comisión se imputa no en base a la seguridad del resultado, sino con base en la seguridad de que el autor aumentó el riesgo del haz de peligros que con seguridad causó el resultado (*vid. supra* XVI 31),

54

³⁸ *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, EPB, 964.

³⁹ *Vid.* también GIMBERNAT ORDEIG, en: COBO DEL ROSAL (dir.). CCP, I, com. art. 11, 423 ss., 433 ss., 437 ss.

en el delito de omisión imprudente no hay necesidad de preguntar por la acción omitida que habría evitado el resultado con seguridad [545], bastando preguntar “si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro *ya (prohibido)* ha causado *efectivamente* el resultado”. *Ejemplo de GIMBERNAT ORDEIG*: El médico, por negligencia, no diagnosticó la peritonitis, lo que de haber ocurrido habría dado lugar a una medida terapéutica que habría disminuido el haz de peligros: muerte por peritonitis. Conclusión: “Se puede afirmar con seguridad que la omisión de las acciones médicamente indicadas ha provocado la desestabilización del foco, pues si el paciente hubiese sido tratado conforme a la *lex artis*, entonces el haz de peligro procedente de la naturaleza habría permanecido dentro del riesgo permitido” [546].— Por su parte, por lo que se refiere al delito doloso de omisión, únicamente existe, según GIMBERNAT ORDEIG, cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionalmente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico [550]. *Ejemplos de GIMBERNAT ORDEIG*: El anestesista que ve en el monitor que algo va mal, no hace nada; el guardagujas, deliberadamente, no cierra el paso para que se produzca un accidente; la matrona no cose el cordón umbilical del recién nacido; la niñera no saca al bebé del agua en que se ha sumergido; etc.— Es de destacar, finalmente, que GIMBERNAT ORDEIG reconoce la semejanza de su pensamiento con el de SCHÜNEMANN, pero estima que SCHÜNEMANN admite supuestos de deber de garante fundamentador de omisión impropia allí donde un cónyuge no llama al médico para que atienda al otro que acaba de sufrir una apoplejía, lo que él (GIMBERNAT ORDEIG) niega, basándose en que aquí no había un foco de peligro preexistente que controlar [552]⁴⁰.— *Vid.* también GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, 363 s.

55 Para MIR PUIG, PG⁷ 41, la única omisión imputable a título de comisión por omisión es la que presuponga: 1) la creación anterior de un peligro atribuible a quien después omite; y 2) que ese peligro determine en el momento de la omisión una dependencia personal del bien jurídico respecto al causante del peligro. Por esta vía, cree MIR PUIG extremar las restricciones que ya anteriormente habían introducido SILVA SÁNCHEZ y LUZÓN PEÑA, pues sólo su concepto permite referir el deber de garante a una situación absolutamente determinada.

56 GRACIA MARTÍN, CDJ, XXIII, 1994, 57 ss., después de cuestionar la terminología “delito de comisión” (pues tales serían sólo aquellos que únicamente se pueden cometer de forma activa) [58 s.], procede a criticar a la doctrina mayoritaria porque a su parecer hace depender el delito de omisión únicamente (a GRACIA MARTÍN hay

⁴⁰ *Vid.* las consideraciones críticas de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 343 ss., 345.

⁴¹ *Vid.* ya MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 874 s.

que oponerle que, en realidad, nadie se conforma sólo con eso)⁴² de la preexistencia de un deber de garante [59 ss.], lo que sería incompatible con el principio de legalidad, ya que el deber de garante no se establece legalmente [67 s.]. Por esa razón, expone a continuación una doctrina minoritaria representada por GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA (*vid. infra* XVI 176), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, SILVA SÁNCHEZ Y MIR PUIG, que exige identidad de injusto, y si bien debe descartarse la opción de los primeros porque parten de que la omisión ya crearía o aumentaría el riesgo de producción del resultado en el plano naturalístico, comparte con los últimos que la identidad entre acción y omisión no puede producirse en dicho plano (donde en la omisión no hay nada), sino en el normativo, si bien aquéllos se conforman con un sustrato naturalístico constituido por un comportamiento positivo realizado en lugar de la acción debida [73 ss.], sitúan la problemática en el justo camino que lleva a su concepción, según la cual el fundamento de la comisión por omisión lo proporciona el “dominio social y sobre la causa fundamental del resultado” [82 ss.], es decir, “en el poder de decisión que el sujeto tiene acerca de la situación del bien jurídico” [86]⁴³. Ahora bien, para concretar el dominio, es todavía necesario individualizar la acción cuya omisión realiza el injusto típico (en plano de igualdad con la acción), labor cuya especificación GRACIA MARTÍN asigna sagazmente a jurisprudencia y doctrina [96], para lo que menciona el criterio de TORÍO LÓPEZ, de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, la validez pero insuficiencia del criterio de SILVA SÁNCHEZ, de la actuación a modo de barrera de contención, etc. Con propuesta final de clasificación de las omisiones entre las que se encontraría, en la línea de SILVA SÁNCHEZ, una omisión intermedia entre la pura (omisión) y la comisión por omisión [101 ss.].

En Modernas tendencias, 411 ss., GRACIA MARTÍN presenta una tesis rupturista sobre la omisión según la cual la no evitación del resultado por el garante no caracteriza esencialmente a la comisión por omisión [414] porque constituye injusto específico diferente al de la acción pura (incluida la agravada) y diferente también (menos grave) al de la comisión por omisión [415]. A partir de esa premisa, y para demostrar su corrección, GRACIA MARTÍN perfila el concepto de omisión a través de los posibles tipos penales que la contienen –omisión pura, omisión y resultado, incluida la comisión por omisión en sentido estricto y explícito o implícito–, para llegar a la conclusión de que la tipicidad de esta última: comisión por omisión implícita, requiere que concurra el mismo fundamento de imputación que en la acción [426]. Para aclarar esta trascendental cuestión, GRACIA MARTÍN caracteriza a la que llama “falsa” comisión por omisión en la doctrina dominante, a la que llama falsa porque pretende implicar en un mismo tipo a las conducta activa y la pasiva, algo condenado al fracaso y que debe cerrarse

57

⁴² *Vid.* no obstante también ya BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 106 ss., 111. *Vid.*, con mejor criterio, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 395; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 11, 86; SÁINZ CANTERO, PG, II, 281; SILVA SÁNCHEZ, EPB, 971. *Vid.*, no obstante, MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 836 ss.

⁴³ De “proximidad, no sólo física, sino también social, a una persona o cosa que puede representar un peligro para los bienes jurídicos más importantes”, hablan OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 583, para referirse a lo que tienen en común las posiciones de garante.

definitivamente creando tipos específicos para cada una de ellas [438]. Llegados a este punto, el autor desarrolla su tesis que concluye, por eso es conceptual (¡más que la anterior, de compatibilidad de asimilar tipo de acción y tipo de omisión!), que no es el deber de garante el fundamento de la comisión por omisión (como no es el *status* de funcionario el fundamento de que el cohecho sea más grave que la prevaricación), prueba de lo cual es que no a todo garante se imputa a título de comisión por omisión (GRACIA MARTÍN está pensando en la omisión pura y la comisión por omisión), sino que lo es la acción omitida, son sus características, las que deben “ser tenidas en cuenta para determinar, al margen de la posición de garante, que ya no puede aportar nada, si la omisión de esa concreta acción constituye comisión por omisión (*nota bene*)” [481], lo que no es monopolio del garante, por eso no es la posición de garante elemento *constitutivo* y *fundamentador* del injusto de la comisión por omisión, sino todo lo más motivo de agravación del injusto constituido ya a través del tipo de comisión u omisión de la PE [482].— En realidad, con esta nueva propuesta de GRACIA MARTÍN, lo que se evidencia es que incluso aunque se exigiera tipificación legal expresa de la omisión impropia, lo que pretende el autor, siempre habría que tipificar también la característica del sujeto a quien imputársela, dado que no se puede hacer a cualquiera. Conclusión: Es imposible pensar la omisión impropia prescindiendo del garante. Justo lo contrario de lo que pretende GRACIA MARTÍN.

58

Como ya anticipó en Fundamentos, VIVES ANTÓN en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 11, 490 ss., partiendo de la distinción entre el substrato de los conceptos jurídicos y los conceptos jurídicos mismos [498 s.], cree resolver la paradoja de RADBRUCH, según la cual si en la omisión no hay nada difícilmente podrá causar algo en los delitos de resultado a que se refiere la omisión impropia [508], en el sentido de que tanto la acción como la omisión no son “objetos físicos” que causen [511], sino objetos de imputación de lo causado, positivamente en la acción y negativamente en la omisión [512]. En palabras de VIVES ANTÓN: “Desde la perspectiva de la causación intencional, el que omite, en ciertas situaciones de deber, mata como el que aprieta el gatillo. Y, de este modo, porque puede resultar causalmente equivalente a cualquier acción positiva la omisión puede adquirir un sentido de acción positivo y vulnerar, con ello, una norma positiva”. Con alusión a BINDING y BELING [512 s.]— Se comprende así que VIVES ANTÓN [522 ss.] entienda que la regulación expresa del nuevo art. 11 tenga solo el carácter de abundar en lo que desde el tipo de la PE es una acción positiva más: la omisión (su substrato) [522]: con alusión a los deberes, además de a la equiparación, se evita que deberes no jurídicos fundamenten la omisión [525].— Se explica, también, con ello la consecuencia a que llega el autor: “Se concluye, pues, en una sugerencia al intérprete: que analice primero el tipo aplicable, determinando el sentido propio de las palabras de la ley y que, tras verificar que el sustrato conductual omisivo de que se trata es reconducible a la acción positiva descrita por la Ley, compruebe que se dan todas y cada una de las exigencias que, con mayor o menor fortuna, establece el art. 11”.— Claro que, así, VIVES ANTÓN ni siquiera ha comenzado a abordar el problema de la omisión. A partir de aquí, no antes, se ubica todo lo que se ha dicho y puede decirse en el futuro, de la omisión.

L. El fundamento de la omisión. Conclusión

El “prototipo” de la omisión no lo puede describir el legislador porque *ex definitione* es la resultante de una extrapolación desde la acción del tipo correspondiente de acción. El legislador que sí puede describir la acción, y lo hace en todos los tipos de la PE de acción (los más), no puede hacer lo propio con la omisión, lo que constituye una muestra más del fundamento ontológico de la norma penal o necesidad de poner en relación siempre la norma con el sustrato de la normación. Hay situaciones que, pese a no haberse actuado en ellas, y por eso, deben ser tratadas como si se hubiera actuado. Algo que puede ocurrir respecto a cualquier norma prohibitiva, aun en el caso de que el legislador no dijera nada al respecto (como ha ocurrido con los delitos impropios de omisión durante mucho tiempo).— Si se comparte la anterior premisa, la conclusión es clara: Las omisiones que tipifica expresamente el derecho legislado constituyen atajos del legislador, que no puede ni quiere esperar a la equiparación del intérprete, lo que no deja de resultar una insuficiencia desde la óptica de la dinámica de la omisión impropia.

59

Con toda seguridad, el fundamento de la omisión se encuentra en el sentido primigenio de las instituciones, como quiere JAKOBS y su escuela. En efecto, las instituciones sirven, entre otras cosas, a la presevación de los bienes jurídicos. A tal fin, se representan peligros a los que puedan estar sometidos los protegidos por aquéllas, peligros los primeros de los cuales, y por tanto los más elocuentes de cara a fundamentar la necesidad de las instituciones, son aquellos que no se distinguen en nada de su causación activa. Claro que las instituciones aspiran a más, a preservar también de peligros menos graves y menos próximos. Aspecto por donde en derecho penal, a su vez, podría establecerse una escala entre las diversas clases de delitos de omisión, en una especie de paralelismo con los delitos de acción (dolosos, imprudentes, de peligro, etc.).— Lo que a su vez no quiere decir, en contra de JAKOBS y su escuela ahora, que las instituciones equiparen acciones y omisiones, pues con independencia del tratamiento jurídico posterior correspondiente, también la única manera de comprender el funcionamiento correcto de las instituciones exige representarse el ataque más directo a la misma a través de acciones que inmediatamente atentan contra su funcionamiento, y a partir de ahí otras formas, las que incluyen la causación de peligros más y más remotos y las que incluyen la omisión de la acción que habría evitado la lesión y el peligro que quiere preservar la institución. Etc.

60

Pero sigue faltando, y lo que es peor, no se vislumbran nuevos derroteros por donde indagar, un criterio heurístico de equiparación entre la acción y la omisión. Lo que no debe confundirse, pese a las reticencias de la doctrina a esta sugerencia,

61

con el hecho cada vez más evidente de que el único camino para alcanzar la meta deseada pasa por la equiparación axiológica de lo desigual (acción/omisión). Lo que debería ser además una llamada de alerta frente a la tendencia doctrinal a prescindir también de la acción como instrumento de construcción dogmática de primera magnitud (¡que no necesariamente de cara a extraer consecuencias para la punición!).— No disponemos de ese criterio heurístico, ni lo vislumbramos. Quizá nunca lo sepamos. Sólo sabemos que el caso más claro y simple, el de la creación previa y consciente anterior del peligro inmediato y directo de lesión, del tipo zanja abierta por constructor que deja sin cerrar ni indicar en lugar concurrido, cumple el requisito deseado, con todas las cautelas y restricciones posible, como han sugerido SCHÜNEMANN, SILVA SÁNCHEZ, GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA, MIR PUIG y GRACIA MARTÍN. Sabemos también que el caso de la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido, con reticencias de algunos, también es un caso claro. Y con más reticencias, el del marido que no llama a urgencias tras el infarto sufrido por su mujer. Poco más sabemos. Pero quizá no sea tan poco saber lo restrictivo que se ha de operar en este ámbito. En tal aspecto, sí se ha avanzado mucho en los últimos años por comparación a lo ocurrido con anterioridad. Dogmáticamente, en efecto, el de la omisión quizá sea el tema más oscuro de la teoría del delito, pese a los esfuerzos realizados desde hace tiempo.

62 Esta es la explicación acerca del veredicto de todos los que se ocupan del tema con cierta profundidad, pudiendo valer el resumen de GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 260: “A la vista de lo que se acaba de exponer, podría decirse que lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro (*nota bene*)”⁴⁴. En términos semejantes, STRATENWERTH, PG, 383, con consecuencia para la reducción de la responsabilidad por omisión: “Por eso, la punibilidad al menos ha de limitarse a aquellos casos en los cuales la equiparación de la omisión con el comportamiento activo se imponga irrecusablemente” [384]. JAKOBS, PG, 968: “La determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General”.

63 Durante mucho tiempo, la doctrina española consideró que los delitos de comisión por omisión infringían una prohibición, y sólo los propiamente omisivos un mandato. De ahí que no se considerara necesaria la tipificación del deber de garante para fundamentar la omisión impropia (además de la equiparación) y se considerara que el omitente causaba (causalidad hipotética). *Vid.* SÁNCHEZ TEJERINA, Delitos de omisión, 76 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 213 s.; CCP, 23 ss.; NEJ, VI, 1975, 470 (con mejor criterio: 471)— MEZGER, PG, I, 243, en quien se inspira esta forma de imputar el resultado en la omisión, en cambio, no prescindía de la exigencia del deber

⁴⁴ Y en RDPC, 2ª época, 4, 1999, 525: “Después de una discusión de más de un siglo sobre el delito de omisión impropia —esto es: sobre cuándo hay que imputar en resultado típico a un no hacer exactamente igual que si aquél hubiera sido causado mediante un comportamiento positivo— apenas sabemos nada sobre su contenido y alcance”.

de garante como presupuesto necesario de la omisión, que siempre infringe un mandato (la impropia y la propia).— CORDOBA RODA (en: MAURACH, PG, II, 297 s.; *vid.* también QUINTANO RIPOLLÉS, NEJ VI, 1975, 470) reforzó una desafortunada tradición, inspirada por SILVELA y VIADA (en contra, con mejor criterio, SÁNCHEZ TEJERINA, Delitos de omisión, 57, 65 s.: jurisprudencia, 87 ss.), según la cual el CP no contendría más delitos de omisión que los casos especialmente determinados en sus preceptos (a los únicos que a su vez se referiría el art. 1, cuando alude a la acción y a la omisión como hechos constitutivos de delito, añadimos nosotros: J.C.C.), como evidenciaría la introducción en 1951 del delito de omisión del deber de socorro que, por fortuna, habría convencido a los no convencidos antes de que no cualquier omisión puede fundamentar un homicidio. De ahí también que se especulara con la idea de cuasi-causalidad en muertes como la de la madre que no alimenta a su bebé recién nacido (*vid.* también QUINTANO RIPOLLÉS, NEJ, VI, 1975, 474). Todo ello como consecuencia de la poca familiaridad de la doctrina y jurisprudencia españolas con la idea de deber de garante, a sumar no a sustituir a la exigencia de equiparación.

Pone muy bien de relieve que la “identidad estructural” entre acción y omisión no permite prescindir del deber de garante como elemento esencial de la omisión, REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 658 ss. El hecho de que, por otra parte, demuestre muy convincentemente, anticipando lo que defendemos en el texto: que la quintaesencia de la omisión impropia es una extensión de la norma legal⁴⁵ que contempla una acción a la omisión no contemplada en ella [662 ss., 668 s.: ¡leer!], invita más a hablar de equivalencia valorativa que de identidad estructural.

64

M. Elementos comunes y específicos de la omisión propia e impropia

Volviendo a los problemas de lo imputado y sus presupuestos en el delito de omisión, referidos sobre todo a la acción que habría evitado el resultado y las circunstancias objetivas y subjetivas que la condicionan, lo primero que hay que explicar es por qué los códigos penales conocen y distinguen omisiones propias e impropias. El análisis de sus elementos comunes y diferenciadores, por lo demás, quizá pueda ayudar a resolver algún problema intrincado de lo imputado a título de omisión, concretamente el significado de la no evitación del resultado como consecuencia de no haber actuado.

65

N. Causalidad e imputación objetiva en la omisión

En los delitos de omisión propia, expresamente tipificados por el legislador, con su prototipo: el delito de omisión del deber de socorro (art. 195), lo que se

66

⁴⁵ Siguiendo a GRACIA MARTÍN, que ya le había reprochado eso a SILVA SÁNCHEZ: Si hay que comprobar un concreto deber de actuar como barrera de contención asumido antes, habrá que relativizar la existencia de un catálogo taxativo de deberes de garante: 669.

imputa es la omisión, pero no, p. ej., la muerte que sobrevino como consecuencia de la omisión (además de lo que la causó). En los delitos de omisión impropia, p. ej., el homicidio que, como delito de resultado (*vid. infra* XVI 112), se puede cometer activamente o por omisión, lo que se imputa es la propia muerte, equiparada a haberla causado pese a que el autor sólo ha omitido evitarla.— A su vez, el hecho de que lo imputado sea distinto en ambos grupos de delitos, siendo más grave uno que lo otro, no quiere decir que sus presupuestos sean distintos, ni siquiera el del requisito que permite imputar el resultado en los delitos de omisión impropia, también exigible en la omisión propia aunque no sea para hacerlo. Por decirlo brevemente: La omisión del deber de socorro que, ciertamente, se comienza a cometer (tentativa) (*vid. infra* XVI 152 s.) desde el momento en que se ha producido ya la situación de necesidad y el omitente puede emprender la acción de salvamento necesaria, no da lugar a un delito consumado, quedando en tentativa, si antes de que se produzca el resultado que se quiere evitar con el mandato de actuar, interviene un tercero que lo hace.— Igualmente, para la imputación, tanto de la mera omisión en los delitos de omisión propia como el mismo resultado no evitado en los delitos de omisión impropia, es necesario comprobar que el resultado no se ha evitado⁴⁶, es decir, que se ha producido por la cadena causal que el omitente debía haber interrumpido y no lo hizo; y es necesario comprobar, con criterios de imputación objetiva, que el resultado causado no evitado es retrotraíble a la acción causal omitida. Este es el sentido que tiene la exigencia en los delitos de omisión de que sólo se imputa la acción omitida que *habría evitado el resultado*; siendo aquí donde, de manera semejante a lo que ocurre en la imprudencia (*vid. supra* XV 65 ss.), cabe plantear el problema de qué ocurre cuando las posibilidades de salvación, debido a lo “tocado” que ésta el bien jurídico, son escasas, en cuyo caso puede ocurrir, y ocurrirá frecuentemente, que haya que imputar a título de mera tentativa cuando, p. ej., el médico no hace nada por materializar las escasas posibilidades de salvación, pero no por consumación, dado que no se puede demostrar que, p. ej., la muerte del paciente fue retrotraíble (con seguridad rayana en la certeza)⁴⁷ al no aprovechamiento de las escasas posibilidades.

⁴⁶ En la omisión propia, ciertamente, ese resultado no está tan concretado como en la impropia: p. ej., tan omisión del deber de socorro es no haber evitado una muerte como unas lesiones graves (*vid. las ponderadas y motivadas consideraciones de LUZÓN PEÑA, PJ, 2ª época, 1, 1986, 95 ss., sobre el elemento subjetivo de la omisión de socorro*); pero, en cualquier caso, como demostró magistralmente Armin KAUFMANN, éste es un delito de resultado, no de mera “inactividad”. *Vid. también* JAKOBS, PG, 1040. De otra manera, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 339, que ve en los delitos de omisión propia un delito de peligro abstracto (siguiendo a MEZGER, PG, I, 234). OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, 562, hablan de delitos de mera (in)actividad, para referirse a la omisión propia.

⁴⁷ Aquí debe matizarse lo dicho *supra* VIII 147: Es más correcta la fórmula de la causalidad conforme a ley que la de la equivalencia de las condiciones, pues siempre hay condiciones desconocidas del resultado que impiden la pureza que requiere la teoría de la equivalencia.

SCHÖNE, CPCr, 1, 1977, 63 ss., explica muy bien por qué el delito de omisión del deber de socorro no es un delito de mera inactividad, sino de resultado, siguiendo a Armin KAUFMANN [64 s.]. Y de camino explica muy bien por qué en la concepción finalista el resultado es a la vez elemento del tipo y condición objetiva de punibilidad sin contradicción, con argumento semejante al nuestro, del resultado representado *ex ante* y el resultado de concurrencia (de ocurrir) *ex post* [65 ss., 71 s.], e incluso justifica muy bien por qué el resultado forma parte del tipo de injusto de cara a acotar una tipicidad que podría ser muy amplia [68 ss.].

67

Precisamente la tesis de GIMBERNAT ORDEIG sobre la omisión impropia es la de que en aquellos casos en que la víctima estaba sometida a muchos peligros, más allá de los que pueden prevenirse con los deberes de actuar: no es seguro que, aunque se lleve a cabo la operación, la víctima pueda ser salvada, nunca podrá saberse si la muerte puede imputarse en comisión por omisión al cirujano que no procedió a llevarla a cabo⁴⁸.— Para salir del dilema, propone GIMBERNAT ORDEIG sustituir la seguridad rayana en la certeza con que la doctrina dominante resuelve el problema de la causalidad en la omisión como requisito para imputar el resultado a título de comisión por omisión, por el criterio según el cual basta con que no se haya atajado el haz de peligros que acechan al bien jurídico, lo que incluye peligros dominables por el omitente (p. ej. los que atajaría con la operación, aunque no sean suficientes para evitar la muerte y nunca se sepan sus efectos en el caso) y otros no evitables más el resultado, para que el resultado se impute al omitente. Este omitente ha causado, según GIMBERNAT ORDEIG⁴⁹.

68

De forma parecida a las tesis de GIMBERNAT ORDEIG sobre la imprudencia, con las que éstas de la omisión están estrechamente emparentadas en su concepción, hay que distinguir aquí el problema de la causalidad (cuasi-causalidad) y el de la imputación.— Desde el punto de vista de la causalidad, la tesis de GIMBERNAT ORDEIG es impecable y esclarecedora: nadie puede asegurar que la acción omitida habría evitado con seguridad el resultado. Luego, por tanto, hay que conformarse con exigir que se lleve a cabo la acción indicada en el caso que por experiencia sobre la causalidad probablemente evitará el resultado (por eso su omisión es constitutiva del injusto de omisión), p. ej., la intervención quirúrgica que habría evitado la peritonitis que causó la muerte del paciente.— Por su parte, desde el punto de vista de la imputación de la muerte causada por la peritonitis, en principio tampoco habrá inconveniente en imputar la muerte al médico que no intervino, aunque en algún caso el comportamiento negligente o doloso del propio paciente o un tercero

69

⁴⁸ Esta tesis está fundamentalmente desarrollada en GIMBERNAT ORDEIG, RDPC, 2ª época, 4, 1999, 539 ss.; ADP, XLVII, 1994-III, 25 ss.

⁴⁹ Con conclusiones sobre la comisión por omisión en general: GIMBERNAT ORDEIG, ADP, XLVII-III, 1994, 54 ss.

obligue a plantear la ardua cuestión de la prohibición de regreso. Y ello además por las razones que sustenta brillantemente GIMBERNAT ORDEIG: haz de peligros que el autor debió mantener bajo control y no lo hizo, dejando fuera de control el peligro controlado hasta entonces.— Lo único que ocurre, y sólo esto cabe censurar a GIMBERNAT ORDEIG, una cuestión además menor de carácter metodológico, siendo muy certero el autor a la hora de criticar la doctrina de la disminución del riesgo como criterio de imputación en la omisión, es que yerra al censurar también a la doctrina mayoritaria de la probabilidad rayana en la certeza con su argumento de la seguridad⁵⁰, que parece entender en el sentido de aislar una única causa en el resultado a imputar que además se representó el autor, siendo así que lo que sostiene la teoría de la causalidad conforme a ley (¡válida también en la omisión referida, claro está, al curso causal que se debió haber iniciado y no se hizo!) es que el resultado se puede explicar como el de una cadena causal alguno/os de cuyos eslabones realizó conscientemente el autor.

2. DOGMÁTICA DE LA OMISIÓN (PROPIA E IMPROPIA)⁵¹

A. Prohibiciones y mandatos. Acciones y omisiones⁵²

70 Las normas jurídicas *primarias*, las que determinan *prima facie* cómo ha de comportarse el ciudadano (recuérdese lo que se dijo de las normas jurídicas *secundarias* o autorizaciones) (*vid. supra* X 1), pueden consistir en *prohibiciones* o *mandatos*, en atención a su *contenido*, es decir, lo que esperan y exigen de sus destinatarios, o, lo que es lo mismo, que se abstengan de realizar algo (prohibición) o que realicen algo (mandato), consistiendo siempre ese “algo” en una acción (final); concretamente, en derecho penal, la que lesiona o pone en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, o la adecuada para evitar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido⁵³.— La circunstancia de que el derecho penal se limite a proteger el contenido mínimo necesario para preservar los bienes jurídicos fundamentales, explica y justifica que se componga básicamente de prohibiciones y que, por tanto, tipifique preferentemente delitos de comisión, ya que los bienes jurídicos deben ser protegidos ante

⁵⁰ Argumenta también en contra de la construcción de GIMBERNAT ORDEIG, desde su pretensión de haber resuelto lo que a su parecer no resuelve la doctrina mayoritaria de la seguridad rayana en la certeza, BACIGALUPO, PG³, 404.

⁵¹ Una buena revisión, elemento a elemento, de cómo ha repercutido en la jurisprudencia del TS la dogmática de la omisión, puede verse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, LH-Bacigalupo, I, 381 ss. (¡leer!).

⁵² Sobre este apartado es fundamental y de obligada lectura el capítulo primero de la magistral obra de Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 23 ss.

⁵³ *Vid.* ya MIR PUIG, PG⁷, 309; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 269; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 822; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 648; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 326; CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 389.

todo frente a las acciones que los destruyen, pues sin la preservación frente a los ataques activos la sociedad no subsistiría⁵⁴.— Sin embargo, ello no quiere decir que los bienes jurídicos de un ordenamiento se garanticen sólo preservándolos frente a ataques activos; antes bien, mientras más complejas son las sociedades y más pretensiones tiene el Estado en la preservación de los derechos más necesarias son las normas reguladoras de deberes de actuar, como evidencia la presencia creciente, sin salir del derecho penal, de delitos que tanto se pueden cometer por acciones como por omisiones por quienes tienen encomendada la vigilancia de ámbitos respecto a los que tanto deben abstenerse de realizar (omitiendo) actos perturbadores de su estabilidad como impedir (actuando) que el estado se vea perturbado por fenómenos de la naturaleza o acciones de otros agentes humanos, como ocurre con el empresario en el ámbito de su empresa, el funcionario en el sector de la administración que tiene encomendado o los padres respecto a sus hijos de corta edad⁵⁵.— Si salimos del derecho penal, veremos que en otros sectores del derecho de carácter preferentemente asistencial, como p. ej. ocurre con el contenido de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, el número de mandatos es muy superior al de prohibiciones.— Que el contenido de una norma consista en la exigencia de una omisión (prohibición) o en la exigencia de una acción (mandato), a su vez, no depende de la forma en que esté redactada sino de la obligación dimanante de la misma⁵⁶. Así, el delito, previsto en el Código penal alemán, consistente en ausentarse del lugar donde se ha producido el accidente automovilístico (con el que se pretende facilitar su esclarecimiento), no es un delito de comisión sino de omisión (lo importante no es la acción de irse sino la omisión de la permanencia). En este sentido, conviene no dejarse engañar por la semántica. No es exacto equiparar la norma “¡Debes pagar tus impuestos!” con la norma “¡No debes defraudar a Hacienda!”, pues no toda omisión del pago a Hacienda consiste en un fraude a la misma. Por eso hubo necesidad de modificar la redacción del delito fiscal en España tipificándose expresamente la omisión que implique defraudación (art. 305).

B. Omisión⁵⁷

El delito de omisión no consiste en un simple no hacer nada⁵⁸. La omisión es siempre omisión de una acción final, querida por el derecho a través de una

71

⁵⁴ *Vid.* ya JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 648.

⁵⁵ *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 325.

⁵⁶ *Vid.* ya CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 264, siguiendo a Isaías SÁNCHEZ TIJERINA, Delitos de omisión, 60. *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 327.

⁵⁷ Sobre este apartado es fundamental y de obligada lectura el capítulo segundo de la magna obra de Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 45 ss., 55 ss., a quien sigo.

⁵⁸ *Vid.* ya JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 662; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 338; SÁINZ CANTERO, PG, II, 277; CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 390.

norma (mandato) que crea un deber de actuar finalmente (*Handlungspflicht*) en una situación determinada⁵⁹, que hace que si el sujeto posee en ese momento la capacidad de actuar (*Handlungsfähigkeit*)⁶⁰ la norma abstracta se convierta en concreto deber, llevándose a cabo, con su vulneración, la omisión de la acción exigida, el tipo del delito correspondiente.

72 *Ejemplo:* El delito de omisión del deber de socorro (art. 195) crea, para quien p. ej. se encuentra en las inmediaciones de un accidente de circulación con víctimas humanas y puede emprender una acción de salvamento, como trasladar al herido al hospital, la obligación de hacerlo.

73 Al igual que ocurría con el concepto (ontológico) de acción, el de omisión nombra sólo una capacidad puramente fáctica de actuar. No se trata de que el omitente conozca y comprenda el deber que está infringiendo; también el inimputable omite. Con la *capacidad de acción* no desarrollada, característica de la omisión, se alude sólo al hecho de que el sujeto conoció la situación en que era obligatorio actuar (aunque él desconociera la obligación o no la comprendiera) y gozaba de la capacidad, en el sentido de la voluntariedad, de desarrollar la acción requerida por la situación (en el ejemplo anterior, abrir la puerta del vehículo y trasladar al accidentado al hospital más próximo, llamar a una ambulancia, etc.)⁶¹.

74 Precisando más el concepto de capacidad de acción, la omisión es siempre omisión de la *concreta acción final* que habría evitado la lesión del bien jurídico que se quiere preservar. No se trata, pues, de la mera voluntad del causalismo, como ausencia de coacción, sino que se trata de auténtica finalidad (la omitida), razón por la cual el omitente se ha debido representar correctamente la acción final contenida implícitamente en el tipo de omisión, que no es otra que la que habría evitado el resultado que pretende el tipo delictivo.— De ahí que sin representación de esos elementos, referidos a la acción exigida por el tipo, no se pueda hablar de capacidad de acción⁶².

75 *Ejemplo:* El paseante de la playa que no sabe nadar, y ve en las inmediaciones a un bañista ahogándose, ignora que en las proximidades había un salvavidas, etc., no omite, pues no se ha representado elementos esenciales de la acción necesaria para el salvamento característico del delito de omisión del deber de socorro.

76 Por esta vía, se observa el paralelismo, esclarecedor para la omisión, con la acción, pues ésta, antes de emprenderse, no es más que capacidad de acción, con

⁵⁹ JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 663.

⁶⁰ *Vid.* ya CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 329.

⁶¹ Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 97 ss. (¡leer!). *Vid.* ya CEREZO MIR, PG, III, 252 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 663 s.; SÁINZ CANTERO PG, II, 276; WELZEL, PG, 238; JAKOBS, PG, 956 ss.

⁶² *Vid.* ya CEREZO MIR, PG, III, 252.

previsión de las metas, elección de los medios, etc. (*vid. supra*), luego desarrollada (por eso no juega papel relevante alguno la capacidad de acción, no por ello inexistente), mientras que la omisión implica una capacidad de acción de la misma índole que en la acción, sólo que no desarrollada⁶³.

De la misma forma que en la acción, ahora con el concepto causal, sin voluntariedad no hay acción (quien es empujado no obra), sin capacidad física de emprender la acción exigida no hay omisión. Quien no puede emprender (físicamente) la única acción que habría evitado el resultado no ha omitido. Además, contiene la omisión un elemento intelectual, constituido por la representación de la situación que obliga a actuar y por la representación de la posibilidad de evitar el resultado sumado a la de los medios necesarios y adecuados para conseguir ese propósito. Este último elemento intelectual no requiere ni permite más que la representación de que se puede intentar (*Versuchsfähigkeit*)⁶⁴ la acción de salvamento adecuada, bien entendido que *ex ante* nunca existe la garantía absoluta de conseguirlo.— De lo anterior resultan tres consecuencias importantes para la dogmática de la omisión: 1° Que la representación (quizá errónea) de que se puede emprender con garantía de éxito (nunca seguridad) la evitación del resultado que amenaza, hace nacer ya el deber de actuar con cuyo incumplimiento se ha cometido el delito de omisión (al menos tentativa), aunque “desde fuera” se prevea la inviabilidad del proyecto. 2° Que la duda sobre la evitabilidad del resultado (salvamento del accidentado, p. ej., trasladándolo al hospital) no exonera del deber de emprender la acción, o, lo que es lo mismo, que la omisión en caso de duda sobre la evitación del resultado es constitutiva de delito. 3° Que sin representación de la acción de salvamento, pero con representación de la situación que obligaba a examinar aquella posibilidad, hay omisión (omisión inconsciente) y que, a la inversa, sin representación de la situación de necesidad no hay omisión, por más que existan deberes generales de examen que se hayan vulnerado⁶⁵.

77

LACRUZ LÓPEZ, Comportamiento omisivo, ha criticado e intentado superar la tesis de Armin KAUFMANN, según la cual la capacidad de acción, para darse por constatada, requeriría la representación actual de al menos la situación en la cual la acción de salvamento es necesaria y posible (existencia de los medios para emprenderla con garantías de éxito) [423 ss.]. Frente a ello, y puesto que la existencia de esa representación actual entre otras cosas podría suponer un privilegio inmerecido para sujetos desaprensivos (el

78

⁶³ Vid. ya Muñoz CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 270; WELZEL, PG, 238.

⁶⁴ Vid. Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 232 ss. (¡leer!).

⁶⁵ Sobre estas características del tipo de omisión, fundamental, KAUFMANN, Delitos de omisión, 113 ss., a quien sigo y sintetizo resumiendo un pensamiento cuya captación hace incluídible la lectura directa de la obra.

padre del menor que no se preocupa de vigilarlo mientras éste se baña, prefiriendo hablar con otra persona carecería de entrada de capacidad de acción), que quizá ni siquiera se han planteado, habiéndoselo podido plantear, dado que disponían de suficientes datos que debieron llevarles a alcanzarla, la exigida capacidad, basta, para estimar cumplido el elemento, con la capacidad de haber llegado a la representación actual de la situación de necesidad y la necesaria y posible acción de salvamento, es decir, conformarse con la capacidad potencial de acción, no siendo necesario que la capacidad sea actual, como quería Armin KAUFMANN [429, 429 ss.].— Es de celebrar que LACRUZ LÓPEZ se haya plantado esta cuestión pues, ciertamente, el pensamiento de Armin KAUFMANN puede prestarse a esa conclusión tan insatisfactoria. Ahora bien,⁶⁶ lo que no parece que sea acertado, ni necesario para el fin de corregir a Armin KAUFMANN, es la solución alternativa de LACRUZ LÓPEZ. Según él, sobre la base de que no puede pretenderse que la responsabilidad por omisión dependa de que el autor se hubiese representado fehacientemente la situación de peligro y la acción necesaria, bastaría con que se pudiese haber representado ambas, esto es, basta con la capacidad de acción potencial. De esta manera, en el ejemplo del padre que no vigila a su hijo, basta con que hubiera podido o debido prestar la atención que le habría permitido vislumbrar la situación de peligro en que cae el menor, para que se impute la omisión, y, por tanto, el resultado no evitado (la muerte del menor).— Llegados a este punto, hay que decir: En derecho penal, se responde por las acciones y las omisiones equivalentes a las acciones, no por las capacidades no utilizadas o mal utilizadas. Ello es así, entre otras cosas, porque las primeras permiten una mayor y mejor modulación de la responsabilidad. De hecho, la distinción entre el comportamiento doloso y el imprudente se basa en última instancia en los conocimientos de que se disponía en el momento de actuar. Situados en este punto, se comprende por qué el concepto de capacidad actual de acción de Armin KAUFMANN, a pesar de lo restringido que fue, era correcto, y cómo puede superarse, ampliarse, sin contradecirlo. KAUFMANN configuró el caso más claro de capacidad de acción, el de quien conoce perfectamente la situación de necesidad y la acción necesaria para salvarla. Por eso, incluso, fue tan restrictivo en la omisión imprudente: el caso más claro de acción imprudente es el de quien emprende la acción de salvamento necesaria, pero lo hace defectuosamente, con lo que no evita el resultado que quiere evitar. Que este concepto es útil, pero muy restringido, lo ha evidenciado con posterioridad STRUENSEE, demostrando que caben otros supuestos de omisión imprudente más allá del configurado por KAUFMANN, como el de la omisión de la acción que le habría proporcionado al sujeto el conocimiento de la situación del delito doloso. Y podríamos todavía ampliar más los supuestos de capacidad de acción, a aquellos supuestos en los que el sujeto es consciente de que está inmerso en una situación de peligros ya desencadenados o que amenazan desencadenarse, pero de menor intensidad que la que fundamenta la imputa-

⁶⁶ De posición intermedia entre exigir conocimiento de la finalidad de la acción que debe emprenderse y conformarse con la mera capacidad objetiva, hablan JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 664 s., para referirse a que el omitente se ha de representar la acción como meta posible o poderse la representar (omisión imprudente). Realiza también consideraciones muy interesantes sobre la peculiaridades del dolo en la omisión, matizando y criticando el parecer de Armin KAUFMANN, STRATENWERTH, PG, 401 ss.

ción a título de dolo, en la que cabría ubicar el ejemplo de LACRUZ LÓPEZ, del padre que desatiende al menor en una situación más o menos peligrosa relacionada con los baños veraniegos. En estos casos, ¿debemos hablar de capacidad actual o potencial de acción?— Ciertamente, no se trata de entablar un debate semántico que no se corresponda con cuestión material alguna. Lo importante es tener en cuenta que mientras mayores conocimientos de la situación de peligro se tengan, mayor será la responsabilidad por omisión. Luego es algo actual, no potencial, lo que fundamenta la omisión, igual que la comisión.

C. ¿Causalidad en la omisión?

El omitente no causa⁶⁷. La causalidad (*vid. supra* VIII 136 ss.) es una propiedad de la acción (determinada clase de acciones) conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Es cierto que, conforme a esta teoría, deben pensarse tanto las condiciones que causaron el resultado como aquellas otras que, no habiéndolo causado, lo habrían evitado de haberse producido, como la condición, no interpuesta, de haber arrojado un salvavidas a quien se está ahogando; de ahí que cause quien impide que llegue al naufrago el salvavidas que ha arrojado otro.— Lo que ocurre es que, como ya se ha dicho, la causalidad es una propiedad de la acción cuando, con ella, el sujeto actuante coloca con su acción una condición de las que causan el resultado o impide, con ella, que la condición que lo habría evitado alcance su efecto, siendo en ambos casos el autor de la acción que causa el resultado. Sin embargo, en la omisión no se trata de eso, no pudiéndose por ello afirmar lo mismo, sino que antes al contrario en ella lo que se le imputa al autor es no haber puesto la condición que habría evitado el resultado, por lo que el omitente nunca causa sino que omite la condición que habría determinado que el resultado causado no fuese el que se produjo sino otro, en el sentido establecido por el tipo de omisión correspondiente.— Ahora bien, aunque en la omisión no cabe hablar de causalidad, sí cabe hacerlo de *cuasi-causalidad*, para referirse a la capacidad de acción del omitente, es decir, a la omisión de la acción que, como consecuencia del conocimiento y capacidad de dominio sobre las leyes de la causalidad, habría evitado la causación del resultado, la omisión de cuyo desarrollo constituye precisamente el delito de omisión.

79

⁶⁷ *Vid.* ya CEREZO MIR, PG, III, 253. En contra de esta peculiar concepción de Armin KAUFMANN, ampliamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión, 48 ss., que habla de “condición negativa” para referirse a la que, de haberla puesto quien la omitió, habría evitado el resultado [56], y aún reconociendo que en una concepción mecánico-naturalística el concepto no se estima válido, ello no afecta al fenómeno jurídico que lo que conecta es al comportamiento con el mundo social [57]. El problema es que, como el propio RODRÍGUEZ MOURULLO reconoce, con la sagacidad que le caracteriza, “el número de las omisiones que no han impedido un mismo resultado *tiende virtualmente al infinito*” [66], por lo que el ordenamiento jurídico ha de precisar ya normativamente las omisiones de quienes se encuentran en una posición que fundamenta el deber de evitarlo [68].

80 En ADP, LIII, 2000, 31 ss., GIMBERNAT ORDEIG se ha ocupado ampliamente del problema de la causalidad en la omisión impropia. Después de exponer los intentos de reducir la omisión impropia a un problema de causalidad, bien mecánica (siglo XIX), bien no mecánica (siglo XX), o de cuasi-causalidad, se detiene particularmente en este último enfoque por ser el dominante en la actualidad, si bien él pone de relieve cómo esa aparente unanimidad no es tal, habiendo cuanto menos tres versiones sobre la (cuasi)causalidad en la omisión impropia: 1) la que se conforma con la seguridad rayana en la certeza, 2) la que exige certeza absoluta, 3) la que exige disminución del riesgo; de las cuales la dominante a su vez es la primera. Por eso, considera a continuación las objeciones que se le hacen y que GIMBERNAT ORDEIG clasifica así: a) Frecuentemente no se cumple con la exigencia de seguridad rayana en la certeza, conformándose con un grado menor; b) Cuando entre el garante que omite y la no evitación del resultado ha debido intervenir un tercero al que no se le ha dado la oportunidad de actuar, no puede saberse si ese tercero habría actuado realmente, conformándose la doctrina dominante con presumir que lo habría hecho; c) Es imposible determinar en ámbito frecuente de la omisión como el de las enfermedades, cuál habría sido el curso de una enfermedad si se hubiese ejecutado el tratamiento indicado. Explica y critica a continuación brevemente GIMBERNAT ORDEIG las dos teorías minoritarias alternativas: la de la absoluta seguridad y la de la disminución del riesgo, y toma posición en la línea ya conocida (*vid. supra* XV 139 e *infra* XIV 94) del control de un foco de peligro, que entiende como fórmula revolucionaria superadora de la causalidad en la omisión.— Frente a este parecer tan atrevido de GIMBERNAT, hay que decir que con independencia de lo sugestivo y esclarecedor de la difícil problemática de la imputación del resultado en la omisión impropia que él ha sabido como nadie cuestionar, en la omisión impropia no se plantea un problema de concreta causalidad conforme a la equivalencia de las condiciones que permita decir que la omisión causó el resultado, lo que sólo ocurre con la acción. Se habla de (cuasi)causalidad en la omisión porque se emplea como fórmula heurística de imputación normativa bastante satisfactoria la teoría de la causalidad conforme a ley, esto es, las leyes causales con las que se hacen experimentos mentales lícitos, como p. ej. el de que la omisión del tratamiento médico indicado también (¡además de la enfermedad!) cuasicausó la muerte porque su aplicación habría mantenido con vida al paciente con toda seguridad (= presumiendo unos efectos que la ciencia médica, por experiencia general y estadística, pronostica).

D. ¿Dolo de omitir?

81 En la medida en que el dolo es el querer inherente a la acción, acompañado del conocimiento de las circunstancias que la hacen adecuada para conseguir la finalidad con ella perseguida (causación del resultado) (*vid. supra* VIII 222 ss.), en la omisión no cabe hablar de *dolo*⁶⁸, precisamente por la ausencia de acción. El

⁶⁸ El pensamiento de Armin KAUFMANN sobre este punto está desarrollado fundamentalmente en Delitos de omisión, 84 ss.; 313 ss. (de lectura imprescindible). *Vid.* ya CEREZO MIR, PG, III, 253; WELZEL, PG, 238; BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 81 ss. En contra de esta peculiar concepción de Armin

autor que ha omitido la evitación del resultado no lo ha querido como su obra. Por eso, en la omisión, es preferible hablar de mero *conocimiento* de que sobrevendrá el resultado que el autor debió impedir.— Este postulado se evidencia en numerosos detalles de lo que representa el dolo o su equivalente, en la medida en que hay que distinguirlo frente a la omisión imprudente (*vid. infra* XVI 181), en la omisión por contraposición a la acción.— Así, mientras que en la acción el autor domina la causalidad, ya que es él quien pone cada uno de los eslabones que en su mayor concreción determinan el resultado a imputar, en la omisión lo imputado será algo que el autor no domina; en algunos casos, incluso, algo que ni siquiera conoce (*omisión inconsciente*): El guardavías que se ha echado a dormir no se ha representado para nada la acción de bajar la valla en el momento en que debía hacerlo y, pese a ello, le es imputable como omisión (“*omissio libera in causa*”) (*vid. infra* XVI 183 ss.), pues sí fue consciente de ello en el momento en que se echó a dormir.— Por otra parte, aunque las cuestiones de causalidad e imputación objetiva se resuelven para la omisión impropia (o comisión por omisión) en los mismos términos que para los delitos comisivos, no surgen tantos problemas de *desvío* allí como aquí, por tratarse el dolo o conocimiento en la omisión de un dolo menos concreto que en la comisión, siendo improbables en la omisión los problemas que en la comisión suscita el “*dolus generalis*” (*vid. supra* VIII 325 ss.) y más viables las cuestiones que la doctrina mayoritaria quiere resolver con la teoría de la imputación objetiva.— Una última manifestación de las peculiaridades del elemento subjetivo en la omisión, de las muchas que podrían mencionarse, la constituye la dificultad de incluir en la cláusula de equiparación entre la comisión y la omisión en los delitos de resultado, del art. 11 (*vid. infra* XVI 112), los tipos delictivos que exigen *intencionalidad*, la forma más reforzada de dolo, lo que lo asocia con la acción y lo distancia de la omisión, mientras que el dolo eventual, su forma más tenue y mejor definida en el aspecto intelectual (*vid. supra* VIII 246 ss.), no presenta ninguna dificultad⁶⁹.

KAUFMANN, RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión, 37 ss., con muy interesante tratamiento (¡que evidencia lo acertado del planteamiento de Armin KAUFMANN sobre el elemento subjetivo en la omisión!) de los denominados “delitos por olvido” [41 ss.] con base en una voluntad anterior del tipo *¡ya me acordaré después!* [47]. *Vid.* también SÁINZ CANTERO, PG, II, 277. En contra de reconocer peculiaridades del dolo en la omisión frente a la comisión, también MIR PUIG, PG⁷, 317; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 842 (inclusión hecha del dolo eventual: 842, y la imprudencia: negligencia en el reconocimiento de la acción de salvamento: 845); GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 580 s. (inclusión hecha del dolo eventual): dolo = voluntad de no actualización de una finalidad debida; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 334: basta con el aspecto cognitivo del dolo. De dolo como “apreciación sería de que la realización del tipo es (al menos) no imposible”, lo mismo que en la comisión (*vid. supra* VIII 240), habla JAKOBS, PG, 1012, para referirse al dolo de omisión, lo que a su vez hace que sea más fácil ver lo que en común tienen el dolo en la comisión y en la omisión (“conciencia como imagen mental”): 1015.

⁶⁹ *Vid.* STRATENWERTH, PG, 404 s. Una curiosa forma de reconocer la intencionalidad en la omisión puede encontrarse en JAKOBS, PG, 1017 s.

E. Clasificación de las omisiones

82 Aunque no se trata propiamente de una clasificación, Armin KAUFMANN, *Delitos de omisión*, 249 ss., niega que el delito de omisión impropia realice el tipo del delito de comisión correspondiente [263, 279], pues no es una comisión (único supuesto de ese tipo de delito), sino una omisión que haya de subsumirse en un tipo específico que contenga un deber de garante como elemento especial (de la autoría) [269, 309 ss.], siendo un *auténtico* delito de omisión [281], como la omisión propia o pura. La omisión impropia, por lo demás y en consecuencia, no se diferencia de la propia por su estructura (la misma), sino por “sus referencias axiológicas”, que es lo que permite deslindarlas [283, 309], con el dato añadido de que mientras la omisión pura está tipificada en la PE, la omisión impropia o comisión por omisión no lo está, lo que representa un problema de política jurídica y de respeto al principio de legalidad [284], que Armin KAUFMANN quiere paliar creando tipos en la PE [293] cuya orientación axiológica se parece mucho a la que defendemos en el texto, con la siguiente secuencia de consideraciones valorativas para la “fijación del tipo de omisión impropia: a) *Punto de partida es la existencia de un tipo de acción, que veda la realización de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico./ b) Ha de existir un mandato que tenga por contenido evitar esta lesión o puesta en peligro de bien jurídico./ c) La infracción de este mandato tiene que asemejarse al menos aproximadamente al delito comisivo descrito en a) en cuanto a contenido de injusto y magnitud del reproche de culpabilidad (y, por tanto, en merecimiento de pena). Aquí es precisamente donde está la sede del auténtico problema de la equiparación; en la formulación usual: aquí ha de plantearse la existencia o no de relación de garantía*” [290].

83 RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión*, 72 ss.⁷⁰, considera conveniente establecer tres clases de delitos de omisión: 1) Delitos de pura omisión; 2) Delitos de omisión y resultado; 3) Delitos de comisión por omisión, estribando la distinción entre los dos últimos en que mientras que en unos se describe expresamente la omisión, ésta falta en los otros [37], y en que los primeros (los tipos correspondientes), además, son siempre delitos omisivos, nunca comisivos⁷¹.

84 SILVA SÁNCHEZ, *Delito de omisión*, 311 ss.⁷², después de exponer minuciosamente los criterios para clasificar y los intentos de clasificación de las omisiones, agrupados en bipartitas y tripartitas, realiza un propuesta muy detallada. Para ello, propone primero una serie de criterios para la clasificación, que después ensambla en una unidad. Así, alumbra una bipartición inicial entre omisiones puras y omisiones referidas a un resultado. A su vez, las omisiones puras pueden clasificarse también en dos grupos: omisiones puras generales y omisiones puras de garante. En el seno de estas últimas cabe dividir entre: a) aquellas que aparecen expresamente tipificadas, y

⁷⁰ *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, PCRPHM-del Rosal, 905 s.

⁷¹ *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 272 s.; REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 625 ss. Critican esta tripartición OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 563.

⁷² *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, EPB, 963 s.

b) aquellas en las que no ocurre así, y para las que SILVA SÁNCHEZ propugna que se legisle expresamente en el futuro como cualificaciones de los delitos de omisión de socorro o impedir determinados delitos [347]. Por lo que respecta a las omisiones referidas a resultado, construye el autor una tripartición: 1) Excepcionalmente hay tipos que contemplan expresamente una omisión (sin acción); ej.: art. 371 II CP 1973 (denegación de auxilio con daño para la causa pública). 2) Hay tipos que contemplan expresamente la imputación del resultado tanto por acción como por omisión, con dos subdivisiones: a) con expresa descripción negativa (“omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinada”), p. ej., art. 204 bis V CP 1973 (tortura por omisión del funcionario que la permite); b) sin expresa descripción negativa o comisión por omisión (pese a la inexactitud de la terminología) [347 s.].— Abundando en lo abordado en Delitos de omisión, sobre las omisiones de gravedad intermedia que parece reconocer el legislador de 1995, en el nuevo artículo 195 (omisión del deber de socorro cualificada) y en 196, Cuestiones fundamentales, 70 ss.

En LH-Cerezo Mir, 702 ss., GIMBERNAT ORDEIG utiliza las clasificaciones habituales de las omisiones para distinguir las propias de las impropias, que se basan en dos grandes grupos de criterios: 1) el que fundamenta la clasificación en la equiparación *no escrita* de la omisión con el delito de comisión para distinguir a las omisiones impropias de las propias, y 2) el que hace de la imputación de un resultado *al garante* elemento definitorio de la omisión impropia, independientemente de que la equiparación haya sido prevista o no expresamente por la ley, para defender un criterio ecléctico entre los dos anteriores, ya que ambos tienen parte de verdad: omisión impropia *en sentido amplio* es la que establece para el omitente una relación de garantía con el bien jurídico (lo que no ocurre con la omisión propia), esté prevista o no expresamente en la PE; omisión impropia *en sentido estricto*, frente a la especialmente tipificada, es aquella que sólo resulta equiparada a la acción a través del art. 11.

85

En LH-Cerezo Mir, 993 ss., SOLA RECHE, partiendo de la premisa según la cual 1) mientras que el delito de comisión por omisión se corresponde con el delito comisivo de resultado, el delito de omisión (pura) no tiene correspondencia alguna con el delito de comisión, y 2) sin embargo no todos los delitos de comisión (ni siquiera todos los de resultado) admiten correspondencia (material) con los delitos de comisión por omisión, ni los delitos de mera actividad tienen correspondencia (material) con los delitos de omisión pura [998], con consecuencias, se ocupa después de tratar de establecer una continuidad (valorativa o estructural) dentro de las omisiones, que sin embargo sólo aparece en derecho positivo excepcionalmente, que manifestaría el siguiente perfil: a) comisión por omisión pura = perfectamente equivalente a comisión activa (de resultado), en un extremo; b) omisión pura, al estilo del 195. 1 = omisión del deber de socorro, en el otro; c) omisiones puras agravadas (195. 3) y comisión por omisión de gravedad menor que la comisión, con el art. 196 como único caso claro en el que aparece como supuesto intermedio entre el 195 y las correspondientes comisiones (puras) también de la PE, con la duda de cómo incriminar esa omisión intermedia: de graduación de la comisión por omisión o como agravación de

86

la omisión pura [1002 s.], con el problema añadido del bien jurídico protegido en cada caso.

- 87** Todos estos intentos de clasificación de las omisiones, con independencia de su interés en el contexto de las técnicas de construcción de los tipos (*vid. supra* VIII 50 ss.), nunca permitirán superar el *mysterium* de la omisión impropia que autorice a prescindir de ella, con o sin apoyo legal, que difícilmente podrá pasar de criterio tan abstracto como el del art. 11. También aquí puede valer el paralelismo con la imprudencia, donde a pesar de las infinitas posibilidades de legislar para proteger los bienes jurídicos de ataques no dolosos, piénsese en el desarrollo de los delitos de peligro y en las clases de imprudencia, nunca cabrá suplir la labor jurisprudencial sobre el cuidado debido.
- 88** Sobre la clasificación de las omisiones, *vid.* también JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 321, 344 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, NEJ, VI, 1975, 478; MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 843 s.; CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 400 ss.— Sobre las “nuevas” omisiones de gravedad intermedia, *vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 348.

F. El delito de omisión propia

- 89** A veces, el legislador tipifica expresamente delitos específicos de omisión, como los ejemplos tradicionales de la omisión del deber de socorro (art. 195) y la omisión del deber de impedir la comisión de determinados delitos (art. 450). En este sentido, se habla de *delitos de omisión propia*, para destacar principalmente que lo que se imputa es una omisión, no un resultado (*ejemplo*: a quien omitió el deber de socorro respecto a alguien que después murió víctima del accidente, no se le imputa la muerte sino la simple omisión del deber de socorro, consumada, aunque la víctima a la postre sufriera muerte o lesiones graves, etc.)⁷³, y destacar, además, que todos los elementos constitutivos del delito se especifican expresa y concretamente por el legislador.
- 90** Constituyen *elementos* del tipo delictivo de omisión propia, cuyo estudio particularizado corresponde a la PE, en el capítulo correspondiente al bien jurídico

⁷³ *Vid.* JESCHECK, CCGPJ, 8, 1981, 81; CEREZO MIR, PG, III, 255; BACIGALUPO, PG⁵, 392 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG¹, 272, 274; QUINTERO OLIVARES, PG³, 374; SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, LL, 1999, XX, 4728, 1; GIMBERNAT ORDEIG, Estudios penales, 264; y en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 11, 413; ya: PG, 136; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 824; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 384 s.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 329; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 328; SÁINZ CANTERO, PG, II, 279; GÓMEZ BENÍTEZ, PG 579; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 193; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 179; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 562; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 328; STRATENWERTH, PG, 383; QUINTANO RIPOLLÉS, NEJ, VI, 1975, 478.

respectivamente protegido: 1º La *situación de la que nace la obligación de actuar*, la acción exigida, cuya omisión constituye el delito⁷⁴. 2º La *capacidad de acción*, es decir, de emprender la acción exigida⁷⁵. 3º La *tentativa de salvación*, es decir, el desarrollo de la capacidad de acción cuya inhibición realiza precisamente el delito. 4º El deber de actuar, también llamado *deber de garante* o circunstancia de la que surge el deber de actuar constitutivo de la omisión para sujetos determinados, especialmente obligados.— Cuando concurren todos estos elementos, se ha realizado el *tipo objetivo* de la omisión propia (sobre tentativa y consumación *vid. infra* XVII, 152 ss.), a lo que, a su vez, debe añadirse el *tipo subjetivo* o conocimiento de todas estas circunstancias⁷⁶.

La mejor exposición de las cuestiones dogmáticas generales de los delitos de omisión propia sigue siendo la de Armin KAUFMANN, *Delitos de omisión*, 109 ss., 122, 148 s. (de imprescindible lectura).

91

De los elementos del tipo objetivo, merecen especial consideración aquí, por su especificidad (sobre la causalidad y el dolo vale lo dicho *supra* XVI 79 ss.), 1) la infracción del deber de garante, y el mismo deber de garante, para separar la tipicidad de la antijuricidad; 2) la capacidad de acción y la culpabilidad, que no es elemento del tipo, para separar nítidamente la tipicidad de la culpabilidad. 1) La infracción del deber de garante se produce en el momento en que no se emprende la acción exigida por la situación de necesidad para el bien jurídico, y va a ella referida. Arranca, pues, de una situación de hecho, de peligro de lesión, y en ella se agota. Se permite, así, distinguir la realización del tipo de omisión de la posible concurrencia de una causa de justificación (*vid. infra* XVI 145 ss.). Quien omite salvar un bien jurídico, pudiendo hacerlo, para salvar otro de superior valor, p. ej., ha realizado el tipo omisivo concerniente al bien jurídico no salvado, pudiendo estar justificada esa omisión. Por su parte, el deber de garante es elemento del tipo de omisión, habiendo debido representarse el omitente la situación que lo fundamenta, pero no el propio deber. Quien presencia un accidente se ha representado la situación de la que surge el deber de garante; pero no es necesario que se represente que él, personalmente, está obligado a actuar (*vid. infra* XVI 143). 2) La capacidad de acción, que en el delito comisivo es elemento de la culpabilidad (*vid. supra* VI 30 ss.), en la omisión constituye elemento del tipo

92

⁷⁴ *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 332 s. (con alusión a la *omissio libera in causa* como supuesto de capacidad de “la” acción exigida auto-robada previamente)

⁷⁵ *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 333.

⁷⁶ Sobre los elementos del tipo de omisión *propia vid.* ya CEREZO MIR, PG, III, 257 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 315; BACIGALUPO, PG², 393 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 375 s.; REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 652; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 828 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 579 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 179 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG 565 ss. (excelente, ¡leer!); WELZEL, PG, 241 ss. (¡leer!).

que, precisamente, supe a la acción, no desarrollada en la omisión⁷⁷. En cambio, y al igual que ocurría con la infracción del deber de garante respecto a la antijuricidad, la exigibilidad (*vid.* art. 195: “sin riesgo propio ni de terceros”) es elemento de la culpabilidad que, presuponiendo la infracción del deber de garante, y, por tanto, la antijuricidad, puede hacer decaer la culpabilidad si el cumplimiento del deber de garante exige demasiado sacrificio por parte del obligado. Para salvar a la víctima del accidente, el obligado puede que corra el riesgo de sufrir algún menoscabo; un riesgo de lesiones podría fundamentar la inexigibilidad en el delito de omisión del deber de socorro, que el herido trasladado mancharía de sangre el coche, no.

- 93 Por su parte, el tipo subjetivo, reducido a conocimiento, debe abarcar todos los elementos mencionados del tipo objetivo.

G. El delito de omisión impropia o comisión por omisión

- 94 Otras veces, lo que se plantea en derecho penal es cuándo el resultado, que aparece tipificado como la consecuencia del comportamiento activo del autor, puede serle imputado a quien no lo produjo con un comportamiento activo pero pudo evitarlo si lo hubiese llevado a cabo. En este sentido, se habla de delitos de omisión impropia o *comisión por omisión*, para aludir a los casos en que el resultado no evitado es imputable como si se hubiese producido activamente⁷⁸. Precisamente la norma del art. 11, introducida en el CP en 1995, contiene un rudimento de imputación para estos casos.

- 95 En LH-Cerezo Mir, 685 ss., GIMBERNAT ORDEIG, después de descartar que la omisión impropia vulnere una prohibición (mientras que sólo la propia lesionaría un mandato) [687 ss.], como asimismo que la omisión impropia se correspondería con un delito omisivo de resultado mientras que la propia lo haría con el de actividad [689 ss.], ve el aspecto común a ambas formas de omisión en que en ellas, las dos, si en lugar de omitir se hubiese actuado en ambas también se habrá disminuido la probabi-

⁷⁷ Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 116 ss. *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 588; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 312.

⁷⁸ *Vid.* JESCHECK, CCGPJ, 8, 1981, 77, 81, 82 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 652; CEREZO MIR, PG, III, 255; BACIGALUPO, PG⁵, 392 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 273; QUINTERO OLIVARES, PG³, 374; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, LL, 1999, XX, 4728, 1; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 824; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 385; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 329; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 328; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 1.1., 9; MEZGER, PG, I, 237 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, II, 279; GIMBERNAT ORDEIG, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 11, 412; ya en: PG, 136; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 579; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 179, 182 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 563; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 328; STRATENWERTH, PG, 383; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 193; WELZEL, PG, 251; QUINTANO RIPOLLÉS, NEJ, VI, 1975, 478.

lidad del resultado que la norma de mandato respectiva quiere evitar [693 s.], en tanto que las diferencias estriban en que: 1) mientras que en la omisión propia, si el riesgo no disminuido se traduce en menoscabo del bien jurídico se mantiene no obstante la responsabilidad sólo por el delito de peligro (= no disminución del riesgo en la terminología de GIMBERNAT), en la omisión impropia la responsabilidad por el peligro se ve desplazada por la correspondiente lesión [694, 694 ss.]; 2) mientras que en la omisión propia el obligado no tiene una relación especial con el bien jurídico lesionado, en la omisión impropia garantiza la integridad del bien jurídico puesto en peligro o lesionado (en la concepción de GIMBERNAT ORDEIG: inactividad del encargado de una fuente de peligro que hace que la fuente pase de ser lícita a ser ilícita o no reconduce a los mínimos tolerados los focos de peligro que se han desbordado).— Sobre esta construcción de GIMBERNAT ORDEIG, *vid.* las consideraciones críticas *supra* XVI 68 ss.

Antes de pasar al análisis de esa norma (*vid. infra* XVI 104 ss.), y supuesto que el autor ha realizado los mismos elementos que veíamos para la omisión propia (*vid. supra* XVI 90 ss.)⁷⁹, dado que aquí ya no estamos, como allí, ante la imputación de una mera omisión, sino ante la imputación de un auténtico resultado (el no evitado), deben hacerse algunas precisiones sobre tal imputación, en paralelo a lo que ocurre con la imputación del resultado en los delitos de comisión a que éstos están equiparados.— Así, y al igual que allí (en los delitos de comisión), para imputar el resultado en los delitos de omisión, debe haberse constatado que la acción omitida habría evitado la causación del resultado. Para comprobar este elemento, y de la misma forma que en la causalidad se acude a la fórmula de la *conditio*, en la omisión se dice que ésta ha sido causal (“cuasi-causal”) cuando la acción omitida no puede pensarse sin que el resultado deje de producirse. En este sentido, como dice Hans-Joachim RUDOLPHI (SK, I⁵, antes de com. § 13, núm. marginal 15 s.), es preciso que el tribunal llegue al convencimiento, la seguridad, de que la acción debida habría evitado el resultado^{80/81}.— Continuando el paralelismo, por lo que se refiere a la causalidad, la concreta cuasi-causalidad debe basarse en la aplicación de leyes causales generales que expliquen la causalidad. Por eso, no le asiste razón a RUDOLPHI (SK, I⁷, antes de com. § 13, núm. marginal 15), cuando se conforma con la exclusión de cual-

96

⁷⁹ Sobre los elementos del tipo de omisión impropia *vid.* ROMEO CASABONA, PCRPHM-Del Rosal, 928 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 590; WELZEL, PG, 250 s.; SILVA SÁNCHEZ, EPB, 970 ss.

⁸⁰ En el mismo sentido, MIR PUIG, PG⁷, 329 s.; GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 263; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 829, 830 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) CCP, com. art. 11, 58; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 596; SÁINZ CANTERO, PG, II, 281; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 585; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉ, PG, 331 s., 349; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 195; SILVA SÁNCHEZ, EPB, 971 s.

⁸¹ JAKOBS, PG, 959 ss., defiende paladinamente la causalidad hipotética en la omisión, frente a una tendencia (paradigmático ROXIN, H-Rodríguez Mourullo (*vid. infra* XVI 99), proclive a hablar de causalidad en la omisión.

quiera de las restantes leyes causales que pudieran venir en consideración: se descarta la causalidad de cualquier otro factor que no sea el producto fabricado, pero se ignora cuál de sus componentes ha sido el determinante de la muerte.— Asimismo, tampoco vale en los delitos de omisión la fórmula de la *disminución del riesgo*⁸². La omisión de la acción que habría determinado un menor riesgo de producción del resultado, ni éste se ha constatado en el resultado, no puede fundamentar la imputación del resultado omitido. De la misma forma que el aumento del riesgo no fundamenta la imputación en los delitos de comisión (*vid. supra* VIII 163), pues convertiría a los delitos de lesión en delitos de peligro, la disminución del riesgo de lo omitido no fundamenta la imputación en la omisión.

97 STRATENWERTH, PG, 397 ss., distingue muy bien entre causalidad (y su prueba) e imputación objetiva, que quiere resolver con la doctrina de la disminución del riesgo en la omisión impropia: Si caben dudas de que la ayuda no prestada habría llegado demasiado tarde, sólo se podrá castigar por tentativa; pero de esa cuestión debe distinguirse la de la disminución del riesgo: Si no nos conformásemos con la certeza estadística de que la radioterapia que no se practicó habría disminuido el riesgo de muerte en un noventa por ciento, dejando de imputar porque el caso del paciente podía pertenecer al restante diez por ciento; si no nos conformamos, en suma, con la “prueba” de que el riesgo de muerte se habría reducido (no desapareciendo al cien por cien), no podríamos imputar casi nunca a título de omisión. Aplicado al caso del pelo de cabra: para la conducta activa como para la omisiva, tanto da, la entrega para su manipulación de un producto cuya desinfección no habría garantizado la ausencia total de gérmenes mortales pero sí reducido su probabilidad, es suficiente para imputar.

98 GIMBERNAT ORDEIG, RDPC, 2ª época, 4, 1999, 539 ss., aborda el problema de la cuasai-causalidad en la omisión, criticando a la doctrina de la probabilidad rayana en la certeza y a la doctrina de la disminución del riesgo, por hacer de la necesidad virtud, reconociendo lo que aquélla no quiere reconocer: que la acción omitida habría reducido la probabilidad del resultado pero no que lo habría evitado ni con seguridad ni con probabilidad rayana en la certeza (la mujer que ve cómo su marido sufre un infarto no avisa al médico). Según GIMBERNAT ORDEIG, la teoría de la disminución del riesgo es una errónea trasposición de los delitos de comisión a los de omisión. Si la omisión no causa (ausencia de energía), sólo puede producir el efecto de un aumento del riesgo porque “no supone todavía *una modificación dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de

⁸² De “probabilidad rayana en la certeza” como equivalente a real, habla JAKOBS, PG, 961, para referirse a la cuasi-causalidad en la omisión, con rechazo [962 s.] de la teoría de la disminución del riesgo (¡leer!). Sigue esta doctrina en España, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 603 s. Por su parte, TORIO LÓPEZ, ADP, 1984, 700 s., exige causalidad segura (no conformándose con la rayana en la certeza), y, además, disminución del riesgo, pese a representarse sus consecuencias: ¡Que prácticamente sólo se podrá castigar por tentativa inidonea!

carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente real*, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, por que esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución” [543 s.]. *Ejemplo*: “Si el médico encargado de atender al paciente, y por negligencia, no diagnostica una peritonitis, falleciendo aquel posteriormente de esa enfermedad (*nota bene*), *omitiendo*, en consecuencia, la medida (terapéutica) de precaución de atajar o de disponer que otro atajare el curso de la enfermedad, entonces la condena del médico por homicidio imprudente no puede fundamentarse –tal como hace, sin embargo, el TS– en que «la actuación del médico procesado, ahora recurrente, contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, *dentro de la relatividad con que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal*». De acuerdo con la opinión que aquí se sustenta no hay que preguntarse –tal como hace el TS, poniendo de manifiesto su desconcierto– si las medidas quirúrgicas médicamente indicadas hubieran evitado el resultado. Lo único decisivo es, más bien, lo siguiente: consta con seguridad que un foco de peligro generado por la naturaleza –a saber: la peritonitis– ha causado la muerte, y asimismo se puede afirmar con seguridad que la omisión de las acciones médicamente indicadas ha provocado la desestabilización del foco, pues si el paciente hubiera sido tratado conforme a la *lex artis*, entonces el foco de peligro procedente de la naturaleza habría permanecido dentro del riesgo permitido” [545 s.]⁸³.– *Vid.* las consideraciones críticas sobre este planteamiento tan sugestivo, pero superable, que se hacen *supra* XVI 68 ss.).

En LH-Cerezo Mir, 963 ss., ROXIN, tras considerar que la omisión causa conforme a la teoría de la condición legal: la madre sabe que al dejar de alimentar a su bebé, éste morirá [965], defiende una concepción de la imputación en la omisión equidistante según él de las posiciones extremas que se conforman con la disminución del riesgo *ex ante* o exigen probabilidad rayana en la certeza, exigiendo disminución del riesgo con una consideración *ex ante* y *ex post*, trayendo a colación las posiciones próximas a la suya de STRATENWERTH y RUDOLPHI, lo que no excluye que el comportamiento activo y omisivo habría requerido la intervención libre de otro [973]; sobre la causalidad de la omisión en las decisiones colegiadas: 973 ss.

Una buena exposición del problema causal en la omisión puede verse en MANTOVANI, EPH-Cobo del Rosal, 596 ss., que parece inclinarse por la exclusión de cualquier otra ley causal que pudiera venir en consideración [601].– Aplica paralelamente muy bien a la omisión criterios de imputación objetiva elaborados para la comisión, JAKOBS, PG, 964 s. (¡leer!).

⁸³ *Vid.* también ADP, XLVII-III, 1994, 25 ss.

- 101** Imputable a título de delito de omisión sólo lo es la de aquella acción que habría evitado la lesión. Es cierto que el obligado a actuar, el médico, p. ej., debe hacerlo aunque las posibilidades de salvación sean escasas, y que omita si no lo hace; pero ahora no estamos ante esa cuestión, sino ante la de la imputación o no del resultado: El médico que, entonces, omita responderá por tentativa (referida a las escasas posibilidades) pero no por consumación, si no se ha demostrado que la muerte es retrotraíble (con probabilidad rayana en la certeza) al no aprovechamiento de las escasas posibilidades.
- 102** Un problema específico de imputación en la omisión lo presentan los casos (frecuentes) en que la causalidad de *la omisión depende del comportamiento de otros*, de forma que sólo la suma de las diversas acciones exigidas habría evitado el resultado. Así ocurre en ámbitos como el de la actividad médica, la fabricación de productos, etc. Frente a quienes, en estos casos, imputan siempre cualquiera que sea el comportamiento de los demás, lo que es incompatible con la causalidad (*vid. supra* VIII 151), debe exigirse, para imputar el resultado, que todos los omitentes se hayan puesto de acuerdo para omitir su parte, en cuyo caso el resultado es imputable a todos. En otro caso, debe precisarse. Sólo cuando conste que uno de los obligados está terminantemente decidido a omitir su parte, deviene el resultado inimputable a todos los demás, pues sólo entonces no cabe objetar que el resultado fuese inimputable a cada uno de ellos por la abstención de los demás (aplicación invertida de la doble causalidad) (RUDOLPHI, SK, I⁷, antes de com. §13, núm. marginal 16bis).
- 103** A lo ya dicho, con carácter general, adaptándolo a la omisión (Armin KAUFMANN), sobre el *dolo* en el delito de comisión, y a lo ya dicho también en el apartado general sobre la omisión y en el de la omisión propia, anticipando además la fórmula de la equiparación entre el hacer y el omitir (*vid. infra* XVI 111 ss.), debe plantearse qué ocurre con el concepto de dolo más íntimamente asociado con su aspecto volitivo, concretamente con los tipos legales (comisivos) que exigen *intencionalidad*. El problema (difícil de resolver; en cualquier caso habrá que hacerlo a la luz del tipo en particular), dependerá, como piensa RUDOLPHI (SK, I, antes de com. § 13, núm. marginal 18 ss.), de si la acción es objetivamente realizable como omisión (engaño por omisión en la estafa, p. ej.), pero también a la luz, a su vez, del contexto del tipo completo y el fin perseguido por el legislador con él. Por eso, el asesinato con ensañamiento, en el que el ensañamiento es objetivamente realizable por omisión, será perseguible como tal omisión si se descarta que el legislador quiera exigir un ánimo especial de la autoría, que obligue a pensar que el sufrimiento deba retrotraerse a una conducta humana activa del autor. En otros delitos, como el hurto (ánimo de apropiación) la omisión está descartada.— Sobre el tipo de los delitos de omisión impropia *vid. también*: CEREZO MIR, PG, III, 269 ss.— Sobre el contenido del dolo en los delitos de omisión, *vid. JESCHECK/WEIGEND, PG*⁵, 680 s.

H. Regulación legal de la omisión impropia

Según el art. 11, “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”— Con esta rudimentaria fórmula, el legislador de 1995 ha regulado por primera vez en nuestro derecho con carácter general la omisión impropia, intentando, así, vencer las resistencias manifestadas a veces por la doctrina frente al castigo de una forma de comportamiento no contemplada expresamente en la ley, lo que vulneraría el principio de legalidad⁸⁴.— Para algunos autores, incluso, la nueva fórmula, por su vaguedad y generalidad, sigue mereciendo objeciones de tipo constitucional. En Alemania, donde se ha planteado el mismo problema y resuelto igual (mediante una fórmula general de equiparación en la PG⁸⁵), el TC no ha visto vulneración alguna del principio de legalidad ni de seguridad jurídica.— De todas formas, la fórmula general de la omisión no es más amplia que otras de la PG y las técnicas doctrinales para precisarla (HASSEMER) tan concisas o más que las legales.— En cualquier caso, lo que está descartado es que el derecho penal del siglo XXI pueda prescindir de la omisión.— Menos justificado está, en cambio, que el legislador español no prevea la atenuación del comportamiento omisivo, lo que lógicamente no impide tener en cuenta su posible (no siempre, pero sí frecuentemente: regla/excepción) menor gravedad como fórmula canónica de atenuación de la responsabilidad⁸⁶.

Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 249 ss. (*vid. supra* XVI 82), es el principal defensor de la tesis según la cual el problema legal de la omisión impropia debe resol-

104

105

⁸⁴ Sobre esta problemática, para la situación anterior a 1995, *vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión, 79 ss., con muy atinadas consideraciones; como MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 845 s.— Sobre las formas de regular la omisión impropia y en especial la remisión al deber de garante, JESCHECK, CCGPJ, 8, 1981, 83 ss., 85 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 654 ss. (¡leer!)

⁸⁵ Sobre el § 13 StGB *vid.* CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1994, 436 ss.

⁸⁶ *Vid.* CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 330; matizadamente, en función de la gravedad de la infracción del deber de garante, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 368; WELZEL, PG, 263, enfáticamente, siguiendo a Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 306: atenuación facultativa de la pena en la omisión impropia; TORÍO LÓPEZ, ADP, 1984, 706. En contra sin embargo de la atenuación parcial facultativa que sí prevé el derecho alemán, JESCHECK, CCGPJ, 8, 1981, 89; *vid.* también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 657 ss., celebrando que en el derecho alemán la atenuación de la omisión impropia sea sólo facultativa. En contra también de la atenuación de las omisión impropia, MEZGER, PG, I, 259; REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 670; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 389, JAKOBS, PG, 1037 ss., salvo en los casos de deberes institucionales por razones diversas a la forma comisiva de comportarse. Sostienen que el delito de omisión impropia no es menos grave que el de comisión, GIMBERNAT ORDEIG, RDPC, 2ª época, 4, 1999, 533; GARCÍA RIVERO, H-Rodríguez Mourullo, 389 s., la admite en el derecho peruano, pero en realidad para omisiones menos graves al estilo de nuestra omisión del deber de socorro cualificada; SILVA SÁNCHEZ, PPCRPHM-del Rosal, 1084.

verse en la PE, tipificando expresamente la imputación de resultados a título de omisión. Y sin embargo, a pesar de los muchos seguidores que sigue captando, no puede ocultar, como sus propias propuestas muestran, las profundas limitaciones de la legalización de la omisión, lo que no debe extrañar en un autor que supo detectar la conveniencia de no legislar en materia de imprudencia.— WELZEL, PG, 248 s., formula reparos a la regulación de los delitos de comisión por omisión por no tipificarse las características objetivas del autor (las posiciones de garante), y sí sólo la conducta de ese autor, lo que por otra parte está en la naturaleza de las cosas, y, siguiendo a Armin KAUFMANN, cree que los delitos de comisión por omisión no se pueden extraer de los tipos de prohibición correspondientes, ya que dogmáticamente son otra cosa *junto* a los de comisión, frente al parecer doctrinal y jurisprudencial que los incluye como subcaso del tipo de prohibición.

- 106** HUERTA TOCILDO, Delitos de omisión, 141 ss., ha estudiado minuciosamente las alternativas existentes en torno a la posible tipificación de los delitos de omisión, es decir, los distintos sistemas que se le ofrecen al legislador. En este sentido, después de exponer el sistema de regulación mediante cláusula general, en la PG, con diversas variantes [145 ss.], y el sistema de regulación en la PE, con revisión de las pautas para seleccionar los bienes jurídicos que pueden lesionarse mediante omisión y para la determinación de la misma posición de garante, dando cuenta, por lo que a esta última se refiere, de la tendencia a restringir su ámbito [163 ss., 174 ss.] y esbozo de un sistema de *numerus clausus* de delitos omisivos impropios [179 ss.], concluye pronunciándose a favor de este último sistema [186 ss.]. *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 570 ss., siguiendo a Armin KAUFMANN; ¡leer!⁸⁷.
- 107** BACIGALUPO ZAPATER, CDJ, XXVII, 1996, 13 ss. (*vid.* también PG⁵, 401 s. = BACIGALUPO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 11, 423 ss.), después de exponer los orígenes doctrinales de la regulación mediante cláusula general de la omisión impropia: teoría formal y teoría funcional [14 ss.], a lo que añade como nuevo modelo el de JAKOBS [20 s.], entiende con buen sentido que el nuevo art. 11 es una amalgama de los dos sistemas⁸⁸, formal y funcional [23], con consecuencias [23 ss.].
- 108** SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 65 ss.⁸⁹, por su parte, sostiene que no basta con la concurrencia de alguna de las infracciones del deber de actuar del primer inciso, sino que a la misma tiene que añadirse el requisito de la equivalencia contemplada en el segundo [66 ss.], con la consecuencia adicional de flexibilizar la taxatividad del inciso primero en favor de lo decisivo del inciso segundo [68]⁹⁰.

⁸⁷ En términos semejantes, MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, PG³, 378 ss.; ROMEO CASABONA, PCRPHM-del Rosal, 938.

⁸⁸ En el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 338.

⁸⁹ *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, PCRPMH-del Rosal, 1073 ss.; EPB, 972 s. *Vid.* también CUADRA-RUIZ, ADP, L, 1997, 440 ss., 443, 445 s.

⁹⁰ En términos semejantes, MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, PG³, 380 ss., 382 (= MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 11, 88 ss., 90), advirtiendo de los peligros que supone que lo ideado por el legislador como criterios de restricción de la responsabilidad por omisión: que a la equivalencia se añada la infracción del deber de garante, se convierta en una ampliación de esa responsabilidad por entenderse que la mera presencia de nuevos deberes de garante fundamenta ya la res-

GIMBERNAT ORDEIG, en: COBO DEL ROSAL dir.), CCP I, com. art. 11, 416 ss. Partiendo de que hay omisiones diseminadas en la PE del CP, no incluíbles en el art. 11, sostiene que éste no es ni decisivo ni exclusivo de la responsabilidad por omisión, que se basará en la equiparación con el comportamiento activo, como reconoce el párrafo 1º del art. 11. **109**

Sobre la necesidad (y sus inconvenientes) de la regulación legal de la omisión impropia *vid.* las atinadas reflexiones de CEREZO MIR, PG, III, 1261 ss. *Vid.* también, sumamente pesimista sobre los efectos de la regulación legal abstracta de la PG, RODRÍGUEZ MOURULLO, PCRPHM-Del Rosal, 911 ss., 914, 915 ss. *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 11, 57, 59. *Vid.* también GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 583 ss., 587 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 181 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 329 ss. En contra de la necesidad de regulación expresa, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 11, 84⁹¹. Sostiene que la regulación mediante cláusula general cuando menos está violando el principio de *estricta legalidad*, ZAFFARONI, H-Barbero Santos, 1395, y que no explica cómo aplicar los tipos omisivos impropios por analogía, simpatizando con la idea de la regulación expresa de estos delitos [1397]. Una buena caracterización de los contenidos del art. 11 puede verse en MANTOVANI, EPH-Cobo del Rosal, 593 ss.– Una excelente panorámica sobre el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de los delitos de comisión por omisión antes de 1995 puede verse en CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 413 ss. Sobre los proyectos de inclusión en el CP de una cláusula de equiparación: 432 ss., con valoración favorable de la cláusula del art. 11: 454. **110**

I. Cláusula de equiparación

Para que el resultado le sea imputado a quien meramente omitió impedirlo, es necesario, en primer lugar, que *equivalga* a su causación. Con este requisito, exigido por el art. 11, el legislador establece lo que la doctrina denomina una cláusula de equiparación entre comportamientos tan distintos como el de causar y el de omitir.– Este primer requisito fundamentador de la responsabilidad por omisión impropia tiene una naturaleza puramente *negativa*⁹², ya que lo que ante todo persigue es impedir que, con carácter general (algo distinto ocurre cuando el legislador lo establece expresamente), se equiparen mecánicamente comportamientos de gravedad netamente diversa, como ocurriría con omisiones respecto a acciones cuya gravedad no reside tanto, o preferentemente, en la causación del resultado como en el autor o el mismo comportamiento (caso de la receptación **111**

ponsabilidad por omisión (383 s. = CNCP, com. art. 11., 90 s.). *Vid.* también REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 656; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, LL, 1999, XX, 4728, 4; CUADRADO RUIZ, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 59 ss.

⁹¹ Llega a la misma conclusión GIMBERNAT ORDEIG, RDPC, 2ª época, 4, 1999, 534.

⁹² Lo que no quiere decir que quepa banalizarlo, como bien advierte JESCHECK, CCGPJ, 8, 1981, 88, ni que sea el único cometido de este fundamental elemento (junto con el deber de garante) de la omisión impropia.

habitual, del art. 299, el favorecimiento de la prostitución de menor de edad o incapaz, del art. 187, los malos tratos en el seno de la familia, del art. 153, etc.).— Por eso, el primer requisito para la punición de los delitos impropios de omisión es que se trate de *delitos de resultado*, esto es, de delitos consistentes, como por lo demás es lo más frecuente en derecho penal, en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Se evidencia, así, además, lo que quizá sea la característica principal de la omisión en derecho penal: la lesión inminente que amenaza para un bien jurídico cuyo titular no puede hacer nada ya para evitarlo mientras que para el omitente resulta eso mismo fácil sin riesgo propio ni de tercero y, pese a ello, no hace nada por impedirlo.

- 112** Sobre la base de que la omisión sólo es posible en los tipos de resultado, como quiera que, a veces, los tipos de resultado contemplan también *modalidades comisivas específicas* de producirlo, debe plantearse, a efectos de la equiparación, si la modalidad comisiva puede encontrar su equivalente correspondiente en la omisión. A estos fines debe precisarse⁹³: 1) La equiparación no presenta problemas allí donde el legislador ha tipificado un puro delito de resultado⁹⁴, como ocurre p. ej. con el homicidio, del art. 138, modalidad delictiva en la que ante todo ha pensado el legislador con la redacción del art. 11, que, además, son los delitos que más claramente justifican teleológicamente la equiparación. 2) Ningún problema plantean tampoco aquellos delitos, como el delito fiscal (art. 305), el delito urbanístico (art. 319), contra los derechos de los trabajadores (art. 311), etc., en los que el legislador, expresa o tácitamente, ha contemplado ya la modalidad omisiva de comisión, no siendo necesario el rodeo del art. 11 para perseguir su modalidad omisiva de comisión. 3) En cambio, no son susceptibles de comisión omisiva los delitos que exigen una cierta habitualidad por parte del autor, como en el caso ya aludido de la receptación habitual, ni los delitos de apoderamiento (como el hurto, art. 234), excepción hecha de la apropiación indebida (art. 252), como asimismo tampoco los delitos contra el honor (art. 205, 208), excepción hecha, en algunos casos, de las injurias formales, ni los delitos consistentes en la infracción de un deber (como p.ej. la prevaricación judicial, art. 446)

⁹³ Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 394; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, PG³, 382; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 604 s.

⁹⁴ Vid. REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 655; SANZ-DÍEZ DE ULZURRÚN LLUCH, LL, 1999, XX, 4728, 3; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 838; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 11, 57; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 11, 84 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III 341 s. (los delitos de mera actividad no son susceptibles de omisión; sobre esta cuestión amplia y convincentemente SILVA SÁNCHEZ, Delito de omisión, 350 ss.; vid. también SILVA SÁNCHEZ, PCRMH-del Rosal, 1080; EPB, 973); CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 1.1, 8; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 586; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 182; WELZEL, PG, 259; STRATENWERTH, PG, 400; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 246 s.; JAKOBS, PG, 951; BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 115; CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997, 450 s.

para quien no reúna en su persona la cualidad de la autoría exigida. 4) En los casos en que el legislador tipifica no sólo un resultado sino una modalidad específica de su producción, la fórmula de la equivalencia exige ulteriores comprobaciones en orden a equiparar la acción y la omisión⁹⁵. *Ejemplos de RUDOLPHI* (SK, I⁵, com. § 13, núm. marginal 4 ss., a quien sigo ampliamente): el favorecimiento de los abusos sexuales con menores del art. 192, llevado a cabo por ascendiente o cuidador del menor, es susceptible de comisión omisiva siempre que haya un favorecimiento, facilitando, p. ej., con su presencia o autorización; el engaño de la estafa (art. 248) ha debido propiciarlo el omitente, con su presencia, p. ej., sin hacer nada por impedir su efecto. 5) Finalmente, hay casos en los que unas omisiones se rigen directamente por el tipo respectivo y otras por el rodeo del art. 11. Quien no abandona la morada ajena tras el requerimiento de su titular omite conforme a lo establecido en el art. 202; quien no impide la entrada estando obligado a ello, responde por el rodeo del art. 11.

Sobre el requisito de la equivalencia negativa *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 267 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, CDJ, 1996, XVII, 35 s.; PG⁵, 411; SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 74 ss.; JAKOBS, PG, 1009 ss., muy matizadamente, ¡leer!; GARCÍA RIVERO, H-Rodríguez Mourullo, 387 ss. 113

J. El deber de garante⁹⁶

Para que se pueda imputar el resultado no evitado por el omitente, es necesario que sobre éste penda un deber de garante por él infringido al omitir. El *deber de garante*, que coloca a su titular en una relación *funcional* con el bien jurídico lesionado, es decisivo y constituye el *elemento positivo* que, sumado al *elemento negativo* de la *equivalencia típica*, fundamenta la responsabilidad por omisión.— El deber de garante surge de una relación entre el omitente y el bien jurídico lesionado por su omisión basada en que o bien aquél debe velar para que fuentes de peligro que él domina no ocasionen lesiones de los bienes jurídicos o su puesta en peligro, o bien por su relación con el titular del bien jurídico amenazado debe velar porque no sea víctima de las lesiones o peligros de lesión que le amenazan. 114

Para explicar y comprender el significado y relevancia del deber de garante como fundamento de la responsabilidad penal por delito de omisión, hay que dar un salto del tercer escalón de la teoría de las normas en el que se sitúan las acciones 115

⁹⁵ *Vid.* ya WELZEL, PG, 259; STRATENWERTH, PG, 400 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 677; VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 11, 85. Sumamente restrictivo en este punto RODRÍGUEZ MOURULLO, PCRPHM-Del Rosal, 917. Restrictivos también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 346 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 247.

⁹⁶ Una buena revisión doctrinal y jurisprudencial sobre la exigencia del deber de garante en el delito de omisión (dolosa e imprudente) puede verse en Carlos MIR PUIG, CDJ, XXIII, 1994, 253 ss. *Vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, XXIII, 1994, 375 ss.; ROMEO CASABONA, PCRPHM-del Rosal, 929 ss., 933 ss.

y omisiones dominables por el hombre según el esquema de Armin KAUFMANN (*vid. supra* VIII 23) al primer escalón, el de los estados de hecho de la realidad que interesa mantener en cuanto coinciden con los deseos de pacificación del ordenamiento jurídico o modificar en caso contrario. Pues sólo desde ese plano se puede comprender a qué obliga y por qué el deber de garante.— Si existen estados queridos por el derecho, se explica que no desee que se lleven a cabo acciones dominables por el hombre que los alteren; se fundamenta así el delito de comisión. Pero el principio de “estados queridos por el derecho” explica también el delito de omisión en cuanto que con él lo que el derecho persigue es que el hombre, mediante acciones dominables por él, evite que se produzcan estados no queridos por el derecho, evitando que éstos se produzcan o restableciendo la situación anterior lo antes posible. De ahí que las omisiones puedan concebirse como exigencias de acciones para restablecer estados de hecho queridos por el derecho que se han visto o están viéndose alterados.— Con este sencillo esquema se explican aspectos esenciales de la estructura y fin de las normas que contienen delitos de omisión.

- 116 1) Así, el incremento y sensibilidad de los derechos penales de los países desarrollados respecto a los delitos de omisión obedece al fenómeno de la creciente complejidad de la vida moderna y el desarrollo tecnológico. Es el descubrimiento de la *contingencia*, según la cual todo depende de todo y todo puede ser de otra manera, en formulación de Niklas LUHMANN (*Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, 374 ss.), lo que obliga a una observación de la realidad de segundo grado (de lo que ocurre en un primer grado, el de las acciones individuales, ya hoy insuficiente para evitar consecuencias desastrosas para la humanidad; piénsese en el riesgo ecológico). En este sentido, puede decirse que *la tipificación de omisiones en derecho penal lo que hace es prevenir riesgos frente a los que no basta con prohibiciones*. Dicho de otra forma: La complejidad del mundo moderno y, por tanto, su contingencia, es tan grande, que la estabilidad del sistema social (a través del derecho) no puede dejarse en manos de los individuos que actúan en la realidad más inmediata (los individuos motivados mediante prohibiciones tendentes a evitar que se produzca lo que es nocivo para los bienes jurídicos)⁹⁷. Por eso, se encuentran cada vez más *controles* de segundo grado que, configurados como subsistemas, vigilen (y a los que en su caso se les imputen) los fallos e insuficiencias del control primario, en el que sólo hay prohibiciones.
- 117 2) Lo acabado de decir explica, satisfactoria y gráficamente, que se haya impuesto en la doctrina científica el criterio funcional de clasificación de los deberes de garante en la omisión que los divide en *deberes de evitación de peligros* derivados del control de una fuente de peligro y *deberes de protección de bienes jurídicos* frente a peligros, ya que mientras los primeros actúan sobre el *input* del

⁹⁷ En esta línea ya CUADRADO RUIZ, ADP, L, 1997. 391.

subsistema con el que se quiere proteger el estado querido por el derecho, evitando que se creen situaciones susceptibles de alterarlos, los segundos operan sobre el *output*, restableciendo el estado que se ha visto alterado. El empresario que fabrica un determinado producto debe evitar efectos derivados de fallos en la producción, peligrosos para los bienes jurídicos; el padre de un niño pequeño debe protegerlo frente a peligros ya desencadenados o que amenazan producirse. No se explica, por tanto, que el legislador de 1995 se haya empeñado, absurdamente, en seguir un criterio obsoleto en la materia que remite a la *f fuente* del deber de garante (la ley, el contrato y el comportamiento anterior; a los que tradicionalmente se añadía el que genera la estrecha comunidad de vida), criterio que ni siquiera satisface la seguridad jurídica pretendida y acusa la dependencia del pensamiento civilístico en derecho penal. Un contrato nulo, p. ej., no excluye el deber de garante. Por su parte, el criterio del actuar previo puede alcanzar efectos ilimitados. La ley, por su parte, puede decir mucho o muy poco, sobre las obligaciones familiares, p. ej., en el Código civil. Desde hace mucho existen deberes entre personas que conviven (p.ej. homosexuales) que sólo ahora se reconocen civilmente. Etc.^{98/99}.

MANTOVANI, *Modernas tendencias*, 483 ss.¹⁰⁰, que expone las limitaciones de las teorías formal, funcional y mixta funcional-formal, del deber de garante por su generalidad, trata de reconstruirlo mediante requisitos extraídos de la concepción del Estado de Derecho solidarista, conforme a cinco principios: 1) La obligación de garantía debe ser estrictamente jurídica (no penal); 2) Debe estar suficientemente determinada; 3) Deben estar determinados también los sujetos beneficiados; 4) Como asimismo los destinatarios de la obligación; 5) Han de constatarse poderes de vigilancia y poderes de intervención preexistentes a la necesidad de intervención que garanticen la posibilidad material de ejercitar “la acción impeditiva idónea”.

118

3) Intentos recientes de reconducir al menos una parte sustancial de los deberes de garante en la omisión a la *creación (activamente) de un peligro* para el bien jurídico cuya no evitación posterior justificaría la responsabilidad por omisión, están condenados al fracaso porque con ello se difumina el significado jurídico-penal de la omisión, en la que lo relevante no es la creación del peligro sino la no evitación del

119

⁹⁸ *Vid.* las muy atinadas críticas al sistema español de 1995, de tipificar formalmente los deberes de garante, de CEREZO MIR, PG, III, 263 ss.

⁹⁹ Sobre la contraposición entre construcciones formales (fuentes) y materiales (funciones) del deber de garante: REBOLLO VARGAS, EPM-Valle Muñiz, 657 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, LL, 1999, XX, 4728, 2 s.; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 832 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 668 s.; GARCÍA RIVERO, H-Rodríguez Mourullo, 385 ss.; BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, 116 ss.; CUADRADO RUIZ, RDPC, 2ª época, 2000, 20 ss., amplia y atinadamente (¡leer!); GIMBERNAT ORDEIG, en: COBO DEL ROSAL (dr.), CCP, I, com. art. 11, 413 ss.; SILVA SÁNCHEZ, EPB, 970 s.— En Alemania, no obstante, todavía hay obras modernas y excelentes, como la de STRATENWERTH, PG, 384 ss., que siguen el mismo esquema (ley, contrato, actuar previo, al que añaden “otras fuentes”) que ha inspirado al legislador español de 1995 (*vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG,2).

¹⁰⁰ *Vd.* también: EPH-Cobo del Rosal, 601 ss. *Vid.* ya TORÍO LÓPEZ, ADP, 1984, 704 ss.

peligro ya generado. Es cierto que, p. ej., el carcelero que ha abierto la puerta ha creado un peligro de fuga, pero el delito de omisión no se produce por esa causa sino por no haberse evitado la fuga: la fuga, lo imputado, la causa el recluso, pero se imputa al carcelero por no haberla evitado. El deber de no omitir del carcelero es más amplio que el de no crear una situación propiciadora de la fuga; se diría que es incluso más definidor y abarcante en lo que tiene de evitación de un peligro ya existente que en lo que puede tener de creación de un peligro por él. De seguirse esta doctrina, además, el peligro no sería elemento de la posición de garante, del deber, en él ya incluido, circunscribiéndolo, sino elemento cuya creación se tuviera que representar el autor, al igual que la víctima (*vid.*, no obstante, SEELMANN *Alternativ-Kommen-tar*, I, com. § 13, núm. marginal 51 ss.). El legislador, con la omisión, aspira a más.

120 4) Los delitos de omisión, en cuanto se basan en el no restablecimiento activo de un estado querido por el derecho, siempre y cuando, además, ese restablecimiento no pase por la creación de un estado distinto tampoco querido por el derecho, lo que es importante, como luego veremos, a efectos de las causas de justificación del comportamiento omisivo (*vid. infra* XVI 145 ss.), se explican, mejor que con la idea de *solidaridad* (y sus connotaciones etizantes), con la necesidad de crear *auténticas normas jurídicas*, reforzadas penalmente, que preserven los bienes jurídicos fundamentales en el segundo plano a que antes se aludía (una nueva manifestación de la creciente funcionalización del derecho penal).

121 5) Mediante la idea de preservación de estados queridos por el derecho que, además, no pasen por la creación de otros tampoco queridos, se reduce considerablemente el ámbito de las omisiones y, al mismo tiempo, se evita lo que siempre se ha temido de los mandatos: que todo el mundo se crea en el derecho y la obligación de ocuparse de los demás, con lo que el individuo perdería su libertad (de equivocarse él sólo) y se produciría un verdadero caos con lo que cada uno creería que eran sus deberes concernientes a los otros. Con mejor criterio, lo que el derecho penal ha conseguido ha sido que, al *implicar sólo a algunos en la preservación de los bienes ajenos de los demás* (a través de su deber de garante), ha procedido a la vez a la protección de los bienes jurídicos y a impedir que todos tengan que ocuparse de ello.

K. Clasificación de los deberes de garante¹⁰¹

122 A pesar de que todo es discutido en lo referente a la concreción de los deberes de garante, sigue siendo válida y útil la división de Armin KAUFMANN entre

¹⁰¹ La mejor exposición que cabe pensar de los deberes de garante en la discusión dogmática actual, alemana y española, de los deberes tradicionales (ley, contrato, injerencia) y los que después se han ido incorporando, dando cuenta de cómo casi todo está siendo discutido en esta materia, puede verse en GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios penales*, 264 ss., 283 ss., 287 ss. (¡leer!). *Vid.* también GIMBERNAT ORDEIG, *RDPC*, 2ª época, 1999, 528 ss.

deberes de control sobre una fuente de peligros y deberes de salvaguarda de bienes indefensos.

a. *Deberes de control sobre una fuente de peligro*

a'. Deberes derivados de la creación previa de un peligro a través de la propia persona o de las cosas como su prolongación

El grupo de deberes de garante más importante, mejor estudiado y especialmente esclarecedor de la responsabilidad por omisión es el que abarca la exigencia de atajar peligros derivados de la propia persona o las cosas que aparecen como prolongación de su personalidad. Entre ellos se encuentran como más frecuentes los siguientes: 1) Deber de garante derivado de la titularidad sobre bienes inmuebles. En este sentido, el dueño de la casa tiene el deber de mantener en buen estado, p. ej., su tejado, de manera que si como consecuencia del deterioro se desprende una teja, aquél puede ser hecho responsable, de concurrir los elementos específicos constitutivos del injusto penal, además del deber de garante así constatado, del dolo o la imprudencia¹⁰². 2) Deber de garante derivado de la titularidad sobre una industria, como la que pueda generar contaminación medioambiental o introducir en el mercado productos defectuosos peligrosos, con el sector especialmente relevante de la construcción, y sus obligaciones típicas de vallado de obras, colocación de carteles de aviso, etc., como prototipo 3) Deber de garante derivado de la posesión de animales que pueden volverse peligrosos, como el caso emblemático del perro, cuyo dueño está obligado a evitar que, p. ej., el perro muerda a un tercero, de lo que responderá el dueño en comisión por omisión si se dan los presupuestos adicionales del dolo o la imprudencia.

123

Como demostraron convincentemente RUDOLPHI (SK, I5, com. § 13, núm. marginal 31) y SCHÜNEMANN (Unechte Unterlassungsdelikte, 300), estos deberes de control de una fuente de peligro sólo abarcan los peligros que pueden derivarse directamente de esa fuente de peligro no controlada, pero no abarcan el deber de emprender acciones de salvamento necesarias como consecuencia de la materialización del peligro creado por la fuente de peligro¹⁰³. Por esa razón, unos autores acuden aquí a la idea de injerencia¹⁰⁴ y otros, entre quienes se encuentra

124

¹⁰² En cuyo defecto, no habría responsabilidad por comisión omisiva, ni por este deber derivado del propio ámbito de dominio, ni por el esgrimido por muchos como subsidiario, de injerencia.

¹⁰³ Ejemplo de SCHÜNEMANN: Si ha caído una teja del techo de una casa sin que su dueño pudiese haber hecho algo para impedirlo, la herida que sufre el peatón ya no está cubierta por el deber de tráfico del dueño, de manera que si no hace nada para ayudarlo, p. ej. trasladarlo a urgencias, etc., no fundamenta que se le impute el resultado no evitado, lo que sólo es pensable con quien domina el desamparo, no con quien sólo dominaba (dueño de la casa) el tránsito [288, 300 ss.].

¹⁰⁴ Vid. JAKOBS, PG, 981 ss.

su ideador, SCHÜNEMANN, prefieren crear un nuevo grupo de deberes de garante de control de una fuente de peligro, constituido por una especie de ampliación del grupo de creación previa del peligro al aseguramiento de que no surjan peligros derivados de lo que se hizo antes, de importancia decisiva en cuestiones gravísimas y difícilísimas de resolver en la actualidad, muy problemáticas para los tribunales de justicia, del tipo fabricación de productos cuyo peligro no pudo detectarse en su momento y sí cuando ya están en el mercado¹⁰⁵.

125 Sobre el momento de asunción de estos deberes y la liberación del previamente obligado por asunción de otro (= deber institucional; *vid. infra* XVI, 139 ss.), *vid. JAKOBS*, PG, 987 ss.

126 *Vid. MIR PUIG*, PG⁷, 326 s.; *BACIGALUPO*, PG⁵, 406; *GIMBERNAT ORDEIG*, Ensayos penales, 295 ss.; *JESCHECK/WEIGEND*, PG⁵, 675 s.; *STRATENWERTH*, PG, 394 ss.; *JAKOBS*, PG, 972 ss. (que estudia los deberes de relación e injerencia como deberes sin solución de continuidad: dentro del deber de relación existe ya un deber por injerencia que emerge [antes no es necesario por la existencia del de relación] cuando aquél cesa: 974)

b'. ¿Deberes de garante por injerencia?

127 Un amplio sector doctrinal reconoce como grupo importante de deberes de garante el referido a todos aquellos peligros que se deriven del actuar anterior y cuyo afectado queda indefenso. Una vez más, cuando se creó el peligro y quien lo causó (ni dolosa ni imprudentemente) no hace nada dolosa o imprudentemente por atajarlo, le será imputable el resultado no evitado en comisión por omisión, dividiéndose la doctrina que defiende la injerencia como fuente de deberes de garante entre quienes exigen que el comportamiento previo que crea el peligro haya de ser un comportamiento antijurídico y quienes no lo exigen.— El problema que supone la exigencia de que el comportamiento previo sea antijurídico estriba en que pareciera que es el mismo comportamiento antijurídico el que fundamentara la responsabilidad, con lo cual ésta aparecerá como subsecuente, es decir, basada en lo que ocurrió después. Si a ese hecho, impropio para fundamentar la responsabilidad, añadimos que al dejar fuera de la responsabilidad por injerencia el comportamiento no contrario a derecho, quedarán exentos de responsabilidad casos que en la actualidad deben ser atajados, como los derivados de lo que se hizo antes conforme a derecho pero que después se ha visto que no lo son, como la fabricación de productos cuya peligrosidad para el tráfico sólo después se comprobó o autorizaciones que después han resultado desacertadas.— Sin ir más lejos, en el derecho español, la omisión del deber de socorro cualificada por la

¹⁰⁵ *Vid. SCHÜNEMANN*, ADP, 2002, 32 ss. Lo destaca PEÑARANDA RAMOS, LAH-González Cuellar García, 428.

omisión del deber de auxilio del causante del accidente, que tantos quebraderos de cabeza da a la doctrina, enfrenta a un genuino caso de no conveniencia de exigir al menos imprudencia en el causante del accidente que omita, conformándose con el mero causar, que, además, ilustra muy bien el nuevo grupo de deberes de garante que quiere introducirse¹⁰⁶.

JAKOBS, Estudios, 352 ss., acérrimo defensor del deber de garante en la injerencia que, fiel a su concepción, hace extensiva al comportamiento activo, utiliza precisamente otro deber de garante, el de la asunción (*vid. infra* XVI 141), para ilustrarla: A quien ha impedido (p ej., impidiendo llegar en coche al lugar donde se proponía prestar una asistencia necesaria) el salvamento que alguien asumió, indudablemente se le imputará el resultado no evitado; esto es ya conocido, además de manifestación de injerencia por comportamiento activo. De ahí que el comportamiento activo antijurídico que provoca una situación de peligro para un bien jurídico genere para quien lo causó (con el único límite de la contribución de la propia víctima al mismo peligro, en cuyo caso la responsabilidad se compensa) un deber de evitar por injerencia; ejemplo paradigmático: peligro de muerte creado por una infracción de tráfico. Lo dicho del comportamiento antijurídico puede extenderse a comportamientos no antijurídicos pero generadores de riesgos elevados en el tráfico, como conducir un coche, que sí incumben a quien los crea.

128

En Injerencia y dominio del hecho, 11 ss., JAKOBS¹⁰⁷ se ha vuelto a ocupar del fundamento de la injerencia, que se basa según él en la relación negativa que afecta a quien debe revocar una usurpación de la organización ajena: el dueño del jardín en el que el hijo de una visita se ha envenenado con la ingestión de una baya, debe evitar que la baya haga sus efectos no por las mismas razones que los padres del menor: mejorar el estado de su hijo sea cual sea el origen del mal (la relación es positiva), sino combatir el empeoramiento de una situación creada por su organización [14, 18 s.]. Partiendo de que no se puede prescindir en absoluto de los que hay “detrás” de la injerencia, JAKOBS se enfrenta al discutido tema de sus requisitos referido a la conducta previa [19 ss.], donde defiende su tesis de que el comportamiento previo no tiene que ser uno antijurídico, conformándose con lo que llama “asunción de un riesgo especial frente a la víctima”, como puede ser conducir un coche (frente al atropellado), evidenciándolo con un ejemplo: si quien causó un accidente con su coche por un defecto imprevisible de éste debe pagar el ataúd de la víctima, también debe a mayor abundamiento evitar su muerte si es posible, aunque el riesgo generado fuese uno permitido [21]. Procediendo JAKOBS a continuación a una valiosísima revisión de la jurisprudencia del TS alemán, con conclusiones: 51 ss.

129

¹⁰⁶ De otro parecer, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 11, 59.

¹⁰⁷ *Vid.* también PG, 983.

130 Para MIR PUIG, PG⁷, 324 ss., 325, la injerencia sólo la fundamenta el comportamiento imprudente, lo que excluye el accidente fortuito, pues sólo aquél es antinormativo, o el que a pesar de no ser antijurídico fue voluntariamente buscado (quien expendió alcohol a quienes sabía iban a conducir después, no les impidió ponerse al volante). La causación imprudente del peligro, a su vez, no debe ser tratada del mismo modo que la causación voluntaria, según MIR PUIG [325 s.].— Para BACIGALUPO, PG⁵, 407 s., por su parte, no es necesario que el comportamiento previo sea antijurídico para fundamentar deber de garantía por injerencia¹⁰⁸, pero sí ha de tratarse en cualquier caso de un riesgo, el permitido, elevado, y respecto al que el afectado (3º) haya tomado a su vez las precauciones de seguridad necesarias (en caso contrario: autorresponsabilidad del tercero, en el sentido de JAKOBS)¹⁰⁹; y, aunque es posible un deber de auxilio (garante) en caso de hecho previo justificado: el defensor debe evitar lo que ya no es necesario para la defensa, no hay que acudir al art. 11, porque ya basta el 195.— Para SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, LL, 1999, XX, 4728, 4 s., sólo fundamenta responsabilidad por injerencia el caso de la creación intencional del riesgo precedente seguido de la omisión también dolosa, debiéndose reconducir el resto de creación de riesgos precedentes por la vía del 195. 3. En términos semejantes, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 352.— Una excelente revisión crítica de este cuestionado deber de garante puede verse en GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 273 s. *Vid.* también la buena panorámica sobre la tendencia a restringir el ámbito de la injerencia, de STRATENWERTH, PG, 388 ss.— En contra de la injerencia como deber de garante, MANTOVANI, Modernas tendencias, 494 ss., con interesantes consideraciones de la jurisprudencia italiana (que no la reconoce).— Sobre la injerencia, *vid.* también MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 834 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 673 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 593 ss.; CUADRADO RUIZ, RDPC, 2ª época, 6, 2000, 29 ss.

c'. Deberes de aseguramiento de que no surjan peligros derivados de lo que antes se hizo

131 Como ya se anticipó *supra* XVI 124, éste puede ser un nuevo grupo de deberes de garante que además de absorber a la injerencia cumpla una importantísima función en el futuro, dada las características de la sociedad actual (responsabilidad por el producto)¹¹⁰; con el dato añadido de que por su fisonomía pondrá de relieve muy gráficamente nuestra concepción de la omisión como extrapolación de la acción, con todas sus dificultades conceptuales (con toda seguridad se producirá aquí el atajo legislativo).

132 *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 300 ss.

¹⁰⁸ De otro parecer en: PACPFH-Jiménez de Asúa, 116: contrariedad a deber.; como ZUGALDÍA ESPINAR, CPCr, 24, 1984, 576 ss., 581 s., 582 ss.

¹⁰⁹ En el mismo sentido MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 262, con amplia casuística [264 ss.].

¹¹⁰ *Vid.* ampliamente sobre el deber de garante en este ámbito, GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 304 ss. (caso “Lederspray”), en el derecho español: 325 ss. (caso de la colza).

d'. ¿Deberes de evitación de comportamientos delictivos de otro?

Un amplio sector doctrinal reconoce la posibilidad de que en algunos casos exista el deber de evitar, con la consiguiente imputación en caso de no hacerlo, el delito cometido por otro que se encuentra, en alguna medida, bajo su tutela. 1) El caso más representativo de este grupo de deberes de garante es el de los incapaces de culpabilidad, menores y enfermos mentales, pero también de sujetos sometidos a un régimen de restricción de libertad, como quienes cumplen condena a pena de prisión. 2) Se suele incluir también en este grupo de deberes de garante los del titular de la empresa por posibles delitos cometidos por sus empleados en el desarrollo de la actividad laboral, como p. ej., el suministro de productos defectuosos o la sustracción de explosivos que se fabrican por la empresa, etc. 3) Finalmente, es también representativo de este grupo de deberes de garante el que surge de relaciones de pareja (matrimonio p. ej.), de las que se espera que cada uno evite el posible hecho delictivo del otro. En cambio, se excluye, aunque parezca paradójico, el deber del policía de evitar el delito cometido por los ciudadanos, ya que siendo cierto que por supuesto el incumplimiento de sus deberes por el policía puede fundamentar responsabilidad penal, ésta nunca se basará (equiparación) en la del delito cometido por el ciudadano. El policía no responderá por homicidio por omisión si no ha evitado un asesinato. Como se excluye que el funcionario encargado de vigilar la preservación del medio ambiente responda del delito medio-ambiental cometido por particular (lo que no impide claro está la posible responsabilidad penal por la omisión de su deber de vigilancia), con el caso particular que para algunos sí puede fundamentar un deber de garante que dé lugar a responsabilidad por omisión impropia del funcionario medio-ambiental que con anterioridad autorizó un vertido de cuya ilicitud se dio cuenta después¹¹¹.

133

Lo reconoce, restrictivamente, MIR PUIG, PG⁷, 327 s.: circunscrito a cuando las personas a vigilar sean inimputables.— Lo reconoce también, la responsabilidad por omisión de directivos de empresas por delitos cometidos a través de la empresa, siempre que hayan intervenido en la organización de la actividad a través de la cual tuvo lugar el delito, con argumentos convincentes, GARCÍA CAVERO, H-Rodríguez Mourullo, 390 ss., 393, 396, 400.— *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 406; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 676 s.

134

b. *Deberes de protección de bienes jurídicos en peligro*

a'. Posiciones de garante basadas en relaciones familiares de tutela

Este es el grupo más representativo de deberes de protección. 1) Dentro de él, a su vez, el caso más claro es el deber de garante de los padres respecto a los

135

¹¹¹ Sobre la responsabilidad por omisión del funcionario, con especial referencia al medio-ambiental, GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 340 ss.

hijos de corta edad con quienes conviven, frente a cualquier peligro que pueda acecharles, como p. ej., enfermedades, alimentación, siniestros domésticos e incluso agresiones del otro padre o los demás hermanos. 2) Se discute en cambio mucho acerca de si existe un deber de estas características en lo que se refiere a los propios miembros de la pareja matrimonial que conviven, con el supuesto arquetípico de la enfermedad aguda de uno de ellos (llamar al médico de urgencias cuando el otro acaba de sufrir un infarto) o el accidente que requiere una asistencia igualmente urgente; no, en cambio, de evitar el suicidio o un posible delito cometido por él.

- 136** Para MIR PUIG, PG⁷, 321, el único caso claro de este grupo de deberes es el de la madre y el padre con el recién nacido, en virtud de la exigencia de *dependencia absoluta asumida*. Vid. también BACIGALUPO, PG⁵, 409, en términos más amplios, con inclusión de los cónyuges entre sí.— Sobre este grupo de deberes de garante, vid. también JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 669.

b'. Posiciones de garante basadas en relaciones institucionales orgánicas privadas y públicas

- 137** 1) Los órganos de una persona jurídica de derecho privado están obligados como garantes frente a los daños que los bienes jurídicos de la persona jurídica puedan sufrir, debido entre otras cosas a que, no pudiéndolo hacer la propia persona jurídica han de hacerlo en primera instancia los representantes institucionales de la misma. El alcance de esos deberes llegará hasta donde el órgano asumió al adquirir esa condición, inclusión hecha de los propios deberes que la misma persona jurídica en el desarrollo de su actividad haya podido asumir, p. ej., manipulación de cosas peligrosas o asunción de deberes de protección de terceros como actividad de la persona jurídica¹¹². 2) Lo propio vale para los órganos de la persona jurídica de derecho público, a quienes les alcanza el deber de garante en el marco de las competencias frente a los bienes jurídicos del Estado o Administración implicada, trátase de sus propios bienes, p. ej., patrimoniales, como de los restantes intereses implicados, secretos, pretensiones recaudatorias, ejecución policial y jurisdiccional, etc. No existe en cambio un deber de garante de los órganos del Estado frente a los ciudadanos que permita imputar a aquéllos el delito del que han sido víctima o la catástrofe natural o siniestro (p. ej. un incendio) que les ha dañado¹¹³.

- 138** Según JAKOBS, PG, 1004 ss., existen deberes genuinamente estatales que le obligan (a los representantes del Estado) respecto al ciudadano a prestaciones mínimas,

¹¹² Vid. al respecto GIMBERNAT ORDEIG, Ensayos penales, 357 ss.

¹¹³ Vid. ya JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 672, siguiendo a RUDOLPHI.

cuyo incumplimiento equivalga a la comisión, aunque su contenido es muy discutido. Aquí debe ser ubicada la responsabilidad del Estado respecto a personas que dependen directamente de él, p. ej. reclusos o quienes cumplen el servicio militar (1); el Estado debe garantizar sus funciones mínimas, del tipo funcionario encargado de perseguir el delito (2), como asimismo debe garantizar frente a peligros drásticos no atajables individualmente, como catástrofes naturales o delitos graves (no leves) (3).

c'. Posiciones de garante por asunción de funciones de protección

1) Este grupo de posiciones de garante se caracteriza por que en él alguien se ha comprometido a atajar las situaciones peligrosas en las que puede verse implicado otro que sin aquel ofrecimiento de protección no se habría expuesto a tales situaciones o hubiese buscado otra forma de prevenir los peligros sobrevenidos, con el ejemplo paradigmático de los alpinistas que deciden una arriesgada escalada confiando en el guía que han contratado para ese fin. 2) Dentro del grupo se incluye lógicamente el de los deberes de protección ya consolidados, del estilo del de los padres con hijos de corta edad que delegan en una tercera persona, asistente, determinados cuidados del menor, lo que les permite desentenderse de ellos. 3) Y dentro del grupo se incluye también el de quienes *motu proprio*, sin que nadie se lo pida, se ofrece a ayudar a alguien accidentado o necesitado, bien entendido de que sólo se fundamentará el deber de garante cuando con su ayuda haya determinado la creación de un nuevo peligro (el médico, al operar, p. ej., crea nuevos riesgos) o que el necesitado haya descartado otras posibilidades de salvación (al ver que le ayudan, y antes de perder el conocimiento, el accidentado deja de hacer una llamada telefónica). **139**

Vid. MIR PUIG, PG⁷, 322 s.; BACIGALUPO, PG⁵, 409 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 670 S.; STRATENWERTH, PG, 387 S. 392 ss., 394; JAKOBS, PG, 999 ss., confianza especial, ampliamente, con dos grupos de casos: *creación* de relación de garantía mediante confianza, y *cumplimiento* de la relación a través de organización (¡leer!).— En contra de la asunción unilateral de obligaciones como fuente del deber de garante, MANTOVANI, *Modernas tendencias*, 496 s. **140**

Sobre los deberes institucionales de garante *vid.* también JAKOBS, *Estudios*, 362 s.— Sobre la asunción de deberes de salvamento, extensibles además a la comisión activa, *vid.* JAKOBS, *Estudios*, 351 s., fundamentándola sobre la base de la protección dejada de prestar precisamente porque alguien asumió prestarla.— Sobre el deber de garante del médico, inclusión hecha del de guardia, JORGE BARREIRO, *Imprudencia punible*, 126 ss. **141**

Sobre los deberes de garante, en general, desde una perspectiva de clasificación formal, *vid.* también JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 355 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 592 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 185; BUSTOS **142**

RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 338 ss., 349 ss.; STRATENWERTH, PG, 384 ss. Desde una perspectiva de clasificación funcional, *vid.* también: MEZGER, PG, I, 244 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 599 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 183 S., 186 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 579 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 340 ss.— *Vid.* también ampliamente WELZEL, PG, 251 ss.; ZAFFARONI, H-Barbero Santos, 1390 ss.

L. El error sobre el propio deber de garante

143 Aunque el deber de garante, por lo general, no forma parte expresa del tipo del delito de omisión, debido a la parquedad de la regulación de la omisión en el CP, forma parte (tácitamente) del mismo, hasta el punto de que sin su concurrencia no cabe responsabilidad penal por omisión alguna.— Constatada, a su vez, fácticamente, objetivamente, la concurrencia del deber de garante (p.ej.: el hijo de corta edad se está ahogando en la playa, en las proximidades de su padre), es necesario, como ocurre con todo elemento del tipo de injusto, que el autor se lo haya representado (dolo). Sólo, por tanto, si el autor se ha representado la concurrencia de las circunstancias que hacen surgir su deber de garante (en el ejemplo: que su hijo de corta edad se está ahogando) surge el deber de actuar y, con ello, la realización del tipo omisivo, al que sumar los restantes elementos. Cuando el autor sufre un error sobre las circunstancias fundamentadoras del deber de garante (porque, p.ej., no se ha percatado el padre de ello o cree que no se trata de su hijo), no realiza dolosamente el tipo omisivo y, en su lugar, sólo cabe plantear una posible responsabilidad por omisión imprudente (*vid. infra* XVI 181)¹¹⁴.— En cambio, el conocimiento del mismo deber de garante, esto es, el conocimiento de que en tales circunstancias (las que fundamentan su surgimiento) él, el autor, está obligado a actuar no constituye parte del tipo de injusto sino de la antijuricidad, cuya desconocimiento sólo da lugar a un error de prohibición¹¹⁵ que únicamente si es inevitable exime de culpabilidad, dejando intacto el tipo del delito omisivo por el que responderá el autor si su desconocimiento (su creencia de que un padre no tiene la obligación de salvar a su hijo) fue evitable¹¹⁶.

144 Sobre la cognoscibilidad del deber de garante y su delimitación del error sobre el tipo en la omisión, fundamental, Armin KAUFMANN, Delitos de misión, 153 ss.

¹¹⁴ *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 585 s.

¹¹⁵ La creencia errónea en la existencia de un deber de garante inexistente, como bien dice JAKOBS, PG, 1032, no da lugar a tentativa sino a delito putativo.

¹¹⁶ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión, 71, 96; MIR PUIG, PG⁷, 330; distingue muy bien entre error sobre el tipo y error de prohibición en la omisión, MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 843 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 685 s., con una interesante casuística acerca de por qué la evitabilidad del error sobre el mandato debe ser tratada con más benignidad que la del error de prohibición; WELZEL, PG, 260 s.

M. La justificación del comportamiento omisivo

La justificación del comportamiento omisivo autoriza la no salvación de un bien jurídico al que el ordenamiento jurídico otorga mayor valor cuando para ello sería necesario sacrificar activamente bienes jurídicos de menor valor, y protegido por deberes de actuar cuyo no cumplimiento realiza un tipo de injusto omisivo. El cumplimiento de un deber de actuar, cuyo incumplimiento realiza un tipo de omisión, es el que resulta autorizado, a pesar de que cumpliéndolo no se salvará un bien jurídico de mayor valor en el caso concreto que el salvado con dicho cumplimiento.— El deber de actuar para salvar un bien jurídico cesa mucho antes de que el bien jurídico a sacrificar activamente se aproxime valorativamente al bien jurídico cuya salvación pudiera justificar la lesión de aquél. Estableciendo un paralelismo con la justificación del comportamiento activo, puede decirse: Mientras que nadie está autorizado, en un conflicto de bienes jurídicos, a salvar el bien jurídico de menor valor sacrificando activamente el bien jurídico de mayor valor, todo el mundo está autorizado, en el mismo conflicto, a salvar el bien jurídico de menor valor omitiendo salvar activamente el bien jurídico de mayor valor. **145**

Ejemplo: Aunque el padre está obligado a salvar la vida de su hijo que va a ser víctima de una agresión ilegítima, su realización del tipo de homicidio por omisión (muerte de su hijo) resulta justificado si omitió porque para cumplir su deber tenía que haber matado o haber causado lesiones graves (activamente) al agresor. **146**

En ADP, 1990, 497 s., 508 ss., he intentado demostrar (con nula repercusión bibliográfica) que justificación, p. ej. legítima defensa, del comportamiento omisivo no es defensa a través de una omisión: el dueño del perro no lo llama cuando muerden al ladrón, por la sencilla razón de que ello sólo menciona el hecho trivial, por lo demás, de que allí donde los bienes jurídicos pueden ser defendidos activamente, con la misma razón podrán serlo omisivamente. Justificación del comportamiento omisivo significa, con mejor criterio, que allí donde alguien está obligado a salvar un bien jurídico a través de omisión propia o impropia, deja de estarlo cuando para conseguirlo debe sacrificar activamente (a través de la acción debida) bienes jurídicos de cierta entidad: Ni siquiera el padre de un menor está obligado a matar o lesionar al tercero que se propone hacer lo propio con su hijo. Es cierto que la doctrina dominante diría que no se plantea este problema como de justificación del comportamiento omisivo porque ya antes lo considera atípico (sin riesgo propio o de tercero); pero es cuanto menos esclarecedor distinguir esos casos de otros de no exigibilidad. **147**

En Omisión e imputación objetiva, 51 ss., CUERDA RIEZU defiende que todas las causas de justificación son aplicables en la omisión, ejemplificándolo en la legítima defensa [52], estribando la peculiaridad de su pensamiento en sostener que si se defiende lo que defiende la doctrina mayoritaria: que quien omite para defenderse no **148**

actúa ya típicamente, el que se defiende está peor situado, pues mientras que frente al comportamiento justificado no cabe alegar otra causa de justificación (el estado de necesidad, p, ej.), sí cabe hacerlo frente al comportamiento atípico¹¹⁷. Sobre la colisión de deberes *vid. supra* X 157 ss., 218 ss.

- 149 Sobre la justificación del comportamiento omisivo, *vid.* también Armin KAUFMANN, *Delitos de omisión*, 150 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 586 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 353 s.

N. La exigibilidad en la omisión

- 150 Como muestra la propia redacción de los escasos delitos omisivos expresamente tipificados por el legislador (ejemplo paradigmático: art. 195. 1 “El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, *cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*, será castigado”), y con trascendencia incluso en el ámbito de la antijuricidad (amplitud de la justificación de la omisión; *vid. supra* XVI 145 ss.), la omisión es el campo más abonado para que opere en derecho penal la *idea regulativa de no exigibilidad* (*vid. supra* XI 309 ss.)¹¹⁸. – A los numerosos ejemplos que podrían aducirse para corroborarlo lo que les subyace es la siguiente razón de peso: Es mucho más difícil de cumplir un mandato que una prohibición. Cumplir la prohibición de impedir subir a una montaña es fácil; cumplir un deber de subir a una montaña es más difícil. En el terreno de lo cotidiano, trasladar un día a un accidentado al hospital es fácil de cumplir; la cuestión cambiaría si uno tuviese la “mala suerte” de encontrarse todos los días con accidentados necesitados de traslado. Otro ejemplo: Al médico al que en campaña se le exigiese que operara hasta la extenuación se le estaría pidiendo un esfuerzo heroico que le perjudicaría a él y a todos a los que al día siguiente no podría operar como consecuencia de su estado.
- 151 Destaca peculiaridades específicas de la inexigibilidad en el delito omisivo frente al delito comisito, JAKOBS, PG, 1020 ss. *Vid.* también Armin KAUFMANN, *Delitos de omisión*, 166 ss., ampliamente, desarrollando su original teoría sobre la cuantificación de la antijuricidad a efectos de culpabilidad¹¹⁹.

¹¹⁷ En realidad, ni es necesaria la concesión de la doctrina dominante, por trivial, ni es adecuada la alegación de CUERDA RIEZU, por no pertinente (*vid. supra* X 224).

¹¹⁸ *Vid.* ya CEREZO MIR, PG, III, 259; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 683 s., quienes reconocen que la inexigibilidad excluye el tipo de omisión propia, pero en la impropia prefieren reconducirla a través del estado de necesidad exculpante; matizadamente también WELZEL, PG, 261 s. *Vid.* también las atinadas consideraciones de STRATENWERTH, PG, 406 s.

¹¹⁹ *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *Antijuricidad, culpabilidad y exigibilidad*, LH-Bacigalupo, I, 144 s.

Ñ. Tentativa de omisión. El desistimiento de la omisión

La tentativa de omisión, a no confundir con la tentativa de la acción que cumple la exigencia del tipo omisivo (*vid. supra* XVI 77)¹²⁰, es la omisión de la acción debida desde el *último momento* a partir del cual, conforme a la representación del autor, el cumplimiento de la acción debida ya no logrará evitar el resultado que la norma quiere evitar^{121/122}. **152**

Ejemplo: El guardagujas que quiere producir una catástrofe no bajando la valla, responde por tentativa desde el momento, no antes, en que ya, por más que quiera, no logrará bajarla a tiempo. **153**

En la omisión, por tanto, como se ve, se acorta el espacio entre la tentativa *acabada* y la *inacabada*¹²³; lo que no quiere decir que sea impensable esta última¹²⁴. **154**

Ejemplo: Quien ha decidido matar omitiendo la dosis de medicina diaria que debe recibir la víctima, lo que produce su debilitamiento paulatino, ha comenzado la tentativa de omisión desde el primer momento. **155**

FARRÉ TREPAT, EPC, XIII, 60 ss., que comparte el parecer de ROXIN, para quien concurre tentativa de omisión impropia tanto cuando ya existe un peligro directo para el bien jurídico¹²⁵ como cuando el suceso escapa de las manos del autor, sólo añade, partiendo de la función de motivación de las normas penales, que el juicio de peligro debe **156**

¹²⁰ Aunque su acometida, ciertamente, a su vez, puede dar lugar a responsabilidad por imprudencia (caso de fracasar) (*vid. supra* XVI 37).

¹²¹ *Vid.* ya MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 847 (siguiendo a BACIGALUPO). JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 687, aluden a la discusión sobre si la tentativa comienza en el último o en el primer momento en que el resultado ya se puede evitar. Sobre la tentativa en la omisión impropia, *vid.* también JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 365 (admitiendo la tentativa y el desistimiento).

¹²² Lo que tiene que ser matizado lógicamente cuando la lesión del bien jurídico (incluso su puesta en peligro) depende de varios actos, en cuyo caso el primero (¡necesario y previo al segundo, tercero, etc., que sí creará peligro!) constituirá ya tentativa si es interpretable como inicio de realización del tipo en fase equivalente a la realización activa (*vid. supra* XIII, 5). Basta pues *comenzar* la creación del peligro para que haya tentativa.

¹²³ BACIGALUPO, PG⁵, 415 (*vid.* ya Delitos impropios de omisión, 155, 156): frustración. *Vid.* también ya WELZEL, PG, 262: “La tentativa de omisión comienza (y termina) en el momento en que el obligado a más tardar debería haberla emprendido, si de acuerdo a su representación habría sido exitosa”. Ésta es la tesis que propugnó dentro del finalismo Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 216 ss., 223 ss., 229, 231 (¡leer!).

¹²⁴ *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 687; JAKOBS, PG, 1032 s.

¹²⁵ *Vid.* también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 589, siguiendo a JESCHECK. *Vid.* también STRATENWERTH, PG, 410: la tentativa comienza cuando la no intervención determina un aumento del peligro de no evitación del resultado. JAKOBS, PG, 1033 s., ofrece excelentes criterios de concreción del comienzo de la tentativa en la omisión (¡leer!), en línea con los que ya estableció para el comienzo de la tentativa en la comisión (*vid. supra* XIII 161).

pronunciarlo un observador objetivo en el lugar del autor en el momento en que decide actuar (ejemplo de FARRÉ TREPAT: si el guardagujas no sabía que el borracho de la vía del tren había muerto = tentativa de omisión a pesar de la inexistencia de peligro). Además, según que la disminución del peligro se lleve a cabo mediante una única acción o mediante una sucesión de actos los efectos son distintos. En el primer caso, la tentativa comienza cuando comienza el peligro de que el garante no pueda actuar con éxito en el último momento. En el segundo, a su vez, hay que distinguir tres supuestos: a) si las acciones de salvamento posibles son varias al mismo tiempo y las perspectivas de conseguirlo con cada una de ellas distintas, entiende, siguiendo a RUDOLPHI, que la tentativa comienza cuando la elección de la vía menos adecuada crea el peligro de no poder ya utilizar la más adecuada. RUDOLPHI llega a decir: el inicio del socorro más adecuado con dolo eventual de no evitar el resultado habiendo mejores vías desechadas, fundamenta la tentativa aun en el caso de lograr evitar el resultado [64]; b) cuando las dos acciones se encuentran en sucesión temporal, la tentativa comienza ya cuando el autor se demora en la conducta con más probabilidades de éxito; c) cuando la serie de omisiones se alargue en el tiempo, la tentativa comienza cuando hay ya peligro concreto para el bien jurídico. Ejemplo de RUDOLPHI: la tentativa de dejar morir de hambre al bebé comienza con el peligro para la vida.

157 ALCÁCER GUIRAO, CPCt, 73, 2001, 5 ss., que ha hecho un estudio excelente de las diversas teorías elaboradas para determinar el difícil punto del comienzo de la tentativa en la comisión por omisión, clasificándolos en teorías basadas en el factor temporal [10 ss.], teorías basadas en la energía criminal manifestada [16 ss.] y teorías basadas en el peligro para el bien jurídico [20 ss.], toma partido de una forma que arrancando de la concepción de ROXIN (*vid. supra* XIII, 166), de los dos criterios que éste utiliza: peligro real para el bien jurídico y abandono a su suerte del bien jurídico que en cualquier momento puede caer en peligro sin que el sujeto pueda hacer nada para salvarlo, se queda con este último [24 s.], que enriquece con la tesis de GIMBERNAT ORDEIG, sobre el control de un foco de peligro (*vid. supra* XVI 54) [26], llegando a afirmar: “Desde un punto de vista dogmático, considero más correcto hacer depender el comienzo de la tentativa de una modificación del grado de peligro *dirigida* y representada por el agente, que posponer ese comienzo a un momento en el que el autor ya no puede representarse la «situación crítica» y estamos ya prácticamente ante un resultado de peligro” [29 s.].

158 Por lo demás, en la *omisión impropia* serán de tentativa todas aquellas omisiones ya no susceptibles de remedio mediante realización de la acción debida que no hayan impedido el resultado, no por su omisión sino por cualquier otra circunstancia ajena a la voluntad del omitente.

159 *Ejemplo:* El padre no hace nada por salvar a su hijo de corta edad que se está ahogando; entre tanto otro bañista ha saltado al mar y lo ha salvado.

160 En la *omisión propia*, al no constituir el resultado a evitar elemento del tipo, se cuestiona si la omisión que no ha ido seguida del peligro que se quiera atajar por la

intervención de un tercero o cualquier otra circunstancia convierte al delito (“de mera actividad”) en un delito *intentado* o sigue existiendo una omisión propia consumada¹²⁶.

Ejemplo: El partícipe en el tráfico no ha parado para atender a un accidentado; instantes después, sin que el primero lo sepa, por haber continuado la marcha sin escrúpulos, la víctima es atendida por otro automovilista. ¿Omisión del deber de socorro (art. 195) intentada o consumada del primer automovilista? **161**

Aunque, efectivamente, en puridad, en la omisión propia el resultado no es elemento del tipo, por reducción teleológica cabe tener en cuenta su producción¹²⁷. En el ejemplo: tentativa de omisión del deber de socorro. De donde cabe extraer una ulterior consecuencia: **162**

La tentativa de omisión es *inidónea* cuando (de emprenderse la acción de salvamento) no puede evitar el resultado que pretende, bien porque ya lo evita otra circunstancia que impide que lo haga la acción debida con tal fin (caso de toda tentativa de omisión), bien porque ya desde antes de comenzar a actuar la acción emprendida por el autor es inidónea para impedirlo y, en efecto, no lo impide (o no lo habría impedido caso de emprenderla)¹²⁸. En este último caso, tan de tentativa como el anterior (en contra de lo que sostiene SOLA RECHE), lo único relevante será a efectos de atenuación de la pena (art. 62). Conceptualmente, en cambio, estamos ante una tentativa, salvo que se trate de una representación causal irreal (*vid. supra* XIII 93)¹²⁹. **163**

REQUEJO CONDE, AP, 24, 2001, 537 ss., 553 ss., ejemplifica muy bien que en la comisión por omisión caben la tentativa acabada y la inacabada, sobre la base de que **164**

¹²⁶ Así ya FARRÉ TREPAT, EPC, XIII, 1989, 51 ss., con muy atinada argumentación. *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 259. En contra de admitir tentativa en la omisión propia (sí, en cambio, en la impropia), VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art., 99 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 365, VII, 501, 886 (siguiendo a su discípulo BACIGALUPO ZAPATER); ANTÓN ONECA, Derecho penal, 444; MAURACH/GÖSSE/ZIPF, PG, 2, 42 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 489 (posible pero impune la tentativa de omisión propia); admitiéndola en la impropia y sólo con reservas en la propia, RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 242 s.; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 848; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 686, sólo ven viable en la omisión propia la tentativa inidónea; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 581 s., admite la tentativa en la omisión propia e impropia, inclusión hecha de la tentativa imposible. Admitiendo la tentativa en la omisión impropia, inclusión hecha del desistimiento, y negando la tentativa en la omisión propia, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 589. Admite la tentativa inacabada en la omisión propia, aunque será por lo general impune dada la dificultad de determinar el momento del comienzo de la tentativa, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, EPB, 1162.

¹²⁷ Admite la tentativa en la omisión propia, JAKOBS, PG, 1041. Escépticos COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 730.

¹²⁸ A favor de la tentativa inidónea en la omisión pura también ya FARRÉ TREPAT, APC, XIII, 1989, 50; CEREZO MIR, PG, III, 259, 271; WELZEL, PG, 244, que sólo concibe esta clase de tentativa (inidónea) en la omisión propia; STRATENWERTH, PG, 410. Sobre la tentativa de omisión impropia inidónea *vid.* también SILVA SÁNCHEZ, PCRPH-Del Rosal, 1083.

¹²⁹ CEREZO MIR, PG, III, 272, entiende en cambio que la tentativa en el delito de omisión impropia es siempre y sólo la acabada.

habiendo *ex definitione* en la omisión ya el dolo de resultado, a medida que se aproxima ese resultado el peligro es mayor y la posibilidad de intervenir salvando al bien jurídico menor. De la misma manera que se evidencia la posibilidad de la tentativa inidónea en el hecho de que la víctima sea salvada por un tercero, desconociéndolo el omitente; de la misma manera que es pensable la tentativa en la omisión propia, incluida la inidónea (el accidentado estaba ya muerto).

- 165** A favor de estimar la punibilidad de la tentativa en la omisión propia: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO (ed.), CCP, I, com. art. 3. 2 y 3, 143; MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 883 s.; JIMÉNEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, I, com. art. 16, 799. En contra de la tentativa en la omisión: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 391 s.
- 166** El *desistimiento* de la tentativa de omisión es la realización de la acción debida en un momento en el que el deber de actuar ya ha sido plenamente incumplido (y, por tanto, su injusto plenamente realizado), pero antes de que sobrevenga el resultado, hasta el punto de evitarlo. A su vez, en la medida en que cabe una tentativa de omisión acabada e inacabada (*vid. supra* XVI 154), bastará un actuar que impida el resultado en el segundo caso (suministrar el medicamento antes de que los efectos de no hacerlo sean irreversibles) y un actuar adicional en el primero (p.ej. trasladar al enfermo al hospital en que será salvado)¹³⁰. El desistimiento de la omisión que no logra evitar el resultado (*desistimiento malogrado*) carece de efectos eximentes¹³¹. Vale, pues, aquí, todo lo que se dijo del desistimiento en la tentativa del delito de comisión (*vid. supra* XIII 236 ss.).

O. Autoría y participación en la omisión. Participación por omisión y participación en la omisión¹³²

- 167** La infracción del deber de garante convierte en autor a todo aquel que, siendo titular del mismo, no impide la causación del resultado, sea cual sea su aportación al hecho, incluido el puro omitir.
- 168** *Ejemplo:* El padre que omite la salvación de su hijo, responde por homicidio (art. 138), con independencia de que le causara las lesiones previas que desembocaron en la muerte (su responsabilidad, entonces, puede ser incluso por homicidio activo) o las causare otro (con su correspondiente responsabilidad).

¹³⁰ *Vid.* ya STRATENWERTH, PG, 410

¹³¹ En los términos en que tan bien caracterizan JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 688: Cuando el autor ha intentado realizar la acción demasiado tarde, lo que haría necesario el empleo de medios más arriesgados; en otro caso: responsabilidad sólo por imprudencia.

¹³² Una buena revisión doctrinal y jurisprudencial de la participación en la omisión puede verse en DEL RÍO FERNÁNDEZ, CDJ, XXIII, 1994, 108 ss.

Los obligados que se ponen de acuerdo para omitir (en el ejemplo anterior interviene no sólo el padre sino también la madre) pueden ser tenidos como sendos autores por omisión o como coautores, dado que, en estos casos, a diferencia del comportamiento activo, la coautoría no aporta nada a la imputación de cada omitente (no hay necesidad de título de imputación mutua característico de la coautoría en el comportamiento activo).— No es posible la autoría mediata por omisión: la instrumentalización característica de la autoría mediata es incompatible con la autoría por omisión¹³³.— A su vez, sólo cuando el tipo en cuestión presente elementos especiales de la autoría (agresión sexual, p. ej.: delito de propia mano) que el omitente no reúne en su persona, será relevante su responsabilidad, posible, por participación, preferentemente complicidad (psíquica), incluida la cooperación necesaria¹³⁴.

169

Ejemplo: La madre no hace nada por impedir los abusos sexuales del padre sobre la hija de ambos, de corta edad.

170

Por su parte, quien *participa activamente* en el *comportamiento omisivo* de otro, bien induciéndole, bien como cómplice (*ejemplo:* el acompañante del automovilista que ha causado un accidente le induce o estimula a no parar por temor a las consecuencias), responde como inductor o cómplice del delito correspondiente en virtud de su participación activa y aunque no concurra en su persona deber de garante alguno, beneficiándose de la atenuación correspondiente a la participación en los delitos especiales cuando en el partícipe no concurre el elemento cualificante de la autoría (en este caso: el deber de garante) (dudoso)^{135/136}.

171

¹³³ La admiten, en cambio, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 357. En contra de la coautoría y la autoría mediata en la omisión, BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 141, 144. A la postre niega también la autoría mediata en la omisión HERNÁNDEZ PLASENCIA, Autoría mediata, 349 s. En contra de otra autoría que no sea la directa individual en la omisión: JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 14, 120; BACIGALUPO, PG⁵, 413. A favor de la coautoría (de aquellos sobre quienes pende un deber de garante) en la omisión: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 27, 924; GONZÁLEZ RUS, CDJ, XXXIX, 1994, 124; MIR PUIG, PG⁷, 395 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 753 (omisión propia); JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, III, 366.

¹³⁴ Sobre las dificultades de la inducción por omisión *vid. supra* XIV 307.

¹³⁵ En contra de la participación activa en el comportamiento omisivo de otro JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), CPC, com. art. 14, 120.

¹³⁶ Sobre la complicidad activa en el delito omisivo y la complicidad por omisión en el comportamiento activo, LÓPEZ PEREGRÍN, Complicidad, 330 ss. (y siguiéndole, como a PORTILLA CONTRERAS, LH-Torío López, 463 ss., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 515). No admite ni la coautoría ni la autoría mediata en la omisión, ni la participación en la omisión tanto propia como impropia, WELZEL, PG, 244, 263. Admite también la complicidad por omisión, VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 27-28-29, 287 (*vid. también* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 760). En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO, CDJ, XXXIX, 1994, 232. *Vid. también* CUERDA RIEZU, ADP, XLV, 1992-II, 513, quien presenta una buena panorámica doctrinal y jurisprudencial sobre autoría y participación en el delito omisivo [508 ss.]. Sobre la disparidad de pareceres doctrinales en España en torno a este punto: JAÉN VALLEJO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), com. art. 14, 120. En contra de la participación en los delitos omisivos: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 27, 924, pero a favor de la complicidad por omisión en el comportamiento principal

activo: com. art. 29, 967; CEREZO MIR, PG, III, 260, 272 ss.— Sostiene que el omitente nunca puede ser autor *directo* en el delito que comete otro activamente, con el problema añadido de distinguir entonces entre autor mediato y cooperador necesario, MIR PUIG, PG⁷, 385; en contra de la inducción por omisión: 405; en contra de la complicidad por omisión: 411. A la postre en contra de la participación por omisión en comportamiento activo y la participación activa en delito omisivo, BACIGALUPO, PG⁵, 413 ss. En contra de la inducción por omisión, OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 27, 28 y 29, 310 s. En contra de la inducción por omisión pero a favor de la complicidad por omisión, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 521, 535, 536. En contra de la complicidad por omisión, tímidamente, ANTÓN ONECA, Derecho penal, 458, y de la inducción por omisión: 473. Admite la complicidad por omisión, en contra de Armin KAUFMANN, WELZEL, PG, 143. En contra de la inducción por omisión, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 510. En contra de la participación en los delitos de omisión propia e impropia, QUINTERO OLIVARES, PG³, 645 s. A favor de la complicidad por omisión, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 454. En contra de la autoría mediata en la omisión, y a favor de la coautoría, la cooperación necesaria (de la madre que no hace nada por evitar el abuso sexual del padre sobre la hija de ambos) por omisión en el comportamiento activo y la complicidad omisiva de quien no evita la complicidad activa del ligado a él por el deber de garante, MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 849 ss. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 688 s., 725, 734, admiten inducción y complicidad activa en delito omisivo (pero no inducción por omisión: 744, y sí complicidad por omisión:), coautoría y autoría mediata cuando se determina al instrumento a omitir la acción a que estaba obligado (no, en cambio, cuando el hombre de atrás permanece inactivo: el cuidador del enfermo mental que no evita el delito de éste es autor inmediato de la omisión [garante por delito de tercera persona]). Admite la complicidad por omisión en algunos casos, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 29, 173. A favor de la coautoría y la complicidad por omisión, CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 345. RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 14. 2, 851: discutida doctrinalmente la posibilidad de inducción por omisión; com. art. 16: es posible la complicidad por omisión: 852. MEZGER, PG, I, 244, y, siguiéndole, RODRÍGUEZ MUÑOZ, consideran tantas omisiones como sujetos omitieron la evitación del resultado. Admite, con la jurisprudencia, excepcionalmente, la inducción por omisión, SÁINZ CANTERO, PG, III, 195, y la complicidad por omisión: 202. En la misma línea de ROXIN, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 608, sólo admite la participación (incluida la cooperación necesaria) por omisión en conducta activa principal cuando el tipo contenga elementos de la autoría que no concurren en el omitente, al estilo de la violación. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 590 s., admiten la participación activa en la omisión propia sólo cuando el partícipe tenga capacidad de acción, la participación activa en la omisión impropia y la participación omisiva en ella sólo cuando el partícipe no es garante (exclusión hecha de la inducción, que no cabe en su modalidad omisiva); no es posible la autoría mediata por omisión: 591. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 412, niegan la complicidad omisiva en delito de comisión, la autoría mediata en la omisión [415], pero ven posible la autoría mediata activa en la omisión; niegan también la participación en la omisión, a no confundir con la omisión de la instigación debida (a cumplir) del omitente (que requiere un tipo expreso) [416]. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 28, 155 ss., admite la inducción y la complicidad activa en la conducta principal omisiva [155] y sigue a ROXIN en cuanto a participación omisiva en conducta principal activa [156], con valiosa exposición de la jurisprudencia del TS al respecto [157 ss.]. Según STRATENWERTH, PG, 411 ss., el garante que no impide el delito cometido activamente por otro es autor por omisión, salvo que el tipo requiera peculiaridades de la acción, sea de propia mano o especial (como Armin KAUFMANN y ROXIN), en cuyo caso sólo participación; es posible la coautoría, pero no la autoría mediata, por omisión; es posible la participación activa en la conducta principal omisiva; a la postre, en contra de la participación por omisión.— *Vid.* la STS de 12 de enero 1998, oportunamente transcrita por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 198 ss., que admite la participación (complicidad) omisiva en conducta activa (de la madre que no hizo nada por evitar el abuso sexual del padre respecto a su hija de corta edad), además de recoger fidedignamente los elementos del tipo de omisión impropia (inclusión hecha de la causalidad hipotética). Admite la autoría mediata y la coautoría, la participación por omisión y en la omisión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 986 s. Admite la coautoría (auxilio ejecutivo) y la inducción por omisión, QUINTANO RIPOLLÉS, NEJ, VI, 1975, 475.

Sobre la posible regulación de la participación en la omisión y la exigencia o no de deber de garante, *vid.* CEREZO MIR, Problemas, 346; Presupuestos para la reforma penal, 47. **172**

Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 199 ss., entiende que en el delito de omisión no cabe la coautoría [202] ni la autoría mediata [203] por omisión, como tampoco la inducción (a la omisión) [203] ni la complicidad (en la omisión) [204] por omisión; ni tampoco, igualmente, la participación comisiva (inducción y complicidad) activa en delito omisivo [301]¹³⁷. **173**

Para ROXIN, Autoría, 507, en la omisión es posible la coautoría, pero no la autoría mediata [509]. Por lo que se refiere a la complicidad por omisión, ROXIN, a la postre, coincide en lo fundamental con Armin KAUFMANN cuando sustenta [523] que quien ocupa una posición de garante de evitar el resultado puede ser cómplice, pero que sólo responderá como cómplice por omisión allí donde el tipo en que participa es un delito de propia mano, de infracción de deber personalísimo o de apropiación¹³⁸. Por lo que se refiere a hechos en los que falta el deber de evitar el resultado, ve posible ROXIN [526] la complicidad por omisión allí donde ni existía deber de evitar el resultado ni posibilidad de evitarlo (omisión del deber de garante) (en contra de Armin KAUFMANN: 531 ss.); posibilidad de complicidad por omisión que no incluye el mero no dificultar [527]. En cuanto a la participación activa en hecho principal omisivo, sostiene ROXIN [55], en contra de Armin KAUFMANN, que aunque se negara el dolo de omitir, es posible la inducción a hecho omisivo, sin que, en contra del autor citado y de WELZEL, esa inducción convierta al inductor en autor directo [557 ss.]; al igual que entiende posible la complicidad activa en el delito de omisión, que casi siempre adoptará la forma de apoyo psíquico, del tipo reforzar la decisión de no intervenir del omitente [563]¹³⁹. **174**

No ve problema alguno en la aplicación de las categorías generales sobre autoría y participación en el comportamiento omisivo, en los casos de responsabilidad por organización, JAKOBS, PG, 1023 ss., con sus especificidades: distinción entre coautoría y complicidad (con base en la igualdad o no en el aporte del autor), causalidad hipotética del cómplice, reconocimiento expreso de la autoría mediata en caso de inimputabilidad del autor inmediato, inducción: sólo cuando la omisión tiene valor de información, inducción en cadena, reconociendo lo discutido de todas estas cuestiones. En cambio, respecto a los deberes en virtud de responsabilidad institucional [1027 s.], el omitente es siempre autor, salvo que no cumpla alguna cualidad de la **175**

¹³⁷ Sobre el pensamiento de Armin KAUFMANN acerca de la participación activa (inducción y complicidad) en el comportamiento principal omisivo, *vid.* las atinadas matizaciones de BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, 151 ss.

¹³⁸ Crítica esta posición de Armin KAUFMANN y ROXIN, a quienes sigue BACIGALUPO, GIMBERNAT ORDEIG, ADP, 1970, 725.

¹³⁹ Sobre la participación en la omisión y por omisión en el derecho alemán, *vid.* también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 417 ss.

autoría. Por lo que se refiere a la participación activa en la omisión, aunque en la omisión no se puede participar, si cabe hacerlo en el curso causal que toda omisión no interrumpe quien interviene antes del último en omitir, puede ser cómplice [1029]. Por lo demás, es posible la inducción, la autoría mediata, coautoría y complicidad. En los delitos en virtud de responsabilidad institucional, al partícipe no obligado institucionalmente hay que aplicarle el § 28. 1, lo que no ocurre con la participación en los casos de deberes de organización. No es posible, en cambio, la participación por omisión propia, pero sí la participación activa o por omisión impropia en la omisión propia [1041].

176 En un brillante comentario jurisprudencial en el que LUZÓN PEÑA, PJ, 2ª época, 2, 1986, 73 ss., se ocupa de un caso en el que alguien estuvo presente cuando dos amigos con quienes viajaba invitaron a subir al coche a una joven, que accedió a hacerlo entre otras cosas por su parentesco con el acusado, y a la que después aquellos dos violaron y asesinaron sin que éste hiciese nada, ni contribuyendo a ello ni intentando impedir los delitos, y el TS condenó por cooperación necesaria (para LUZÓN PEÑA sólo omisión del deber de impedir los delitos), sostiene que “si alguien realiza activamente, y con dominio o control del hecho –como autor– un tipo delictivo comisivo de la clase que sea, bien de resultado, bien de actividad o de propia mano etc., para que la pasividad de un tercero, esto es, el no impedírsele sea algo más que pura omisión, y constituya participación omisiva, es preciso que equivalga exactamente a la producción activa” [87].

177 En CPCr, 38, 1989, 380 ss.¹⁴⁰, SILVA SÁNCHEZ defiende la tesis según la cual es posible la participación en comisión por omisión en aquellos casos en “que la *identidad estructural* no se establece con la realización activa de un tipo de la Parte Especial sino con el *tipo del partícipe*”. Comparando la conducta del autor con la del mero partícipe por omisión, afirma SILVA SÁNCHEZ: “No se puede hablar de que el control del riesgo, en el plano normativo, sea igual en uno y otro caso; de que el conjunto de actos del garante «creen normativamente» el riesgo de producción directa del delito. Al contrario, sólo de modo indirecto o mediato puede hablarse de que el peligro dominado por el garante se realice en el resultado. *Si esto último es efectivamente así*, habrá identidad estructural con el hecho de participación (*nota bene*)”. A lo que añade el caso en que “el compromiso efectivo asumido se refiere a actuar de barrera de contención del riesgo de un sujeto que en el caso concreto obra también como partícipe”, con dos manifestaciones: cooperación necesaria, cuando la no actuación sucesiva al compromiso da lugar a que se compruebe que si hubiese obrado controlando el riesgo habría evitado el resultado (incluido el supuesto en el que el omitente no puede responder como autor por impedirlo el tipo de la PE), y la complicidad, cuando el comportamiento activo estructuralmente equivalente no es condición necesaria del resultado.

¹⁴⁰ Vid. también SILVA SÁNCHEZ, EPB, 973 s.

En Intervención omisiva, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, tras exponer las pautas generales sobre la equiparación entre acción y omisión a través de la autoorganización y los deberes institucionales característicos de la escuela de JAKOBS [17 ss.], uno de cuyos representantes más calificados es en España, defiende la tesis según la cual, con independencia de que alguien haya realizado activa u omisivamente un aporte que *prima facie* puede ser calificado de participación en el hecho principal de otro, autor, lo que él no es, nada de lo que pueda ocurrir después sin una intervención específica suya posterior, puede convertir a su responsabilidad en responsabilidad a título de autoría omisiva. Si alguien suministró al terrorista el material explosivo que custodia o permitió que el terrorista lo obtuviera, su conducta será de complicidad en el atentado, sin que el período transcurrido desde su intervención al atentado efectivo, lo convierta en garante de la evitación de la muerte de la víctima [83 ss.]. De esta doctrina por él defendida, extrae SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES algunas consecuencias sobre participación por omisión: la complicidad por omisión es posible: alguien entregó una bolsa con una pistola, sin saber su contenido, con la que después se cometió un asesinato, cosas ambas que el omitente supo después de entregar la bolsa y antes del atentado, sin hacer nada: responsabilidad por complicidad por omisión imprudente si el sujeto no fue consciente de su contenido pudiéndolo haber sido y responsabilidad por complicidad omisiva dolosa si lo supo después de entregarla y antes del atentado. Es también posible la inducción (dolosa) por omisión: el empresario no hace nada después de comprobar que su secretaria ha enviado a otro empresario lo que para aquél fue solo un borrador de carta para intentar inducir al destinatario de la carta a un fraude de subvenciones.

178

PORTILLA CONTRERAS, LH-Torío López, 439 ss., después de pasar revista minuciosa a la difícil y abigarrada polémica doctrinal sobre la participación omisiva en la conducta activa (de resultado y simple actividad), que sistematiza magistralmente [441 ss.], toma decidida posición en favor de la participación omisiva en la conducta activa de resultado arrancando de la identidad estructural entre la acción y la omisión, para sobre la base de la concurrencia de los elementos característicos de la omisión: infracción del deber de garante de protección o control que permite una equiparación (causalidad e imputación objetiva) con el comportamiento activo, siempre que el autor domine los factores que originan o aumentan el peligro de lesión del bien jurídico y una hipotética intervención suya habría impedido la producción del resultado (entonces autoría si concurren los elementos propios del precepto vulnerado) o la habría dificultado (entonces complicidad) [463]: la complicidad en la omisión como disminución del grado de evitación del resultado [465]. Conclusión: “En los delitos de omisión impropia, es autor quien teniendo el dominio actual del riesgo que él mismo genera e incrementa, debe y puede con su intervención evitar el resultado y, sin embargo, no lo hace; será, en cambio, partícipe omisivo cuando su omisión facilite la realización del resultado que, de cualquier otra forma, se hubiera producido”. Ejemplo de RANFT que utiliza PORTILLA CONTRERAS: El garante que no puede evitar el robo, pero sí quitar la escalera que el autor del delito utiliza para acceder a la casa,

179

es cómplice por omisión¹⁴¹. Con imponente exposición sobre la participación omisiva en el comportamiento activo a la luz de la jurisprudencia del TS [465 ss.].

- 180** Si el capítulo de la omisión es el más oscuro de la teoría del delito, el de la participación en y por omisión se lleva la palma dentro de ella. 1. El caso aparentemente menos problemático es el del garante que no pudiendo evitar el resultado sí puede al menos dificultarlo = complicidad por omisión en el delito comisivo. Ahora bien, ¿es éste realmente un caso de participación en una conducta delictiva? ¿O es más bien una forma atenuada de imputación por omisión que desde luego no está prevista en la ley? Y es que, como bien dice ROXIN, el mero no dificultar nunca puede constituir complicidad. 2. Algo parecido puede decirse del caso del actuar u omitir previo como participación omisiva en hechos delictivos que tienen lugar después. Aún en el caso de que se estime que la injerencia fundamenta un deber de garante, es difícil concebir como complicidad el simple no hacer nada por evitar el resultado que producirá otro mediante delito comisivo, salvo que el autor del delito lo entienda como complicidad psíquica, que no es en lo que está pensando SÁNCHEZ-VERA en este caso. 3. El caso genuino de participación en la omisión vendría dado por el comportamiento consistente en dificultar que el omitente pueda cumplir con su deber de actuar sin llegar a impedirlo¹⁴². Pero claro tampoco ese supuesto está contemplado en la ley.

P. Omisión imprudente

- 181** Omisión imprudente (*vid. supra* XVI 37 ss.) es la omisión que conscientemente (elemento subjetivo de la imprudencia) lesiona la norma que obliga a actuar en una situación de peligro ya desencadenado o que amenaza desencadenarse, de menor intensidad que la que caracteriza a la omisión dolosa (respecto a la situación de peligro). *Ejemplo*: El padre que observa cómo su hijo que no sabe nadar ha caído al mar, no se arroja para salvarlo (pudiéndolo hacer sin riesgo): omisión dolosa. El padre que observa que su hijo de corta edad y que no sabe nadar, juega en las inmediaciones de la piscina de casa se ausenta al interior de la casa durante muchos minutos; cuando vuelve, el hijo que ha caído a la piscina, ya no puede ser salvado: omisión imprudente.
- 182** Desarrolla una concepción de la omisión imprudente desde su idea de transformación de focos de peligro (*vid. supra* XV 65 ss.), que en el futuro dará que hablar y aquí no podemos abordar, GIMBERNAT ORDEIG, ADP, XLVII-III, 1994, 37 ss.— Sobre la omisión imprudente en la jurisprudencia del TS, que la admitía con anterioridad a 1995, críticamente: JORGE BARREIRO, CDJ, XXIII, 1994, 223 ss., con especial referencia a la construcción y la medicina en equipo.— GIMBERNAT ORDEIG, PG, 138 ss.,

¹⁴¹ En términos semejantes, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 982.

¹⁴² ¿Es en lo que piensa JAKOBS cuando afirma que quien interviene activamente en el curso causal cuyo resultado el omitente último no evita puede ser partícipe activo en la omisión?

muestra que el TS ha sido reacio a admitir la omisión en el delito doloso, pero no en el imprudente. Quizá ello tenga que ver con el mal llamado momento omisivo de la imprudencia (o, lo que es lo mismo, que el TS está contando con un comportamiento omisivo como sustrato de la imprudencia). *Vid.* al respecto, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 606 s. Sumamente ambiguos y propiciando la mentada confusión entre imprudencia activa y omisión, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, PG, 623. Denunciaba también la confusión entre el comportamiento activo y el omisivo en el pensamiento de RODRÍGUEZ DEVESA, ya MIR PUIG, en: JESCHECK, PG, II, 842 s. *Vid.*, con mejor criterio, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 355.— Sobre la omisión imprudente, *vid.* también JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 1020 ss.

Q. Comisión y omisión simultáneas

Puesto que es frecuente que, sin solución de continuidad, aparezcan aspectos del comportamiento humano relevantes penalmente tanto a título de comportamiento activo como omisivo (*ejemplo*: quien ha herido con propósito homicida y ha dejado allí a la víctima hasta que se desangra tanto ha actuado como omitido a la luz del tipo de homicidio del art. 138), la doctrina ha discutido hasta la saciedad cuándo se debe otorgar preferencia al aspecto activo u omisivo a efectos penales, elaborando una serie de criterios que ponen el acento en qué aspecto ha representado el momento decisivo de la relevancia penal. **183**

Con mejor criterio, como ha demostrado posteriormente STRUENSEE, tales especulaciones no son necesarias, pues la relevancia de un aspecto no excluye la del otro, siendo más bien lo decisivo indicar qué comportamiento es el relevante en cada momento, antes o después, con lo que todo el tema se desplaza a la postre al problema, común a tantos otros supuestos, del concurso; pues, al fin y al cabo, de lo que se trata es de un mero problema concursal. **184**

SILVA SÁNCHEZ, Delito de omisión, aborda extensamente el campo del comportamiento a caballo entre la acción y la omisión con base en tres grupos de casos. 1) En la imprudencia, los famosos casos del pelo de cabra, el ciclista, la novocaína y el farmacéutico, los resuelve SILVA SÁNCHEZ como casos en los que están presentes elementos de comportamiento activo y omisivo [200 ss.], por lo que la solución debe ser una concursal, con preferencia del comportamiento comisivo [208]. 2) Los casos de interrupción de cursos causales salvadores, los resuelve SILVA SÁNCHEZ de una manera peculiar, ya que negando la causalidad en la omisión [228 ss.], para lo que no se conforma como la doctrina mayoritaria con la causalidad como relación epistemológica, exigiendo causalidad real, ausente en la omisión, y compartiendo precisamente una doctrina minoritaria según la cual se “considera que no existe *relación de causalidad* entre la conducta del sujeto que interrumpe el curso salvador y el resultado (*nota bene*)” [228], entiende que estos casos se ajustan muy bien a la comisión por omisión, cuyo arquetipo representan [242], con amplios desarrollos posteriores **185**

sobre aparatos reanimadores [249 ss.]. 3) Finalmente, la *omissio libera in causa* y la *actio libera in omittendo*. A) En la primera, el autor no realiza la acción debida porque precisamente se ha colocado en posición de no poderlo hacer. Este supuesto lo resuelve el autor considerando que desde el primer momento en que el omitente comienza a crear el peligro de no poder realizar la acción debida en un momento posterior, está omitiendo de forma típicamente relevante [262 ss., 268 s.]. B) En la segunda, *actio libera in omittendo*, que incluye casos de igual estructura que la *actio libera in causa* (el autor realiza un hecho delictivo en ausencia de acción o de imputabilidad), con la diferencia de que no es el autor quien provoca (activamente) la incapacidad de culpabilidad, sino que no hace nada por evitarlo, según SILVA SÁNCHEZ estamos también ante una omisión: si faltó la capacidad de acción, porque lo actuado con anterioridad no era típico, y si faltó la capacidad de culpabilidad concurren una comisión inculpable y una omisión culpable, que es la que prevalece [272].— Cuando acción y omisión se suceden temporalmente, juega también el concurso, con preferencia de la comisión salvo que (lo que asimismo constituye una aplicación concursal) la comisión imprudente vaya seguida de omisión dolosa: comisión por omisión (por el actuar precedente) 275].

186 Para JAKOBS, PG, 942 s., ninguna de las formas de comportamiento, activo u omisivo, prevalece sobre la otra, cuando concurren ambas, en cuyo caso no siempre ambas tienen relevancia jurídica, con los siguientes grupos de casos: 1) Si el autor realiza una acción lesiva, que sería inocua si se añadiese otra posterior, la segunda es irrelevante (no supone un “motivo de más” en la terminología de JAKOBS), a no ser que tuviese un deber de actuar (*ejemplo*: está prohibido distribuir género no desinfectado no mandando desinfectar el género a distribuir, salvo que existe un deber específico de desinfectar). 2) Aun así, pueden concurrir acción y omisión (*ejemplo*: un médico opera por error una hernia en el costado derecho sano, en lugar de en el izquierdo, enfermo). 3) Una autorización a salvaguardar un bien cuando sea necesario, estará justificada si se acompaña la acción autorizada de medidas complementarias que eviten efectos indeseados, que a su vez puede seguir siéndolo si es imposible efectuar la acción complementaria (*ejemplo*: el médico que ha de conducir para asistir a una emergencia, debe echar al bolsillo el permiso de conducir [si no lo hace, omite], lo que a su vez puede no ser exigido si con ello perderá tiempo). Lo que, a su vez, permite cuantificar el injusto: Si el médico operó sin anestesia responde del dolor adicional no evitado, pero no de la intervención quirúrgica como lesión.

187 Según GIMBERNAT ORDEIG, ADP, XLVII-III, 1994, 11 ss., 24 s., caben las siguientes variantes: 1) Si la conducta relevante consiste sólo en omitir (ausencia de movimiento corporal alguno), el resultado se imputará a título de omisión. 2) Cuando concurren tanto acciones como omisiones y el autor actuó primero y omitió después, tiene preferencia el comportamiento activo sobre el omisivo, el doloso o imprudente sobre el atípico (inclusión hecha de la acción *correcta* y *posible*: cortar el cordón umbilical), y el más grave sobre el menos grave, salvo que se dé una relación concursal del tipo homicidio imprudente más omisión del deber de socorro dolosa. 3) Si la omisión ha pre-

cedido a la acción pero es relevante sólo como ausencia de medida de seguridad (que da lugar todo lo más a sanción administrativa o delito de mero peligro), el curso completo relevante respecto al resultado lo será el activo posterior. 4) Cuando intervienen varias personas encargadas de vigilar un foco de peligro para que no rebase el riesgo permitido, responderán todos por un delito imprudente de comisión por omisión, y quien cause activamente la lesión con el foco de peligro por un delito imprudente de acción.

En RPeruanaCP, 1994, 3, 229 ss., STRUENSEE ha demostrado muy convincentemente cómo la única manera de distinguir entre comisión y omisión, también a efectos penales, es con una consideración naturalística de movimiento corporal [242 ss.], con cuya ayuda y su subsunción en los respectivos tipos se resolverán los casos problemáticos de presencia (siempre ocurre así por estar en la naturaleza de las cosas: el devenir humano lo proporciona una amalgama constante de acciones y omisiones) de momentos comisivos y omisivos que pueden fundamentar una responsabilidad criminal. Demostrándolo con la llamada *omissio libera in causa* y con el llamado momento omisivo de la imprudencia. En la *omissio libera in causa*, ocurra lo que ocurra antes del momento álgido de concreción del tipo, cuando esto ocurre es a través de una omisión, por eso STRUENSEE habla de “omisión por omisión” [246 ss., 252]. En casos como el del pelo de cabra, en puridad, no puede hablarse de concurrencia de omisión y comisión, sino sólo de comisión; ello es así porque la omisión requiere la preexistencia de la situación típica en la que deviene obligado actuar, lo que no ocurre en el caso, donde el peligro surgirá en el momento en que se le entrega el material contaminado a las operarias, lo que constituye una acción [252 ss., 257].

188

Sobre esta problemática *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 256 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 650 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 388.— Para MIR PUIG, PG⁷, 310 s., el delito de comisión absorberá al de omisión salvo cuando no abarque todo su disvalor (p. ej. atropello de peatón imprudente más omisión de socorro dolosa); además, hay casos dudosos como la desconexión de aparatos de reanimación, que debe considerarse omisión del deber de socorro para evitar tener que castigar por delito de homicidio la conducta de quien realiza o participa en la desconexión.

189

R. ¿Omisión por comisión?

Quien activamente se coloca en condiciones de no poder cumplir su deber de actuar, no omite sino que actúa.

190

Así, ya, Armin KAUFMANN, Delitos de omisión, 208 ss. *Vid.* también BACIGALUPO, PG⁵, 415 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 273; STRATENWERTH, PG, 380 s.; WELZEL, PG, 241; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 222 s.

191

ROXIN, Problemas, 226 ss., fue el primero en darse cuenta de que podía haber casos en los que se podría cometer un delito de omisión mediante un comportamiento activo. Para ello contempla tres casos: 1) El autor, activamente, anula su intento de

192

salvación; 2) El autor anula activamente su capacidad de intervenir activamente; 3) El sujeto participa activamente en el comportamiento omisivo de otro. Partiendo de la existencia de comportamientos penalmente relevantes como los anteriores, ROXIN se plantea a continuación cómo se delimitan de los delitos de comisión, analizando por separado cada uno de los grupos de casos anteriores: 1) En estos casos, sostiene ROXIN que el comportamiento se convierte en penalmente comisivo en el momento en que se interviene activamente cuando el curso salvador ha alcanzado ya a la víctima (la víctima podía ya agarrar la cuerda) [232]. 2) En este caso, estamos igualmente ante un caso de comisión: la acción de quitar a otro (aunque pertenezca al primero) un bote con el que éste intentará salvar a alguien que se está ahogando, es comisión, como destruirlo para impedir el salvamento [334]; 3) La participación activa en el comportamiento omisivo de otro no convierte al partícipe en autor de un delito de comisión: quien induce al médico de guardia para que no acuda a atender al enfermo grave, que muere, es sólo inductor a la omisión del deber de socorro [235 s.].— A continuación, se ocupa ROXIN de casos en los que puesto que el comportamiento activo no sería punible, tampoco debe serlo el omisivo (“omitir impune por hacer”): Si no existe obligación de denunciar determinados delitos, no podría serlo la conducta activa de retirar la carta escrita para denunciarlo [237]. Conforme a este criterio quiere resolver ROXIN los casos de desconexión de aparato reanimador (no es delito interrumpir un tratamiento que no había obligación de llevar a cabo activamente, salvo que existan probabilidades: por mínimas que sean, de sobrevivir) [240, 243]. En términos semejantes ha de resolverse el “silencio cualificado”: Si alguien no tiene la obligación de declarar sobre un punto (p. ej. quién es el padre de un niño en un proceso civil), no podrá fundamentarse su responsabilidad penal si hace declaraciones tendentes a dificultar la aclaración [244]: lo que sólo promueve una omisión no convierte al comportamiento en penalmente activo [245]. Y la “promesa de omisión jurídicamente permitida”: quien ha sabido que otro se propone cometer un hurto y se hace pagar para no denunciar (cuya omisión que es impune), no se convierte en cómplice (complicidad psíquica activa) en el hurto [247].

193

EN ADP, LIII, 2000, 72 SS., GIMBERNAT ORDEIG se ha ocupado de los casos de omisión por comisión. A tal efecto, construye una serie de supuestos: 1) El sujeto obligado a auxiliar, evita actuar colocándose en condiciones de no poder hacerlo. Estos casos los resuelve GIMBERNAT ORDEIG estimando que estamos ante una omisión propia, delito que tanto se puede cometer omitiendo como actuando [82 ss.]. 2) Ruptura de cursos causales salvadores ajenos. Estos casos los resuelve GIMBERNAT, después de pasar revista crítica amplia y minuciosa a las numerosas e importantes tomas de posición doctrinales, acuñando una tercera forma de imputación, distinta a la acción y la omisión, constituida precisamente por eso: por la ruptura de un curso causal salvador ajeno [98 ss.], lo que por cierto también es extensible a la interrupción de cursos causales salvadores propios, que cuando quien interrumpe no era un obligado general sino especial: quien se coloca en la posición de no poder auxiliar no es un tercero sino la madre del recién nacido, fundamenta una omisión impropia; omisión impropia por desestabilizar un foco de peligro, no por no aplicar medidas de

cuidado (para mantener estable y controlado el foco), sino por romper activamente un curso salvador propio que habría establecido o restablecido el riesgo permitido [102], y que aplica a la ruptura de cursos salvadores ajenos de esta forma: a) Si un no garante interrumpe el curso salvador ajeno o de un no garante, la responsabilidad es por omisión propia; b) Si la de un garante por otro no garante también, la solución es la misma; c) Si un no garante interrumpe la acción emprendida por un garante: omisión impropia; d) Lo mismo que si un garante interrumpe la acción salvadora iniciada o que va a iniciar un no garante [102 ss.]. 3) La *omissio libera in causa* la resuelve GIMBERNAT ORDEIG no como acción ni como omisión sino con la nueva tercera forma, de la interrupción de la cadena causal salvadora posible [114 s.]; con amplio excursus final sobre la desconexión de aparatos médicos que mantienen con vida a un paciente y él resuelve como un delito *de acción* [119].— De las muchas e importantes cuestiones abordadas aquí por GIMBERNAT ORDEIG, sólo podemos ocuparnos ahora de dos: 1) El planteamiento del autor sobre una tercera alternativa a la acción y la omisión, constituida por la interrupción de un curso causal, es falaz, pues con aquellas se establece un criterio cerrado de imputación conforme al cual el resultado es retrotraíble a una acción o a una omisión. *Tertium non datur*. O sí, pero entonces dando al traste con la asignación de función alguna a los conceptos de acción y omisión. 2) El hecho de que la interrupción por parte de un garante del curso causal iniciado por un no garante permite imputar a aquél el resultado a título de omisión impropia, en tanto que la de un no garante que interrumpe el curso causal salvador permite lo mismo, evidencia que lo que tienen en común es que ambos han hecho *actuando* bajo unas condiciones que permiten la imputación del resultado. En cualquier caso, tiene razón GIMBERNAT cuando sólo ve omisión propia en la interrupción del curso causal iniciado por tercero o garante genérico. Pero éste un problema de tipicidad, no de comisión del delito mediante acción, omisión u otra forma (si la hay).

XVII. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD DENTRO DEL MARCO PENAL CORRESPONDIENTE AL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD TÍPICOS

BIBLIOGRAFÍA: Mercedes ALONSO ÁLAMO, El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general, 1981; ALONSO ÁLAMO, La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal, CPCr, 19, 1983, 5 ss.; ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito e inseguridad jurídica, CDJ, VII, 1995, VII, 41 ss.; ALONSO ÁLAMO, Determinación de la pena en atención a las circunstancias del delito. El alcance de la reforma a la luz de la ampliación del arbitrio judicial, RCP, 1, 2, 1998, 253 ss.; ALONSO ÁLAMO, La circunstancia agravante de discriminación, LH-Cerezo Mir, 533 ss.; ALONSO ÁLAMO, Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia, EPR-Ruiz Antón, 25 ss.; José Antonio ALONSO FERNÁNDEZ, Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21. 4 y 21. 5 del Código Penal, 1999; ALONSO FERNÁNDEZ, Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación, 1999; Miguel Ángel ALTÉS MARTÍ, La alevosía (Estudio de determinados aspectos de la agravantes del núm. 1 del art. 10 del Código Penal), 1982; Javier ÁLVAREZ GARCÍA, La determinación legislativa de la pena privativa de libertad, PJ, 3ª época, 56, 1999-IV, 35 ss.; Enrique BACIGALUPO, La individualización de la pena en la reforma penal, RFDUC, 3, 1980, 55 ss.; Vicente BAEZA AVALLONE, El arrepentimiento espontáneo, CPCr, 9, 1979, 3 ss.; Miguel BAJO FERNÁNDEZ, El parentesco en Derecho penal, 1973; Enrique BELTRÁN BALLESTER, El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno, Escritos penales, 59 ss.; Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, 1995; BOLDOVA PASAMAR, La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta, RDPC, 2ª época, 1, 1998, 245 ss.; Margarita BONET ESTEVA, La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo CP y la búsqueda de criterios para su aplicación, EPM-Valle Muñiz, 101 ss.; Emiliano BORJA JIMÉNEZ, El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal, ADP, 1992; Francisco BUENO ARÚS, La determinación judicial de la pena y el Consejo de Europa, APen, 1992, 121 ss.; Eduardo CALDERÓN SUSIN, Arrepentimiento espontáneo (Estudio del art. 9-9ª del Código Penal), 1990; Juan Carlos CAMPO MORENO, Arrepentimiento: Alcance penal en el *iter criminis* y en la responsabilidad criminal, CDJ, 1995, VII, 283 ss.; Concepción CARMONA SALGADO, Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio, ADP, 1981, 433 ss.; CARMONA SALGADO, La circunstancia atenuante de arrebató u obcecación, 1983; Manuel COBO DEL ROSAL, Atenuante de

minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español, PACPFDH-Jiménez de Asúa, 433 ss.; Juan CÓRDOBA Roda, Las eximentes incompletas en el Código penal, 1966; Emilio CORTÉS BECHIARELLI, Arrebató u obcecación. Circunstancias atenuantes, 1997; Juana CORTÉS CAMACHO, La interpretación del artículo 66 del Código penal y el arbitrio judicial (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988), AP, 1991, 153 ss.; Joaquín CUELLO CONTRERAS, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sistema de determinación de la pena, LAH-González-Cuéllar García, 123 ss.; José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, LL, 1996, 1515 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Individualización judicial de la pena (Función de la culpabilidad y la prevención de la determinación de la sanción penal), 1997; Eduardo DEMETRIO CRESPO, Prevención general e individualización judicial de la pena, 1999; DEMETRIO CRESPO, Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal Español, ADP, L, 1997, 323 ss. (= amplio resumen de Prevención general e individualización judicial de la pena, especialmente pp 267 ss.). José LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español, ADP, XXX, 1977, 597 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, ADP, 1979, 93 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992, LL, 1993-2, 899 ss. (= PCRPHM-Del Rosal, 399 ss.); Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995, RDPP, 4, 2000, 61 ss.; David FELIP I SABORIT, La incompatibilidad del artículo 61 del Código penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas, ADP, 1990, 999 ss.; Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, Algunas consideraciones sobre la evolución del Derecho penal portugués en materia de determinación de la pena, EDPCH-Rodríguez Devesa, I, 281 ss.; M^a Carmen FIGUEROA NAVARRO, Las circunstancias agravantes de morada y lugar, 1998; Manuel GALLEGO DÍAZ, El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de las penas del Código Penal, 1985; GALLEGO DÍAZ, El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código penal de 1995 y las últimas reformas, EPR-Ruiz Antón, 321 ss.; Carlos GANZENMÜLLER y otros, Eximentes, atenuantes y agravantes en el CP de 1995. Personas criminalmente responsables, 2000; Mercedes GARCÍA ARÁN, La prevención general en la determinación de la pena, ADP, 1981, 511 ss.; GARCÍA ARÁN, Los criterios de determinación de la pena en Derecho español, 1982; Gabriel GARCÍA PLANAS, Aspectos de la medición de la pena, EPM-Fernández Albor, 351 ss. (= CPCr, 33, 1987, 619 ss.); GARCÍA PLANAS, Nociones acerca de la agravante de disfraz en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en: EPC, XXII, 2000, 33 ss. (= H-Barbero Santos, 1057 ss.); Baltasar GARZÓN REAL/Araceli MANJÓN-CABEZA OLMEDO, Reincidencia y Constitución, APen, 1991, 1 ss.; Carmen GÓMEZ RIVERO, Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal, RDPP, 4, 2000, 35 ss.; José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, La circunstancia agravante de nocturnidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, CPCr, 26 y 27, 1985, 213 ss., 431 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, Arbitrio judicial y artículo 61. 4 del Código Penal, PJ, 4, 1986, 141 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1988; GONZÁLEZ CUSSAC, Prevalimiento de cargo público, NEJ, XX, 1993, 452 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, Presente y futuro de las circunstancias modificativas, CDJ, VII, 1995, 11 ss.; Karl-Heinz GÖSSEL, La medición de la pena en el sistema del Derecho penal (trad. Miguel POLAINO NAVA-

RRETE), CPCr, 42, 1990, 547 ss.; Carlos GRANADOS PÉREZ, Individualización de las penas: supuestos conflictivos, CDJ, IX, 1993, 177 ss.; Susana HUERTA TOCILDO, ¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?, CPCr, 2, 1977, 67 ss.; Manuel JAÉN VALLEJO, Reincidencia y derecho penal de la culpabilidad, PCRPHM-Del Rosal, 715 ss.; Patricia LAURENZO COPELLO, La discriminación en el CP de 1995, EPC, XIX, 1995, 221 ss.; LAURENZO COPELLO, La discriminación por razón del sexo en la legislación penal, JpD, 34, 1999, 16 ss.; José LOZANO MIRALLES, Análisis de la atenuante analógica por dilaciones indebidas (art. 21. 6ª del Código penal), LAH-González-Cuéllar García, 339 ss.; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Medición de la pena y substitutivos penales, 1979; LUZÓN PEÑA, Observaciones sobre la rectificación postdelictiva espontánea (y sobre el método investigador), Estudios penales, 251 ss. (= Prólogo a de Vicente Remesal, El comportamiento postdelictivo); LUZÓN PEÑA, La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código Penal, Estudios penales, 279 ss.; Borja MAPELLI CAFFARENA, Las consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., 2005; María Dolores MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, La atenuante por analogía: una situación incierta, PJ, 33, 1994, 105 ss.; Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales, 1999; Fernando MARTÍN GONZÁLEZ, La alevosía en el Derecho español, 1988; Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, La determinación judicial de la pena en el Código penal español, PCRPHM-del Rosal, 811 ss.; Gema MARTÍNEZ GALINDO, Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, EPM-Valle Muñiz, 475 ss.; Carlos MARTÍNEZ PÉREZ, La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, CPCr, 1983, 39 ss.; José María MARTÍNEZ VAL, El arrepentimiento espontáneo, RGLJ, 1957, 413 ss.; Antonio MARTÍNEZ DE ZAMORA, La reincidencia, 1971; Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ, La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, RDPC, 1992, 449 ss.; ÁNGELA MATALLÍN EVANGELIO, El art. 66 del nuevo Código penal: arbitrio judicial e individualización de la pena, EJM-Casabó Ruiz, II, 325 ss.; MATALLÍN EVANGELIO, La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, 1999; Esteban MESTRE DELGADO, La atenuante y la agravante de parentesco, 1995; Santiago MIR PUIG, La reincidencia en el Código penal, 1974; MIR PUIG, El sistema de sanciones, Proyecto de Código penal, 21 ss.; Emilio MORENO Y BRAVO, El principio de culpabilidad. Las dilaciones indebidas en el proceso penal y su incidencia en la determinación de la pena, LH-Bacigalupo, I, 549 ss.; Lorenzo MORILLAS CUEVA, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, 1991; María-Lourdes MOZOTA FATAS, La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9. 9 del Código Penal, ADP, 1989, 141 ss.; Javier MUÑOZ CUESTA (coord.), Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, 1997; MUÑOZ CUESTA (coord.), Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995, 1997; Antonio OBREGÓN GARCÍA, La embriaguez como circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, APen, 1993, 571 ss.; OBREGÓN GARCÍA, La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy cualificadas, 1998; Miguel OLMEDO CARDENETE, Hacia un nuevo fundamento de la circunstancia mixta de parentesco tras la reforma del artículo 23 del Código penal operadas por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, EPH-Cobo del Rosal, 657 ss.; Javier ORAA GONZÁLEZ/María del Pilar ORAA GONZÁLEZ, La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal. Crítica a una reiterada decisión jurisprudencial, LL, 1990, 955 ss.; Vicente ORTEGA LLORCA, Individualización y determinación de la pena, CDJ, IX, 1993, 13 ss.;

Enrique ORTS BERENGUER, Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9. 10º del Código Penal), 1978; ORTS BERENGUER, Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de CP de 1980, CPCr, 14, 1981, 245 ss.; Herminio Ramón PADILLA ALBA, Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena, ADP, XLVIII, 1995-II, 503 ss.; PADILLA ALBA, Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas, 2001; Andrés PALOMO DEL ARCO, Los estados pasionales, CDJ, 1995, VII, 167 ss.; Esteban Juan PÉREZ ALONSO, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, 1995; Carlos PÉREZ DEL VALLE, La individualización de la pena y su revisión, Estudios sobre el nuevo Código Penal, 41 ss.; Laura POZUELO PÉREZ, Las atenuantes 21. 4ª y 21. 5ª del actual Código penal, CPCr, 65, 1998, 403 ss.; POZUELO PÉREZ, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003; Leopoldo PUENTE SEGURA, Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, 1997; Luis-Román PUERTA LUIS, Reglas generales de determinación de la pena, CDJ, 1993, IX, 85 ss.; Federico PUIG PEÑA, Circunstancias modificativas, NEJ, IV, 1952, 156 ss.; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Determinación de la pena y política criminal, CPCr, 4, 1978, 49 ss.; Esteba RIGHI, Algunas consideraciones de derecho argentino, en el ámbito de la individualización de la pena, H-Rodríguez Mourullo, 899 ss.; Lorenzo J. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Atenuantes por analogía, CDJ, VII, 1995, 339 ss.; Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito, EDPCH-Rodríguez Devesa, II, 183 ss.; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, La dosimetría en la determinación legal de las penas, RDPC, 4, 1994, 747 ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Naturaleza de los conceptos jurídicos y límites de la individualización penal, Jornadas de Profesores, 301 ss.; Claus ROXIN, La determinación de la pena la luz de la teoría de los fines de la pena, Culpabilidad y prevención, 93 ss.; ROXIN, Prevención y determinación de la pena, Culpabilidad y prevención, 115 ss.; Juan RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, La atenuación incompleta de la responsabilidad criminal, CDJ, 1995, VII, 93 ss.; Carmen SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y artículo 66 del Código penal, 2000; SALINERO ALONSO, Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas, H-Barbero Santos, 1297 ss. (= Teoría general de las circunstancias, 49 ss.); Íñigo SEGRELLES DE ARENAZA, La alevosía (Análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales), CPCr, 57, 1995, 763 ss. (= en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, II, com. art. 22. 2, 910 ss.); Ignacio Jesús SERRANO BUTRAGEÑO, Análisis de la regla del artículo 61 del Código penal y de la jurisprudencia que la interpreta, RDPC, 1, 1991, 369 ss.; Alfonso SERRANO MAILLO, Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena, 1995; Jesús-Mª SILVA SÁNCHEZ, La revisión en casación de la individualización judicial de la pena, PJ, 2ª época, 6, 1987, 137 ss.; Ángel DE SOLA DUEÑAS, Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento, ADP, 1971, 417 ss.; Günter STRATENWERTH, Culpabilidad por el hecho y medida de la pena, Principio jurídico penal de culpabilidad, 50 ss.; Carlos SUÁREZ RODRÍGUEZ, La circunstancia agravante de obrar con abuso de confianza, EPC, XVIII, 1995, 229 ss.; Juan María TERRADILLOS BASOCO, Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal, CDJ, 1995, VII, 71 ss.; Domingo TERUEL CARRALERO, Ensañamiento, NEJ, VIII, 1956, 590 ss.; Esperanza VAELO EZQUERDO, Aspectos problemáticos de la reincidencia, H-Barbero Santos, 1359 ss.; Fernando VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, La circunstancia agravante de prevali-

miento del carácter público (art. 22. 7ª del Código penal), 2001; Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, La reincidencia en el Código Penal de 1995, ADP, L, 1997 169 ss.; Javier DE VICENTE REMESAL, El comportamiento postdelictivo, 1985; Heinz ZIPF, Principios fundamentales de la determinación de la pena (trad. Santiago Mir PUIG), CPCr, 16, 1982, 189 ss.; José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, La prevención general en la individualización judicial de la pena, ADP, 1981, 869 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena, PJ, 18, 1990, 133 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, La individualización de la pena en el Borrador de Parte General del Anteproyecto de Código penal de 1990, CPCr, 44, 1991, 459 ss.

1. TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

A. Regulación legal¹

Cuando el art. 138 castiga el homicidio con la pena de prisión de diez a quince años, está estableciendo un *marco penal* dentro del cual el tribunal podrá aplicar la pena que estime conveniente conforme a los criterios que el legislador le proporciona, sin que, en ningún caso, salvo que el mismo legislador diga otra

1

¹ Vid. ORTEGA LLORCA, CDJ, IX, 1993, 20 ss.; PUERTA LUIS, CDJ, IX, 1993, 89 ss.; MIR PUIG, Proyecto de CP, 33 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Individualización judicial de la pena, 163 ss.; MORILLAS CUEVA, Consecuencias jurídicas del delito, 75 ss., 92 ss., 100 ss.; BOLDOVA PASAMAR, en: GRACIA MARTÍN (coord.), Lecciones de consecuencias, 167 ss., 191 ss., 219 ss.; MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito⁴, 247 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, PJ, 3ª época, 56, 1999-IV, 36 ss., con muy interesantes consideraciones sobre la excesiva amplitud de algunos marcos legales abstractos del CP: 39 ss., y sobre el escaso control de la proporcionalidad en la fijación del marco concreto por los tribunales: 45 ss. (criterios de proporcionalidad: 55 ss.); MIR PUIG, PG⁷, 717 ss. (antecedentes legales españoles: 716 s.); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 920 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 600 ss., 603 ss., 607 ss., 612 ss.; MUÑOZ CONDE, en: JESCHECK, PG, II, 121 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 720 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 929 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 938 ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 61 ss., 250 ss., 262 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, antes del art. 61 ss., 366 ss., 389 ss., 406 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, antes art. 62 ss., 1098 ss., 1119 ss., 1154 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 404 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 932 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 487 ss., 491 ss.; CCP, 354 ss.; FERRER SAMA, CCP, II, art. 58 ss., 249 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 98 ss., 104 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 177 ss., 180 s.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 369 ss., 376 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 538 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 61 ss., 263 ss. (amplísimamente), com. art. 69 ss., 336 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 591 ss.; 598 ss.; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 66 ss., 761 ss., com. art. 70 ss., 878 ss.; VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 61-64, 386 ss, com. art. 66-67, 393 ss., com. art. 70-72, 401 ss.; GALLEGO DÍAZ, EPR-Ruiz Antón, 341 ss.; RIGHI, H-Rodríguez Mourullo, 906 ss.; DEMETRIO CRESPO, Individualización judicial de la pena, 269 ss.; LUZÓN PEÑA, EPB, 615 ss., 622 s. (inclusión hecha de los sustitutivos penales); SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 132 ss.

cosa, pueda ser inferior ni superior a esos límites. A su vez, el marco penal (*marco legal*) de cada figura delictiva, lo divide el legislador en dos mitades, la inferior y la superior, pues, ello le sirve, entre otras cosas, para obligar al tribunal, en función de las circunstancias que concurran (artículos 21 a 23), a aplicar la pena dentro de la mitad superior o dentro de la mitad inferior, estrechando de ese modo el marco de la pena aplicable en cada caso (*vid.* art. 66).— Para los casos en que, en virtud de lo dispuesto por el propio CP, haya que establecer una pena inferior o superior a la habitual para el delito correspondiente, en toda su extensión o en parte de ella, el art. 70 establece la forma de determinarla (escalas graduales). Así (art. 70. 1. 1.^a), “la pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo”: aplicado a la pena del homicidio, la pena superior en grado sería una comprendida entre los quince y los veintidós años y medio. El mismo criterio, sólo que a la inversa (art. 70. 1. 2.^a), se aplica para determinar la pena inferior en grado: en el ejemplo del homicidio de cinco a diez años.— El CP establece también los límites absolutos, máximo y mínimo, de cada pena. Así, para la pena de prisión (art. 36) el límite mínimo será de seis meses y el máximo de veinte años, salvo que el propio CP diga otra cosa (*vid.*, p. ej., art. 572. 1. 1.^o: terrorismo); estableciendo el art. 70. 3 la forma de determinar la pena superior en grado cuando se agote el límite absoluto de la pena correspondiente (ampliando dicho límite: a treinta años en la pena de prisión: art. 70. 3. 1.^o). Una reforma reciente, de 2003, permite aumentar la pena de prisión hasta cuarenta años en los casos de pluralidad de delitos en la órbita del asesinato terrorista y semejantes (*vid.* artículos 76. 1 c), 140, 572. 1. 1.^o).— Se trata, pues, de preservar siempre un marco dentro del cual concretar la pena. Por eso, una vez establecidos por el legislador los límites de dicho marco, procede a proporcionar criterios acerca de cómo llenarlos de contenido, es decir, de cómo aterrizar en la pena concreta dentro de cada marco².— Tales criterios son las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o *circunstancias del delito*. Las circunstancias pueden someterse a una primera clasificación que las distingue entre circunstancias *nominadas* y circunstancias *innominadas* del delito³. Las circunstan-

² *Vid.* VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 199. De compromiso entre legalidad y arbitrio habla MIR PUIG, PG⁷, 715, para referirse a este sistema de determinación de la pena. *Vid.* ya ANTÓN ONECA, Derecho penal, 579, 581 ss., 591; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, introducción a sec. 1, cap. 2, tit. 3, libro I, 726; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, RDPC, 4, 1994, 750 ss., 756; SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 4, 130 s.

³ En contra, expresamente, CEREZO MIR, PG, 6, 351, que sólo considera circunstancias a las nominadas, art. 21-23, y específicas de la PE, pero no a las que aquí llamamos innominadas, que para él son meros factores de individualización de la pena. SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 19 ss., es aún más restrictiva y sólo considera circunstancias a las genéricas de los artículos 21 a 23, exclusión hecha de las eximentes incompletas y la minoría de edad (con consecuencias), 49.

cias nominadas están tipificadas en los artículos 21 a 23, como atenuantes (art. 21: eximente incompleta, adicción a sustancia, estado pasional, confesión, reparación del daño y atenuante por analogía), agravantes (art. 22: alevosía, disfraz, abuso de superioridad, lugar, tiempo y auxilio de persona que debilite la defensa o favorezca la impunidad, precio, recompensa o promesa, discriminación, abuso de confianza, prevalimiento del carácter público y reincidencia) y mixta (de parentesco), en tanto que la determinación de la pena conforme a su número y concurrencia se establece en el art. 66 (si concurren una o varias agravantes la pena se impondrá en su mitad superior, si sólo una atenuante en su mitad inferior, si atenuante muy cualificada o varias la pena inferior en uno o dos grado [preceptivo el primero] y en la extensión querida por el tribunal, si atenuantes y agravantes o ni las unas ni las otras se aplicará el marco legal en toda su extensión y conforme a los criterios de las “circunstancias personales del delincuente” y la “mayor o menor gravedad del hecho”).— Aunque el régimen de circunstancias nominadas, concretamente las atenuantes, es muy amplio, hasta el punto de que el art. 21, que las regula, se cierra con un número 6 que incluye cualquier otra circunstancia (innominada) análoga a las anteriores, no obstante, del propio art. 66. 6 y 7, que regulan cómo determinar la pena dentro del marco legal, estableciendo que cuando concurren tanto circunstancias agravantes como atenuantes (nominadas) como cuando no concurren ni unas ni otras, el tribunal impondrá la pena que estime adecuada, dentro del ámbito total del marco legal, en atención a la entidad de las atenuantes y agravantes concurrentes y a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, respectivamente, está resumiendo en dichas cláusulas un catálogo de circunstancias innominadas decisivas para la determinación de la pena, hasta el punto de que son ellas las que llenan de contenido ese capítulo de la teoría de la pena que no corresponde desarrollar aquí⁴.

Estas circunstancias (*circunstancias del delito*), que también pueden aparecer referidas específicamente a algún delito o grupo de delitos (*vid.*, p. ej., art. 148. 2º; 153. 4)⁵, deben ser netamente distinguidas de otros casos en los que el legislador crea realmente un nuevo tipo delictivo sobre la base de otro ya existente, en cuyo caso podemos hablar de un injusto específico, justo lo que no ocurre con el “delito circunstanciado” que ahora nos ocupa.— Lo que a su vez no quiere decir que sea fácil ni aconsejable abusar de la multiplicación de tipos delictivos que lo único que contienen es la protección del mismo bien jurídico que el delito preexistente en un contexto

2

⁴ La redacción del CP de 1995 anterior a la reforma de 2003, era aún más gráfica en este punto: art. 66. 1.

⁵ *Vid.* ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 874 s.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 9, 267; BUSTOS RAMIREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 494 ss.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 199.

especialmente sensible que justifica una agravación⁶. El legislador, desgraciadamente, está tendiendo a crear tipos autónomos que realmente sólo encierran un contexto agravatorio, que a la postre para lo único que sirve es para, sin aumentar la protección, crear irresolubles problemas concursales por la proliferación de tipos emparentados (*vid. infra* XVIII 143).

B. Consideraciones críticas sobre el sistema de determinación de la pena conforme al régimen de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

a. La función del sistema de determinación de la pena

- 3 La esencia de una teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, que, concebidas de una forma u otra, aparecen en todos los códigos penales, en el derecho comparado e histórico⁷, estriba en que el legislador es consciente de que la abstracción de los tipos de injusto (el tipo de injusto del homicidio, del art. 138, equipara todos los homicidios de la vida real), necesaria, por otra parte, para los fines de la tipicidad, de la seguridad jurídica (*vid. supra* VIII 2), obliga a proporcionar a los tribunales márgenes que les permitan individualizar la pena, en atención a sus fines, y en atención, a su vez, al hecho de que, p. ej., los diversos homicidios de la vida real, todos los cuales tienen en común la muerte de un hombre por otro, presentan características individuales tan diversas que es prácticamente imposible hallar dos homicidios iguales: la forma comisiva, los motivos del autor, las relaciones entre el autor y la víctima, las características de la víctima, las características del autor, etc., etc., contienen diferencias de las que el derecho penal, para practicar la justicia del caso concreto y realizar la teoría de los fines de la pena, debe tomar cumplida cuenta⁸.
- 4 El sistema seguido por el CP español para modular la pena más allá de la establecida con carácter abstracto en el tipo correspondiente al delito de la PE, no está sin embargo exento de graves dificultades que a continuación se abordan.

⁶ *Vid.* no obstante GIMBERNAT ORDEIG, PG, 79.

⁷ Sobre las circunstancias en el derecho histórico y comparado *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, Circunstancias modificativas, 7 ss. En el derecho histórico español: MARTÍNEZ ARRIETA, PCRPH-del Rosal, 81 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 875 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 590 s.

⁸ *Vid.* ORTEGA LLORCA, CDJ, IX, 1993, 38; MARTÍNEZ ARRIETA, PCRPH-del Rosal, 819; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 919 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 600; QUINTERO OLIVARES, PG³, 713 s.; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, antes de com. art. 21, 196; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, antes de com. art. 61, 365; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 528 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 409 s., 486; CCP, 149 ss.; FERRER SAMA, CCP, C, com. art. 9, 266; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 98; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 313; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 493 s.

b. *Problemas del sistema español de determinación de la pena*

El *primer problema* que la solución seguida por el CP para armonizar seguridad jurídica y justicia del caso, el sistema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, suscita estriba en que en cuanto que el legislador obliga a aplicar taxativamente las atenuantes y agravantes nominadas (artículos 21 a 23) cuando concurren sus presupuestos, definidos legalmente, y, además, a hacerlo aplicando la pena dentro de un marco más estricto, acotado dentro del marco legal abstracto (su mitad superior o inferior) (art. 66. 1 a 5), pareciera que atenuantes y agravantes nominadas no fueran criterios flexibles de ayuda al juez para individualizar la pena dentro del marco legal⁹, sino, más bien, justamente lo contrario, complementos del tipo de injusto que, lejos de facilitar la labor de individualización de la pena por el juez, la constriñen, en cuanto que, de concurrir la circunstancia, le cierra el paso a la posibilidad de individualizar la pena conforme a otros criterios (p. ej. de prevención especial, tan relevante en esta fase de la justicia penal), cuando concurre una agravante¹⁰.— El contrapunto a lo que sucede con las circunstancias modificativas nominadas del CP del art. 21-23, atenuantes y agravantes, lo proporcionan los criterios que el mismo CP (art. 66. 6)¹¹ propone a los tribunales para individualizar la pena, dentro del marco legal, cuando no concurren atenuantes ni agravantes nominadas, de “mayor o menor gravedad del hecho” y “circunstancias personales del delincuente”, que, por la abstracción de su tipificación y sus amplísimos efectos a la hora de individualizar la pena dentro del marco legal total (piénsese en uno muy extenso), quizá peque de lo contrario, constituyendo una fórmula excesivamente vaga de ayuda a la individualización de la pena¹².

Un *segundo problema*, aunque ciertamente relacionado de manera íntima con el anterior, de carácter general, que suponen los criterios de determinación de la pena dentro del marco legal, lo constituye el peligro de que en tanto se estimen como agravantes (refiéranse al hecho o al autor, caso de la alevosía o la reincidencia, entre las nominadas, la mayor entidad del daño o la premeditación, entre las innominadas, por mencionar algunos ejemplos) puedan entrañar una vulneración del principio *ne bis in idem*, por cuanto que si bien es cierto que la circuns-

⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 539.

¹⁰ Vid. el razonamiento crítico, semejante, de ROXIN, Culpabilidad y prevención, 143, respecto al sistema de determinación de la pena conforme a la teoría del valor de empleo (sobre este modelo, de la “representación”, en mi terminología, vid. *infra* XVII 23 ss.).

¹¹ Y, en buena medida, también, de forma encomiable e, incluso, diríase, corrigiendo lo establecido en los números 1 a 5, en el número 6, cuando concurren atenuantes y agravantes nominadas.

¹² Vid. la atinada consideración crítica que sobre este punto, excesiva ambigüedad que propicia la arbitrariedad de los tribunales en la materia, realiza RIGHI, H-Rodríguez Mourullo, 900, sobre el derecho argentino (extrapolable al español).

tancia se limita a ayudar a concretar la pena dentro del límite máximo y mínimo del marco legal, también lo es que puede estar cerrando el paso, o, al menos constituyendo un obstáculo, a la posibilidad de una concreción de la pena más benigna para el autor, con lo que lo tenido en cuenta para agravar, se tiene una vez más en cuenta para impedir una atenuación con base en otra u otras circunstancias, también concurrente, de ese signo.

- 7 Todavía podemos aludir a un *último problema* de la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad relacionado con aquellos casos en los que la sanción o medida a imponer se inspira en principios incompatibles con los principios en que se basa la determinación de la pena del plenamente capaz de culpabilidad, que es el supuesto en el que se inspiran las circunstancias modificativas, pero el hecho por el que se impone la medida es el mismo, el delito, en cuya comisión por parte del que va a ser sometido a medida pueden haber concurrido circunstancias modificativas. ¿Operan de alguna forma las circunstancias también en la determinación de la medida de seguridad de los artículos 95 ss. CP y de la medida educativa de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores?

c. *La naturaleza individualizadora de la norma de determinación de la pena*

- 8 Los problemas aludidos en el apartado anterior evidencian lo mucho que dista de estar cerrada la discusión acerca de cómo fundamentar las normas de determinación de la pena, concretamente aquellas que en mayor medida dan cuenta de que éste es el punto por el cual la teoría del delito conecta con la teoría de la pena (por eso se incluye este tema en la teoría del delito), lo que unido al hecho de que el derecho penal cada vez matiza más sus fines según la fase de la justicia penal considerada, explica determinadas disfuncionalidades que habrá que ir paliando. Para ello, lo primero que hay que dilucidar es la *diferencia normológica* que existe, si es que existe, entre la norma que tipifica un comportamiento y la norma que tipifica una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal establecida por la que tipifica el comportamiento y determina el marco legal (máximo y mínimo) de la pena que le corresponde.— En este sentido, debe decirse de inmediato que el hecho de que una norma pertenezca al derecho penal, como sin duda ocurre con la que reconoce una circunstancia modificativa, atenuante o agravante, de la responsabilidad penal, no quiere decir que esté sometida a las mismas restricciones a las que está sometida la norma que establece la responsabilidad penal, la que crea o agrava una figura delictiva. A las razones que se dieron para fundamentar el alcance de la taxatividad penal, garantizar la seguridad jurídica limitando drásticamente la responsabilidad penal, cir-

cunscrita a la norma que crea o agrava la responsabilidad, pero no p. ej. a la que exime de responsabilidad o la atenúa (*vid. supra* III 96), debe añadirse otra específica y esclarecedora de la función que cumple la norma que crea una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.— En efecto, cabe afirmar con carácter general (siempre puede haber excepciones) que mientras que la norma que describe un tipo delictivo persigue que quienes la interpretan y están llamados a aplicarla se pongan de acuerdo para reducir los hechos diversos a que puede ser aplicada a una unidad homogénea, haciendo hincapié por tanto en lo que en común tienen todos esos casos (lo “único” que tienen en común todos los homicidios es que en todos ellos un hombre ha causado la muerte de otro hombre consciente y voluntariamente, que en todo lo demás son diversos), por lo tanto *generalizando* de acuerdo con el texto que recoge el tipo (y todo lo que incluya), la norma que ayuda a determinar la pena introduciendo circunstancias modificativas de la responsabilidad taxativamente establecida por el tipo delictivo (incluida la norma concursal¹³, a pesar de que ésta contiene también un tipo descriptivo de la relación en que se encuentran varios comportamientos típicos), quiere que se utilicen los términos típicos, muy ambiguos (piénsese, p. ej., lo ambiguas que eran las antiguas agravantes de “despoblado” o “nocturnidad”, y lo más ambiguos que son todavía los términos que las sustituyen de “circunstancia de lugar” y circunstancia de tiempo”) (*vid. art. 22. 2ª*), para *individualizar* al máximo con la ayuda de tales criterios.

d. *Cómo cumple la norma de determinación de la pena su función individualizadora*

La primera cuestión que suscitan normas como las que ayudan a la individualización de la pena, antes de pasar a la principal cuestión, de cómo cumplen su función individualizadora, es la de su armonización con la generalidad característica del derecho en todos sus ámbitos, también el de su mayor concreción¹⁴. Lo que puede desconcertar, por tanto, es que, aparentemente, mientras que el derecho generaliza, aquí, en materia de determinación de la pena, individualiza, y, en consecuencia, se introduce la arbitrariedad. Esto, sin embargo, no es exacto, dado que lo efectivamente individualizado, si es

9

¹³ En ADP, 1978, 35 ss., 1979, 45 ss., 451 ss., 49, intenté demostrar ya que ésta es la naturaleza última de la norma concursal: ayudar a determinar la pena en concreto.

¹⁴ *Vid.* la excelente exposición de RODRÍGUEZ MOURULLO, Jornada de Profesores, 311, siguiendo a GARCÍA MÁYNEZ, sobre los “conceptos de clase”: incluso las nociones jurídicas singulares no aluden a algo individual e irreductible sino a algo que puede ser presentado como “caso de aplicación”. *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 30, siguiendo a VIVES ANTÓN. *Vid.* también muy atinadamente sobre la individualización del proceso de concreción de la pena, MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito⁴, 243 ss.

correcto (falta por ver si existen criterios de corrección de la individualización), pretende ser generalizado a casos iguales¹⁵. Pero quiere decir, también: si el caso nuevo vuelve a ser distinto (pueden variar las circunstancias del caso y el mismo sistema o perspectiva de los criterios de individualización), habrá que volver a individualizar otra vez. Evidentemente, ésta es una de las vías por donde más fácilmente los ordenamientos que la practican se abren a la realidad, explicando el primado del caso concreto individual de los ordenamientos jurídicos modernos.— En resumen: Todos los casos subsumibles en el tipo delictivo (“estereotipo”) son, a su vez, diferentes entre sí, salvo en lo que permite la subsunción en el tipo (una mínima parte de lo que les caracteriza como sucesos en la realidad de la vida); lo que unido al hecho de que también son ilimitados los argumentos con los que llenar de contenido los principios inspiradores del ordenamiento jurídico (piénsese en todo lo que cabe bajo el principio de prevención del delito)¹⁶, hace que la aplicación más concreta del derecho penal a través de las normas de determinación de la pena evolucione constantemente (piénsese en todo lo que cabe en los criterios innominados de “gravedad del delito” y “circunstancias personales del delincuente” del derecho español), a la luz de nuevos casos, nuevas perspectivas desde las que contemplarlos y nuevos argumentos conforme a los que resolverlos, sin cerrarse nunca. La seguridad jurídica, por lo demás, se garantiza dentro de los extremos (que dejan más o menos margen de discrecionalidad) representados por los límites del tenor literal del tipo delictivo y del máximo y mínimo de la pena (*vid. supra* III 7).

- 10 Antes de continuar reflexionando sobre cómo se desarrolla y controla, si es que cabe control alguno, el sistema de individualización de la pena, con lo ya visto podemos dilucidar algunos de los problemas (los más importantes) mencionados *supra* XVII 5 ss., e, incluso, comprobar cuáles son los defectos de una regulación legal que impide o dificulta la labor genuina de individualización de la pena.— En efecto, lo más irritante del sistema español, de las atenuantes y las agravantes nominadas, no es tanto su monovalencia, las circunstancias o agravan o atenúan, como el estrechamiento del marco penal a que parecen obligar cuando concurre alguna de ellas, ya que, entonces, la concurrencia de alguna agravante nominada, p. ej., parece impedir el juego de cualquiera de las muchas circunstancias atenuantes innominadas que puedan estar presentes en el caso, con lo que la tarea de individualización de las normas de determinación de la pena se viene al traste.

¹⁵ *Vid. supra* XI 1, respecto a un problema metodológicamente semejante (de individualización) como el de la definición de la inimputabilidad por enfermedad mental de la persona adulta.

¹⁶ Insiste muy oportunamente en que todo lo que limita el *ius puniendi* influye en la determinación de la pena, MIR PUIG, PG⁷, 728.

Como sistema alternativo, puede mencionarse el alemán, cuyo § 46 StGB 11 contiene circunstancias sumamente abstractas y además ambivalentes; lo que va acompañado de la lógica consecuencia de que el tribunal nunca se ve necesariamente constreñido por la presencia de alguna circunstancia, sea cual sea su signo, atenuante o agravante^{17 18}.

La única manera de paliar el desatino del sistema español, problemática ésta 12 en la que ni doctrina ni jurisprudencia parecen haber reparado¹⁹, estriba en estimar que la medida en que la concurrencia de la atenuante o agravante, que el tribunal sin duda habrá de tener en cuenta si concurre, influya sobre la concreta penalidad, esto es, el acortamiento del marco legal a su mitad superior o inferior, constituye en tales casos sólo un criterio orientador *facultativo*, que no cercene la libertad del tribunal de cara a estimar otras circunstancias (nominadas o innominadas) y moverse dentro de la totalidad del marco legal, algo, debe reconocerse, difícil de digerir dados los claros términos empleados por el legislador²⁰ y el escaso sentido de la individualización de la pena de los tribunales españoles.— Por su parte, por lo que se refiere al problema de que el sistema español de las circunstancias modificativas, concretamente el de las agravantes, pueda significar una vulneración del principio *ne bis in idem*, por cuanto el motivo agravatorio sería estimado para agravar y para impedir tener en cuenta posibles atenuantes innominadas, vale también lo dicho con anterioridad; por tanto: se trata, efectivamente de una vulneración del principio mencionado, y es así por el catastrófico sistema español, de obligar a restringir el marco legal en virtud de la mera presencia de una agravante nominada.— A mayor abundamiento, y en relación con esta materia, cabe todavía plantear un problema de mayor calado, y que se plantearía aun en el supuesto de que el sistema español no obligase a recortar el marco legal en caso de la concurrencia de una agravante nominada. La cuestión, la cuestión por antonomasia en teoría de la pena y de la culpabilidad, aquí es la siguiente: La afirmación, desde hace tiempo tópica, según la cual la culpabilidad es fundamento de la pena y límite de su medida, que no se puede sobrepasar,

¹⁷ Vid. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 955.

¹⁸ BUENO ARÚS, AP, 15, 1992, 121 ss., expone una interesante iniciativa del Consejo de Europa, de 1987, tendente a introducir pautas en los derechos internos que eviten grandes discrepancias a la hora de individualizar las penas en casos iguales. El que intentos de este tipo sean positivos, no debe confundirse con el hecho de que es preferible una cierta ambigüedad antes que una concreción tan sumamente defectuosa como la española (*vid.* no obstante: 133). Sobre los diferentes sistemas de derecho comparado, *vid.* BACIGALUPO, PG⁵, 163.

¹⁹ Con la excepción de Enrique BACIGALUPO, en: RFDUC, 3, 1980, 55 ss., 59, y QUINTERO OLIVARES, CPCr, 4, 1978, 54 ss. *Vid.* también MIR PUIG, Proyecto de CP, 36. *Vid.* ya QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 151.

²⁰ *Vid.* las atinadas consideraciones de VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 217 s., sobre esta importante cuestión.

¿implica también, como sostiene, entre otros, JESCHECK²¹, que la culpabilidad es el primer criterio de su medida? Incluso, los criterios innominados del derecho español, de mayor o menor gravedad del hecho y personalidad del delincuente, ¿son criterios de culpabilidad?— Pues bien, la respuesta a esta pregunta, en cuyos profundos vericuetos ahora no cabe entrar, no puede ser más que una de rechazo, dado que en un derecho penal preventivo, en el que la culpabilidad es límite, pero no fundamento, de la pena, tampoco la pena debe medirse con criterios de culpabilidad (¡que sólo actúa como límite de la medida concreta de pena!) sino con criterios de prevención general y, sobre todo, de prevención especial, claves con las que interpretar las circunstancias innominadas del derecho español.

- 13** MATALLÍN EVANGELIO, EJM-Casabó Ruiz, II, 325 ss., que ha hecho un estudio convincente acerca de cómo las normas de determinación de la pena en el CP de 1995 están inspiradas en un sistema que cumple a la vez la doble función del respeto al principio de legalidad y del arbitrio judicial, reduciendo los marcos legales anteriormente demasiado amplios, simplificando el sistema de sanciones, orientando la pena a la prevención especial e incrementando la discrecionalidad judicial con garantías, reconoce que, enfrentado el legislador español a elegir entre descartar reglas minuciosas de determinación de la pena y conceder amplio arbitrio judicial, como hace el StGB alemán, ha optado por mantener nuestro sistema de reglas de individualización y catálogo de agravantes y atenuantes, con lo que respeta nuestra tradición, objetivos, ambos: aumento de la discrecionalidad y respeto a la tradición, que MATALLÍN EVANGELIO considera reconocidos en el CP 1995.— Hemos visto, sin embargo, que ambos objetivos son incompatibles, al menos en los términos de la tradición española.
- 14** Volviendo a la naturaleza individualizadora de la norma de determinación de la pena, y, por tanto, de su necesaria ambigüedad, tanto en lo que se refiere al presupuesto como a la consecuencia jurídica, sólo empañada en el sistema español por lo preceptivo de la consecuencia en el caso de concurrencia de alguna agra-

²¹ Según JESCHECK, en: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 938 ss., 954 ss., siendo fundamento decisivo de determinación de la pena el significado del delito para el orden jurídico violado (*su contenido de injusto*) y la gravedad del reproche que debe hacerse al condenado por el hecho cometido (*contenido de culpabilidad*), factores, a su vez, no desvinculados entre sí, por venir la culpabilidad referida al injusto pese a que la misma posee elementos propios que carecen del paralelo en el ámbito del injusto (p. ej. el grado de capacidad de culpabilidad, la evitabilidad del error de prohibición y, para algunos, los elementos de la actitud), ambos, como elementos materiales del delito, son criterios decisivos de determinación de la pena en la fase jurisdiccional, lo que se ve facilitado, además, en el aspecto de su graduabilidad; lo que significa, siempre según JESCHECK, que, entre otras cosas, la entidad del daño causado, la forma de ejecución del hecho, las secuelas sobre la víctima, etc., en tanto que determinan el grado de injusto del hecho, como la premeditación, la situación de necesidad del autor, su juventud, las alteraciones de su personalidad o su ignorancia, en tanto que permiten graduar la culpabilidad, constituyen criterios de determinación y medición de la pena de primera magnitud. Sobre el segundo gran fundamento de la individualización de la pena en el pensamiento de JESCHECK/WEIGEND, siguiendo las directrices del § 46 II StGB, de personalidad del autor y su comportamiento posterior al hecho: PG⁵, 959 ss.

vante, debe plantearse inmediatamente de qué criterios dispone su intérprete para concretarla más allá de la mera arbitrariedad.

La respuesta a este interrogante, que evidencia como pocos que uno de los aspectos más interesantes del derecho, como es su aplicación, concreta y especialmente la del derecho penal, debe abordarse con criterios de *ciencias comprensivas* más que *explicativas*, es del siguiente tenor: Situado ante un texto legal (p. ej. el que tipifica el delito de homicidio doloso, art. 138 CP), que prevé el castigo de un comportamiento y los límites de su *quantum*, el intérprete, para concretar ese *quantum* en una medida exacta (o lo que lo sustituya: p. ej. una medida de seguridad o curativa), lo primero que hará será formarse una idea de la solución justa, en la que le serán de ayuda los criterios específicos proporcionados para ello por el legislador, principalmente atenuantes y agravantes, nominadas e innominadas (¡pero no sólo, también: contexto de otros tipos delictivos y marcos penales correspondientes, principios constitucionales y legales inspiradores de la materia, eficacia y necesidad de resocialización desde el punto de vista de las ciencias sociales, etc.!), trayendo luego a colación cuantos argumentos hablen a favor de la decisión que considera correcta y en contra de las que cabría oponer a la que defiende, poniendo en juego esos criterios, ambiguos, de determinación de la pena que un día estableció el legislador histórico y ahora él debe actualizar para ese caso concreto, al estilo de lo que hace Hans-Georg GADAMER²² para explicar cómo la hermenéutica literaria interpreta un texto clásico a la luz del presente: El texto establece un horizonte de sentido que ha de ser ensamblado con el horizonte de sentido del lector actual, siendo así interpretado. El texto es llevado hasta sus últimas consecuencias conforme al siguiente esquema: Lo que quiero que el texto me diga, ¿realmente me lo puede decir? Traigo a continuación argumentos hermenéuticos que favorecen mi argumentación, y rebato los aducidos o aducibles desde otras interpretaciones posibles, confiando, en última instancia, en que la comunidad en la que se produce el hecho de la interpretación y desde la que opero confirme mi interpretación, que sólo entonces será válida.

La conclusión a extraer de esta materia, que, ya se ha dicho, no puede desarrollarse aquí exhaustivamente, es, con todo, clara: ¿Cabe dudar de las posibilidades infinitas que ofrece orientar la determinación de la pena a la mejor resocialización del infractor hasta el máximo que permita la imprescindible necesidad perentoria de la defensa de la sociedad?²³ Claro que también ello obliga a

²² Verdad y método, II (trad. Manuel OLASAGASTI), 1992, 338.

²³ LUZÓN PEÑA, Estudios penales, 258, ha puesto de relieve, referido al comportamiento postdelictivo, lo negativo que es pensar que la pena, en su individualización, esté constreñida excesivamente por el criterio de culpabilidad por el hecho; de ahí las dificultades históricas de la doctrina con el arrepentimiento postdelictivo. Podemos añadir: y con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad.

encontrar un fundamento de la decisión jurídica correcta más allá del puramente positivista (positivismo jurídico) (*vid. supra* IV 64).

e. *El control de la función individualizadora de la norma de determinación de la pena*

17 La contraposición entre la generalización que persigue el tipo delictivo (para propiciar precisamente decisiones uniformes de los tribunales que garanticen la seguridad jurídica) y la renuncia del legislador a propiciar decisiones de esa índole en materia de determinación de la pena, auspiciando y exigiendo la individualización, evidencia quizá como ningún otro sector del ordenamiento jurídico que en derecho la decisión correcta no es una sola, aunque probablemente de entre las varias correctas posibles se podría elegir la mejor. El derecho no es una ciencia exacta. Ahora bien, ¿quiere decir ello que no existe control alguno de las decisiones judiciales en materia de determinación de la pena? La respuesta a este arduo problema del derecho penal y procesal, respecto al que la jurisprudencia superior española ha dado un sesgo (auspiciado por la doctrina científica)²⁴, corrigiendo su doctrina tradicional (del T.S.), según la cual la determinación de la pena no era susceptible de casación, no puede ser una simplista, en forma de sí o no terminantes²⁵. A tenor de la naturaleza de la norma de determinación de la pena, sólo es revisable la decisión incorrecta; no, en cambio, el hecho de que una decisión sea más correcta que otra, como ocurre con todos los “*ermässige Begriffen*”: *Una doctrina más o menos uniforme en materia de determinación de la pena sólo es alcanzable por vía de evolución progresiva de la praxis reiterada de los tribunales, que, por tanto, puede cambiar en cualquier momento, en armonía con lo que representa el principio jurídico individualizador*²⁶.

18 La STS de 20 de marzo 1986 resolvió el recurso de casación contra una sentencia de instancia que en aplicación del art. 61. 4 a. r. había impuesto la pena en su grado mínimo: un año y un día de prisión, dado que el recurrente alegó que la pena debía haber sido de seis meses y un día, en aplicación taxativa de las normas vigentes, sosteniendo que la sentencia de instancia había aplicado escrupulosamente la limitación

²⁴ *Vid.* la amplia e instructiva panorámica trazada por PÉREZ ALONSO, *Circunstancias*, 319 ss. Que la preocupación por el control jurisdiccional del arbitrio judicial no es nueva lo muestra muy bien BELTRÁN BALLESTER, *Estudios penales*, 61 ss.

²⁵ DE FIGUEIREDO DIAS, EDPCH-Rodríguez Devesa, I, que recuerda muy oportunamente las grandes diferencias en la individualización de la pena que muestran los tribunales que juzgan los mismos hechos, admite ciertamente la conveniencia de intentar formalizar la individualización de la pena [293 s.], pero confía más en la revisión ante tribunal superior [294] y reconoce que hay un margen de discrecionalidad inevitable en el sentido del texto [295 s.]

²⁶ Una excelente sinopsis de la doctrina del TS en los aspectos cruciales de la individualización de la pena, puede verse en PUERTA LUIS, CDJ, IX, 1993, 96 ss.

legal: la que obligaba a imponer la pena en su grado medio o mínimo, cuestionando el recurso la correcta individualización dentro de ese marco, que, sostiene el TS, constituye ejercicio del arbitrio judicial, no siendo susceptible de casación.— Esta STS fue objeto de un oportuno comentario de GONZÁLEZ CUSSAC, PJ, 4, 1986, 141 ss., que negó, fundamentalmente, que la necesaria discrecionalidad judicial no esté constreñida por norma legal alguna; antes bien, hay criterios de individualización de la pena y principios del derecho penal que son los determinantes de la correcta individualización, como la “gravedad del hecho” y la “personalidad del delincuente”, del art. 61. 4, objeto de la polémica; y que, por tanto, en contra una vez más de la línea seguida históricamente por el TS, no es cierto que la individualización de la pena no sea susceptible de revisión como cualquier otra decisión judicial.— Con independencia de las reflexiones de GONZÁLEZ CUSSAC acerca de cómo se debería haber argumentado, en base a la ley, la elección de la pena concreta a imponer, lo relevante es que el tribunal de instancia no lo hizo, habiéndolo debido hacer, y que el TS se reiteró en su errónea doctrina tradicional acerca de la no recurribilidad de la individualización de la pena. Desde entonces todo ha cambiado en este terreno, siendo digno de destacarse que GONZÁLEZ CUSSAC reconoce siempre un resto de indeterminación al prudente arbitrio del juez, irrebalsable.

En la misma línea de GONZÁLEZ CUSSAC, siguiéndole, SILVA SÁNCHEZ, PJ, 6, 1987, 137 ss., niega tanto que la determinación de la pena tenga carácter discrecional, como que no sea susceptible de recurso, en contra de una larga tradición jurisprudencial habida hasta entonces. Niega lo primero, apelando a que las normas del CP que establecen que la pena se determinará atendiendo a la gravedad del hecho, la personalidad del delincuente, entidad de las circunstancias, etc., son criterios que vinculan al juez, junto a los principios del *ius puniendi* en el Estado de Derecho que, obviamente hacen lo mismo. SILVA SÁNCHEZ, siguiendo a BRUNS y a ZIPF, sostiene además, que no se trata siquiera de “discrecionalidad jurídicamente vinculada”, sino más bien de conceptos jurídicos indeterminados, que aunque no suficientemente precisados en su enunciado, pretenden precisar un supuesto determinado en el momento de su aplicación concreta; conclusión, la pena resultante no es ni mera penometría ni arbitrariedad. Niega lo segundo, que la determinación de la pena no sea susceptible de recurso, porque, aunque la ley penal no dice nada sobre la necesidad de que el tribunal fundamente la determinación que hace de la pena, lo que después ha sido art. 72 CP de 1995, si el criterio legal de su medición no ha sido correctamente aplicado, es susceptible de casación, conforme al art. 849. 1 LECr, y sólo después de amparo.

Finalmente, ZUGALDÍA ESPINAR, PJ, 18, 1990, 133 ss., sostiene que no es sólo que quepa un recurso ordinario (de apelación o casación) cuando el tribunal ha motivado la sentencia y de amparo cuando no lo ha hecho o lo ha hecho insuficientemente, sino que, además, en contra de lo que algunos sostienen, las deducciones que se extraen de la prueba practicada con base en el art. 717 LECr (criterio de racionalidad) también son recurribles en amparo si se han extraído incorrectamente; no constituyendo, pues, la íntima convicción del juez barrera infranqueable. Siendo en este

19

20

contexto, el de la revisión de las deducciones, en el que ZUGALDÍA ESPINAR sitúa la necesidad de motivar la individualización de la pena (art. 741. 2 LECr), basándose en la capital STS de 25 de febrero 1989 (ponente: Ramón Montero Fernández-Cid) [137]; lo que le lleva a estimar que, entre otras cosas, si p. ej., el tribunal no ha tenido en cuenta para nada el informe de personalidad del recluso existente en aplicación del art. 267. 4, Reglamento Penitenciario, ni ninguna otra forma de contemplar la personalidad del autor, una pena que no se limitase al mínimo sería recurrible en apelación, casación o amparo, por insuficiente motivación [138, s.]²⁷.

f. Determinación y ejecución de la pena

21 La última fase de la aplicación del derecho penal no es la *fase de sentencia*, en su caso condenatoria, y, entonces, con determinación de la pena concreta, conforme a sus criterios, sino la *fase de ejecución*, con todo lo que ello supone de salto, incluso, de la autoridad judicial a la de ejecución penitenciaria²⁸. De ahí la paradoja que tanto sorprendió a HASSEMER²⁹: ¿Cómo armonizar la determinación de la pena conforme al principio de culpabilidad, que dé cuenta de la gravedad del delito cometido, con la pena a ejecutar, orientada, básicamente, a la resocialización del condenado? E, incluso, exacerbando la cuestión: ¿con qué criterios fundamentamos, en los casos en que el CP lo propicia, la sustitución de la pena ajustada a la culpabilidad por una medida de seguridad o curación (art. 95 ss.)? El sistema vicarial (*vid. supra* II 131), basado en las razones político-criminales que adujo la criminología: es mejor atajar las causas del delito que perseguir penalmente sus consecuencias (*vid. supra* II 119), es el argumento que, dando entrada, con efectos vinculantes, a las ciencias sociales en derecho penal, permite sustituir al derecho penal con otra cosa distinta, determinada conforme a sus reglas (p. ej. la que determina médicamente cuándo hay que privar de libertad a un esquizofrénico), con sólo unos cuantos requisitos básicos entre los que se encuentran el de pronóstico positivo tanto de la medida como de los hechos a prevenir y el de que la medida privativa de libertad nunca ha de sobrepasar la duración de la pena privativa que se habría impuesto de haberse optado por la pena y no por la medida (*vid. supra* XI 100). Con lo cual, además de una profunda relativización del derecho penal tradicional, entendido en clave pura y exclusivamente culpabilista, que

²⁷ Sobre esta problemática *vid.* también ORTEGA LLORCA, CDJ, IX, 1993, 43 ss.; SERRANO BU-TRAGUENO, RDPC, I, 1991, 370 ss., con una valiosa aportación de la jurisprudencia que comenzó a reconsiderar la irrecurribilidad de la discrecionalidad punitiva [377 ss.] y criterios de determinación sobre gravedad del hecho (que él concibe en términos culpabilistas) y personalidad del delincuente, que ayudan a homogenizar la determinación de la pena [393 ss., 405 ss.]; DEMETRIO CRESPO, Individualización judicial de la pena, 271 ss.; MATALLÍN EVANGELIO, EJM-Casabó Ruiz, II, 336 ss.

²⁸ En La Ley 1999, I, 1613 ss., he intentado demostrar la naturaleza administrativa de la ejecución penal.

²⁹ En: Arthur KAUFMANN (ed.), Die Strafvollzugsreform, 1971, 53 ss. 62.

explica incluso que cuando aplica una pena no la determina con criterio culpabilista sino, como ya se ha visto, preventivo, dentro, eso sí, de los límites de la culpabilidad (la culpabilidad como límite de la pena pero no como su fundamento), disponemos de argumentos para dar una respuesta al último interrogante que nos planteamos al abordar la materia: ¿Influyen, y, en caso positivo, cómo, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, nominadas y no nominadas, en la determinación y medición de medidas no penales, como las medidas de seguridad y corrección del CP o las medidas educativas de la LORRPM?

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, atenuantes y agravantes, no influyen en la determinación de la cuantía, fundamentalmente: duración, caso de medida alargada en el tiempo, de la medida (p. ej. de internamiento privativo de libertad), a diferencia de lo que hacen, para eso están pensadas por el CP, con la cuantía de la pena a imponer en aplicación del CP; de ahí que la LORRPM, que remite frecuentemente al CP, no mencione en absoluto las atenuantes y agravantes, nominadas e innominadas, del CP a la hora de establecer los criterios de determinación de las medidas educativas que contiene³⁰.— Ahora bien, en tanto en cuanto atenuantes y agravantes modifican el injusto y la culpabilidad en base a circunstancias concomitantes al comportamiento típico (injusto) en su sentido más restringido, y, por lo tanto, el delito cometido por el autor, y dado que la especie de delito cometido es objeto de importante consideración a la hora de determinar la medida, cabe plantear, p. ej., cómo tener en cuenta en derecho penal juvenil las relevantes razones de prevención general que existen detrás de todas y cada una de las agravantes nominadas del CP, y de prevención especial detrás de las atenuantes.— Las circunstancias modificativas, además, ya se ha visto, no ayudan a determinar la pena con criterios de culpabilidad, sino de prevención general y especial. ¿Quiere decirse que pueden constituir magnitudes independientes (aunque no excluyentes de otras circunstancias nominadas o innominadas, a diferencia de lo que ocurre con las circunstancias nominadas cuando ayudan a medir la pena), a tener en cuenta para modular la “cantidad” de medida junto con los restantes criterios de determinación (educativa) de la medida?— Ambas preguntas anteriores deben responderse afirmativamente. Basta pensar en lo mucho que modifica (atenuándola) la gravedad del delito cometido por un menor al que sea aplicable la eximente incompleta de miedo insuperable: exceso en la legítima defensa, p. ej.³¹, o en lo mucho, también, que lo hace, agravándola, cuando el menor obra abusando de la confianza en él depositada o empleando disfraz, etc., para percibir que conviene tenerlas en

22

³⁰ Como he intentado demostrar en CUELLO CONTRERAS, El nuevo Derecho penal de menores, 2000, 60.

³¹ *Vid.*, al respecto, CUELLO CONTRERAS, Derecho penal de menores, 56.

cuenta como presupuestos de determinación de la medida, cualquiera que ésta sea, siempre diferente a la pena. De esta manera, puede concluirse que si es claro que la culpabilidad, en abstracto, es límite infranqueable también de la medida, igualmente lo será en concreto, a través de las circunstancias modificativas del delito, garantizándose, así, que no se perjudique a aquel al que se somete a medida tampoco en la determinación de la concreta medida a imponer.

2. LA TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (EN EL MARCO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA) EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

A. Derecho alemán

a. *Sistemas de medición de la pena*

23 La doctrina recaída en Alemania sobre la determinación de la pena es tan amplia y variada que ha dado lugar a que sea agrupada conforme a criterios acuñados para resaltar sus diferencias³². Son tres las principales teorías que permiten agrupar los más diversos planteamientos sobre la materia:

24 a'. Según la *Spielraumtheorie*, o teoría del espacio de juego, no hay una pena exacta que sea la adecuada, y sólo ella, al caso a decidir, sino que la pena justa es siempre (en penas fraccionables, claro está) una situada entre un límite superior y un límite inferior, dentro de los cuales el tribunal la concreta conforme a los más diversos criterios; habiendo grandes diferencias entre los autores que compartiendo el criterio básico de la *Spielraumtheorie* discrepan sin embargo sobre cómo llenarlos de contenido. Valgan como ejemplo de esto último los pareceres de ZIPF y ROXIN, a que después aludiremos más detenidamente, que compartiendo ambos la idea de que la pena justa no es una pena exacta, discrepan sin embargo en cómo llenar de contenidos sus límites, hasta el punto de que ZIPF quiere llenarlos en buena medida de culpabilidad, lo que ROXIN no comparte, y ROXIN ve sobrepasable el límite mínimo de la pena justa, lo que ZIPF no acepta.

25 b'. Según la *Punktfeststellungstheorie*, o teoría de la constatación puntual, hay una pena exacta, que será la justa, con independencia de lo difícil que sea establecerla y controlarla. El hecho, a su vez, de que la pena justa sea una exacta no impide, como es el caso de JESCHECK, uno de sus defensores más coherentes, que para determinarla

³² *Vid.* la excelente y breve exposición de OBREGÓN GARCÍA, Atenuación de la pena, ss. *Vid.* también ZIPF, CPCr, 16, 1982, 192 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 724 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 930, derecho comparado: 929 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 948 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, introducción a título III, 472 ss.; LUZÓN PEÑA, EPB, 618 ss.

el juez disponga de una serie de criterios basados en la culpabilidad y la prevención, a armonizar, lo que a veces es muy difícil, en aras de obtener el resultado final que se persigue.

c'. Precisamente para paliar los problemas a que se enfrenta la teoría anterior de la pena exacta, sobre todo que no se sacrifiquen uno a otro los principios de culpabilidad y de prevención, algunos autores, entre quienes destacan HORN y SCHÖCH, defienden la *Stellenwerttheorie*, o teoría de la representación (o del valor relativo), según la cual el juez ha de fijar la pena exacta conforme a los criterios de culpabilidad que proporciona la ley, y sólo después, con criterios de prevención, establecer la pena exacta que corresponde a los criterios también legales de prevención. Cuando el fin de la prevención no puede obtenerse con los criterios de determinación de la pena que ofrece la ley, determinación de la ley en sentido estricto, cabrá acudir a los sustitutivos penales como complemento de la pena, que también ofrece la ley, determinación de la pena en sentido amplio o de ejecución.

b. *Los modelos de ZIPF y ROXIN*

1. Según ZIPF, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 688 ss.³³, la fijación de la pena discurre por tres fases [694 s.]. 1. Determinación del marco de la pena partiendo de la subsunción de los hechos realizados en un tipo de delito. Si el comportamiento del acusado reúne los caracteres de la ley penal, habrá de aplicarse el marco de la pena prevista en aquélla [710 ss.]. El marco de la pena representa por tanto el punto de arranque parcialmente determinado por el legislador, necesario para llevar a cabo posteriormente la actividad de determinar la pena en concreto. 2. Determinación del marco de culpabilidad o concreta valoración de la culpabilidad por el hecho [721 ss.]. Mientras que el marco penal contiene la valoración abstracta hecha de una vez por el legislador, el marco de culpabilidad representa la valoración concreta de la culpabilidad por el hecho en relación con el comportamiento realizado, corriendo a cargo del juez. El marco de culpabilidad es una parte del marco legal de la pena, y abarca desde la pena ya adecuada a la culpabilidad por el hecho hasta la pena todavía adecuada a la misma. En el seno de estos límites reside la medida de la pena concreta a elegir por el juez con arreglo a criterios de prevención. 3. Finalmente, la decisión de prevención trae las distintas medidas de penas acordes con la culpabilidad a la justa medida de pena obtenida con criterios de prevención, suponiendo un estrechamiento de la pena determinada por la culpabilidad, en aras sobre todo de la prevención especial y sólo excepcionalmente de la prevención general o defensa del ordenamiento jurídico [749 ss.].— Con planteamientos como el de ZIPF, muy extendidos en la doctrina alemana, la mayor dificultad estriba en separar culpabilidad de prevención a efectos de determinar la pena. Para alcanzar un concepto de culpabilidad purificado que sirva para la medición de la pena, como quiere SCHAFFSTEIN, es necesario reducir la culpabilidad, concretamente sus aspectos referidos a la personalidad del autor, a aquellos que

³³ Vid. también CPCr, 16, 1982, 189 ss.

caractericen el hecho delictivo imputado, dejando para la prevención la consideración total de su personalidad³⁴.— Sin duda es esta una dificultad insalvable de la teoría, que justifica teorías como la de ROXIN.

- 28** 2. En Culpabilidad y prevención, 103, hay un texto de ROXIN que resume a la perfección su pensamiento sobre la determinación de la pena. Dice así: “La pena adecuada a la culpabilidad debe ser entendida en el sentido de la teoría del margen de libertad y que la pena definitiva a imponer, dentro del marco de la culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco la ley prevé una prevención intimidatoria general que permita ir más lejos. Igualmente también por razones político-criminales debe rechazarse una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias”. Añadiendo todavía lo que denomina “teoría de la pena adecuada a la culpabilidad con reserva preventiva especial”, que deducida de una interpretación del § 46 StGB [107 ss.], le lleva a afirmar lo siguiente: “Si la reserva preventiva especial contenida en el § 46, párr. 1.º, sec. 2.ª, manda tener en cuenta los efectos de la pena privativa de libertad en la vida futura del reo en sociedad, esto sólo puede significar que puede imponerse una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad para evitar la desocialización implícita en toda pena privativa de libertad de larga duración, siempre que la “defensa del ordenamiento jurídico” (es decir, la reserva mínima que impone la prevención general) así lo permita” [110]³⁵.

B. Derecho español

- 29** 1. LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, después de compartir la inquietud de HASSEMER sobre la al menos aparente antinomia de los fines de la pena, sobre todo en la fase de ejecución, y corregir a BACIGALUPO, en el sentido de que más que contraposición entre culpabilidad y prevención la contradicción lo es entre prevención general y prevención especial, se confronta muy sagazmente con ROXIN, para sostener que no es del todo exacto que cada una de las fases de determinación de la pena se dirija a un fin concreto, sino que más bien la prevención general está presente en todas ellas, y sostener también, y sobre todo, que la idea de ROXIN, de desdoblar la prevención general en prevención general y defensa del ordenamiento jurídico, de las que sólo la última podrá si acaso oponerse a que la última fase de determinación de la pena esté

³⁴ Ejemplo de JESCHECK, PG, II, 1196, preocupado por el mismo problema: La capacidad de culpabilidad disminuida actúa atenuando en el ámbito de la culpabilidad; sin embargo, en el ámbito de la decisión de prevención los factores que determinan aquella disminución de la capacidad manifiestan una necesidad de mayor resocialización y defensa de la seguridad de terceros frente a sujetos peligrosos.

³⁵ En contra JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 947. GARCÍA PLANAS, CPCr, 33, 1987, 623, considera que la única forma de armonizar la posibilidad de rebajar la pena por debajo de la culpabilidad con el Estado de Derecho, es en los casos previstos concretamente por la ley, y no cuando la facultad es dejada en manos del poder judicial.

presidida exclusivamente por la idea de prevención especial, hasta el punto de que se pueda renunciar a la pena si el peligro de desocialización del autor lo aconseja, esa idea es desafortunada, ya que coinciden ambas; también en la fase de ejecución de la pena, concluye LUZÓN PEÑA, está presente la prevención general, que puede oponerse a alguna aplicación de la pena basada exclusivamente en la prevención especial³⁶.— De las consecuencias que de sus propios planteamientos extrae LUZÓN PEÑA, en los que ahora no podemos entrar, parece poder deducirse que los marcos penales mínimos establecidos por el CP, como p. ej., el que permite atenuar considerablemente la pena por aplicación analógica de alguna de las atenuantes nominadas, no pueden sobrepasarse, y constituyen un límite infranqueable a la prevención especial.— De ser cierta esta apreciación, podríamos entender que mientras que para ROXIN bastará la probabilidad de la desocialización para que se pueda renunciar a la pena, salvo que razones contundentes de defensa del ordenamiento jurídico lo desaconsejen, para LUZÓN lo que habría que comprobar es que no se oponen razones de prevención general a la renuncia a la pena, y en ausencia de otros criterios de medición de la prevención general valen los límites legales, que lo serían de prevención general.

2. QUINTERO OLIVARES, CPCr, 4, 1978 (*vid.* también PG³, 716, 718 ss., 725), después de poner de relieve una vez más la íntima relación entre los fines de la pena y la determinación de su medida [51 s.], demuestra, de manera demoledora, las limitaciones del CP en relación con la pena, que no son otras que las siguientes [54 ss.]: 1) La obsesiva limitación del arbitrio judicial; 2) La obsesión por una exacta medida de pena puramente retributiva, expiatoria; 3) La obsesión por no dejar ningún aspecto circunstancial sin valoración concreta y obligatoria, determinante de la pena, preestablecida en la ley; lo que paradójicamente determina que el juez no pueda individualizar bien la pena, mencionando el factor más distorsionante de la situación descrita que para QUINTERO OLIVARES no es otro que el de las circunstancias agravantes y el sistema de grados. Por tanto, si se quiere mejorar esta maltrecha situación, es necesario ante todo suprimir la obligatoriedad de las circunstancias agravantes, sustituyéndolas por factores de uno u otro sentido, al estilo del parentesco, y amplía que no genéricamente determinados [67] que agraven o atenúen, con la seguridad de que cuando ocurra lo primero se garantice la proporcionalidad, sin que en ningún caso se sobrepasen (por arriba) sus límites ni siquiera por razones de prevención especial [70].

3. BACIGALUPO ZAPATER, RFDUCM, 3, 1980, 55 ss. (*vid.* también PG⁵, 161 s.), ha sido el único autor, junto con QUINTERO OLIVARES, que se ha dado cuenta de que el CP español presenta un sistema contradictorio de individualización de la pena [56 ss.]. En efecto, cuando no concurren atenuantes ni agravantes nominadas (art. 61. 4 r. a.), el tribunal no sólo puede moverse en todo el marco de la pena (los tres grados de entonces) sino que además debe orientar la individualización a la prevención especial; lo que no sucede cuando concurren atenuantes y/o agravantes, no sólo porque lo impide (no lo admite) la regla del art. 61. 7 a. r. (como reconoce BACIGALUPO ZAPATER) sino

³⁶ *Vid.* también LUZÓN PEÑA, EPB, 620 ss., donde aplica sus planteamientos al derecho positivo español.

también porque ya el mero hecho de que atenuantes y agravantes (sobre todo estas últimas) impiden moverse en toda la extensión de la pena, estará constreñida su orientación a la prevención especial.— Ante este panorama, el paso siguiente de BACIGALUPO ZAPATER [61 ss.] va a consistir en demostrar que mientras el sistema español (CE y CP) permite un amplio margen de determinación de la pena (atenuantes y agravantes nominadas e innominadas pueden orientarse a la prevención general, la prevención especial y la retribución), en un primer nivel, en un segundo nivel, sin embargo, el juego de agravantes y atenuantes nominadas introduce un factor de rigidez penológica que él, con buen criterio, equipara a la de los elementos del tipo, lo que realmente constituyen de manera terminante estas circunstancias. Pero, fuera de esa anomalía, el CP tiene normas (por ejemplo la que permite compensar atenuantes y agravantes, la que permite descender del mínimo cuando la atenuantes, es muy cualificada, etc.) que autorizan una individualización de la pena muy adecuada, respecto a la que sin embargo el CP no ofrece criterios a seguir y a aducir para una posible casación.— Como consecuencia de lo anterior, BACIGALUPO ZAPATER [66 ss.] propone una transformación del sistema caracterizada así: 1) Las actuales agravantes deben convertirse en elementos del tipo incluidos en la PE; no, en cambio, las atenuantes que, salvo en algunos casos, admiten incorporarse a tipos penológicos; 2) El actual sistema de agravantes y atenuantes nominadas debe sustituirse por otro que se desdobra en dos aspectos fundamentales: “determinación de los factores reales relevantes para apreciar la gravedad del delito” y “criterios generales que orienten la valoración de los mismos en pro o en contra del autor” [67]; 3) Optar entre un sistema que arranque de la retribución de culpabilidad con correcciones basados en la prevención especial y general, o un sistema que, con la culpabilidad como límite (superior) de la pena, sustituida más bien por la idea de proporcionalidad, se llene de contenido con la prevención, con acentuación de la especial, para lo que habría que modificar mucho el sistema procesal, para que se pueda apostar por la resocialización como fin principal de la pena.

32

4. Tras una primera aproximación histórica en la que GARCÍA ARÁN, Determinación de la pena, reconoce que la determinación de la pena es un precipitado histórico que encorseta lo que ha de ser una teoría de la pena cuyo hito legislativo más significativo fue la introducción en 1944 (también estaba en el CP de 1928) de la regla del art. 61. 4 (gravedad del hecho y personalidad del delincuente) [19 ss., 59], procede la autora a elaborar su teoría por aproximación: 1) La determinación de la pena en sentido amplio comprende a) la determinación del marco penal abstracto en el correspondiente tipo legal, b) la averiguación del marco penal concreto: especialmente atenuantes y agravantes nominadas, y c) la decisión final judicial. La determinación de la pena en el primer marco es una decisión de política criminal, que GARCÍA ARÁN concibe en los términos de la teoría dialéctica o de la unión, de ROXIN, lo que se traduce en un predominio de la finalidad preventivo-general en la etapa conminativa de la determinación de la pena [96 ss.]. 2) La determinación de la pena discurre a su vez en un segundo plano a través del llamado marco penal concreto, un marco que entre otras normas legales discurre en el CP a través de las circunstancias modificativas

[123 ss., 170]. Aquí, por lo que se refiere a las atenuantes, GARCÍA ARÁN, tras clasificarlas conforme a diversos criterios, las entiende a todas como circunstancias que determinan que el fin preventivo del marco abstracto no necesita agotarse, ya que razones de política criminal hacen que se conforme con un marco más reducido e inferior (respecto al marco general) [131 ss., 144 ss.]. En cambio, respecto a las agravantes, que GARCÍA ARÁN clasifica en fundadas en la mayor gravedad del hecho y mayor peligrosidad del autor, estima que las últimas, entre las que se encontraban el precio, la premeditación, los móviles viles y la reincidencia, vulneran la idea de proporcionalidad y en esa medida entrañan una extralimitación de la prevención general [148 ss., 168 ss.]. 3) Un tercer y último plano de la determinación de la pena (“decisión final”) es el que proporciona criterios para el “recorrido por el marco penal concreto”, capítulo [170 ss.] en el que GARCÍA ARÁN desarrolla una concepción de los criterios de gravedad del hecho y peligrosidad del autor que son decisivos en este plano, que construye, siguiendo de cerca a ZIPF, del triángulo mágico de la individualización de la pena, del que excluye a la prevención general (agotada en la fase conminatoria, aunque se pueda deslizar también inadvertidamente en éste)³⁷, y atiende a la prevención especial o resocialización³⁸, que entiende en sentido de evitar la desocialización [183], inclusión hecha de los sustitutivos penales, y la culpabilidad, que inicialmente sólo concibe como “grado de presencia” para que se pueda imponer una pena: GARCÍA ARÁN entiende que la prevención especial es el “criterio básico”, no en el sentido de que sea ella la que lleve la iniciativa en su fijación, que lo es la “entidad del injusto”, en tanto que la culpabilidad juega en cualquier caso como límite que no se puede sobrepasar con excusas prevencionistas [208].— Cierra las consideraciones de GARCÍA ARÁN sobre la determinación de la pena una reflexión sobre la gravedad del hecho y la peligrosidad del autor como criterios de determinación de la pena, de los que destaca que el primero, gravedad del hecho, está muy constreñido en el CP por el juego de las agravantes y atenuantes nominadas [212 ss.], y, para el segundo, peligrosidad del delincuente, la oportunidad de su consideración siempre que sea para atenuar o para buscar algún sustitutivo de la pena [222 ss.].

5. En la línea de BACIGALUPO ZAPATER, ZUGALDÍA ESPINAR, ADP, 1981, 869 ss., ha sido el autor español que más ha insistido en la idea de que la única forma de que no surjan antinomias insalvables de los fines de la pena³⁹ estriba en concebir un sistema que atienda a la prevención general en la fase conminatoria de la pena en

33

³⁷ *Vid.* también al respecto GARCÍA ARÁN, ADP, 1981, 520, donde recuerda oportunamente que la fase de determinación de la pena no debe ser utilizada para contrarrestar errores del legislador en la fase de conminación legal, pues se podría estar instrumentalizando al reo para fines de prevención general. En el mismo sentido ORTEGA LLORCA, CDJ, IX, 1993, 48.

³⁸ GARCÍA ARÁN, ADP, 1981, 520 ss. En el mismo sentido, siguiéndoles, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 370 ss., 372.

³⁹ En CPCr, 44, 1991, 459 ss., donde procede ZUGALDÍA ESPINAR a proponer alternativas al Anteproyecto 1990 en materia de determinación de la pena, para propiciar el fin de la resocialización, recuerda muy certeramente el ejemplo de BACIGALUPO ZAPATER, según el cual no se explica por qué quien cometió el delito mediante disfraz no va a estar necesitado de resocialización [461]

tanto que a la hora de su concreta determinación sólo debe atender a la prevención especial, limitados esos fines, en cada una de las respectivas fases, por la idea de proporcionalidad respetuosa con la dignidad humana, dedicando todo su empeño a esbozar al menos un sistema en este sentido, cuestionando muy certeramente la presunción de que la pena ha de orientarse necesariamente a la prevención general.

- 34 6. GALLEGO DÍAZ, que ha antepuesto a su amplio y profundo estudio, uno de los primeros, por no decir el primero, sobre el sistema de determinación de la pena en el derecho español, con especial referencia al régimen de las circunstancias genéricas, además del régimen de las formas imperfectas de comisión del delito, extensión de la punibilidad, concurrencia, etc., un estudio amplísimo y muy profundo también sobre la evolución histórica del sistema de determinación de la pena en el derecho europeo, desde la arbitrariedad del Antiguo régimen [17 ss.] hasta el modelo decimonónico de la determinación (legal) relativa [75 ss., 125 ss., 159 ss., 185 ss.], todavía vigente ampliamente, pasando por la rigidez en la materia de los modelos del siglo XVIII [41 ss.], y especialmente de la génesis del sistema español todavía vigente en torno a la elaboración del CP de 1848, de donde procede nuestro peculiar sistema de determinación de la pena; GALLEGO DÍAZ, como decimos, en la parte sistemática de su obra viene a sostener una concepción de la materia que, sobre la base de admitir el sistema legal español, dado que ha de ser el legislador el que establezca la pena abstracta que exigen los principios de legalidad y seguridad jurídicas, que ha de armonizar con el arbitrio judicial que determine la pena en concreto, concluye que el modelo español que introdujo el CP de 1848, ha sido excesivamente rígido, a través precisamente de las reglas de determinación de la pena (sobre todo las circunstancias: nominadas modificativas de la responsabilidad penal) establecidas legalmente [219, 232 s., 245], si bien la historia desde entonces (GALLEGO DÍAZ llega a estudiar los Proyectos de CP de 1980 y 1983), ha sido la de la progresiva ampliación del arbitrio judicial [221 ss.], reconociendo, no obstante, que el derecho español legislado todavía no ha dado suficiente realce a la prevención especial en la fase de aplicación de la pena [226 ss., 235, 246 s.].— Por lo que se refiere en concreto al papel de las circunstancias genéricas en el sistema español de determinación de la pena [368 ss.], GALLEGO DÍAZ entiende que éstas suponen un *estrechamiento* del marco penal [367] con base en circunstancias *muy genéricas*, lo que puede hacer artificial y rígido al sistema. Ahora bien, frente a posicionamientos doctrinales de los años ochenta en torno a superar la división rígida de grados, incluida alguna reforma legal en tal sentido, no deja de manifestar reticencias, dado que por ser en algunos casos los marcos legales abstractos muy amplios, podría vulnerarse la seguridad jurídica [416 ss., 461 ss., 490].

- 35 7. En EPR-Ruiz Antón, 321 ss., GALLEGO DÍAZ revisa el estado de la cuestión tras la reforma que ha supuesto el CP de 1995 y la Ley 11/2003, de reforma (entre otras) para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Respecto al CP de 1995, no habla de modificaciones radicales y sí de simplificación, flexibilización y uniformidad⁴⁰, con

⁴⁰ Sostiene en cambio que la regulación de la determinación de la pena en 1995 introduce cambios profundos en el sistema anterior, VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 66-67, 394.

alusión expresa a lo exagerado que le parece la elevación de la prisión en algunos casos a cuarenta años, propiciada precisamente por la reforma de 2003 [325]. Destaca también la simplificación del régimen de circunstancias en 1995 [328] y la división del marco legal en dos mitades, no tres como hasta entonces; como asimismo las aclaraciones que la reforma de 2003 introduce en preceptos muy controvertidos desde 1995. Así: 1) Ha zanjado la discusión anterior, exigiendo que para que la concurrencia de varias atenuantes o una muy cualificada propicie la rebaja en uno o dos grados, no deben concurrir agravantes (lo que no impedía la redacción de 1995), es decir, se vuelve a lo que se decía expresamente antes de 1995 (art. 61. 5 r. a.), lo que no impide que si concurren atenuantes y agravantes y se compensan pueda atenuarse la pena en un grado. 2) El nuevo art. 66. 2, no deja lugar a duda (“aplicarán”) de que el primer grado de atenuación en atenuante cualificada y eximente incompleta (art. 68) es preceptivo, no facultativo [336]. 3) El nuevo art. 66. 8, zanja la duda a favor de que sólo cuando el tribunal atenúe la pena en más de un grado, podrá concretarse en toda su extensión, permaneciendo vinculado a las reglas anteriores del 66 cuando la atenúe sólo en el primer grado, siguiendo pues la teoría mixta [337]. Destaca GALLEGO DÍAZ oportunamente [338 ss.] que la ley 11/2003, a través de las nuevas reglas contenidas en el 66. 4 y 5 opera una gravísima regresión penológica al permitir imponer la pena superior en grado cuando concurren varias agravantes: con criterios de prevención general que vulneran el principio de culpabilidad, y reintroducir la figura de la multi-reincidencia y su efecto de permitir la pena superior en grado, cuando la misma reincidencia está en crisis y la multireincidencia supone un gravísimo ataque al principio de culpabilidad por el hecho. Balance crítico, pues, muy riguroso sobre la Ley 11/2003 y un proyecto nuevo de reforma del CP en la materia que se elaboraba en el momento de escribir el autor [350 ss.]. En línea con su pensamiento, GALLEGO DÍAZ echa de menos en la redacción actual del 66, una norma como la del 61. 7 a. r. que preconizaba con carácter general determinar la pena conforme a atenuantes y agravantes concurrentes y gravedad del daño producido por el delito. En realidad, esa norma general añorada por GALLEGO DÍAZ, existe, y está en el 66. 6, sólo que no coincide con su concepción excesivamente culpabilista de la determinación de la pena.

8. CHOCLÁN MONTALVO, LL, 1996, que simpatiza con la concepción de la pena de JESCHECK [1516 s.], de armonización de las ideas de culpabilidad y prevención, no ve inconveniente en el derecho español para no agotar la culpabilidad (retribución) cuando no hay necesidad preventiva de pena, con lo que la culpabilidad adquiere el significado de límite de la pena [1518] y se reconoce el valor de la *Spielraumtheorie*, donde, a su parecer, el espacio de juego que la culpabilidad abre en esa teoría, se debe llenar sólo con prevención especial (siguiendo a SCHULTZ), como evidencia en derecho español la alusión legal a las circunstancias personales del delincuente⁴¹. Dentro de esta concepción, en la polémica abierta en su seno acerca de si la culpabilidad es límite también inferior, se inclina CHOCLÁN MONTALVO por la posibilidad que persi-

36

⁴¹ Vid. también en términos semejantes, MARTÍNEZ ARRIETA, PCRPH. del Rosal, 821 ss.

que ROXIN, aunque a la postre tiene que dudar de ello, reconociendo en la defensa del ordenamiento jurídico una voluntad de no renuncia a la gravedad del hecho [1519]. Procediendo a partir de ahí el autor a revisar criterios de cuantificación e individualización de la pena que ciertamente, en la línea de BACIGALUPO ZAPATER y ZUGALDÍA ESPINAR, quiere tener muy en cuenta, pero condicionados y subordinados a la culpabilidad, lo que hace irreconocible aquella línea preventivo especial. *Vid.* también sus últimas reflexiones sobre la reincidencia y las dilaciones indebidas en clave culpabilística [1520 ss.].

- 37 9. En Individualización judicial de la pena, CHOCLÁN MONTALVO, después de una amplia exposición general sobre los fines de la pena [17 ss., 25 ss., 49 ss.], que recapitula en la línea de la concepción dialéctica de las teorías de la unión, que comparte [85 ss.], procede al objeto principal de su investigación, que ha guiado su exposición anterior, de la individualización de la pena, no sin antes hacer una amplia referencia también al significado constitucional de la pena estatal y los substitutivos penales contemplados en el ordenamiento jurídico [88 ss.].— Para aterrizar en la individualización judicial de la pena, lo primero que hace CHOCLÁN MONTALVO es distinguir entre individualización legislativa e individualización judicial, en la estela de su maestro BACIGALUPO ZAPATER [108], de las que sólo la segunda es auténtica individualización, aunque la primera está próxima a ella.— En el apartado de la individualización legislativa, estudia el autor profunda y ampliamente los criterios legales de individualización referidos a la tentativa [101 ss.], autoría y participación [118 ss.], error de prohibición evitable [125 ss.], concurso de delitos y delito continuado (de forma particularmente amplia) [139 ss.], junto a las circunstancias [130 ss.], de las que únicamente nos ocupamos aquí.— Para CHOCLÁN MONTALVO, aunque las circunstancias nominadas de la PG, atenuantes, agravantes y mixta, son más bien elementos del tipo, puesto que el artículo, el 66, que determina su juego a efectos del marco penal ya tiene en cuenta también los factores de auténtica individualización judicial, gravedad del hecho y personalidad del delincuente [131], aquella, la individualización legal de la pena: lo que el legislador diga en cada caso (en la PG o en la PE) a sus efectos, siempre ha de ser a salvo de respetar los factores de individualización judicial. De ahí que CHOCLÁN MONTALVO considere que la regla del art. 66. 4 no debe ser modificada por la del 66. 1 [132]⁴², la concurrencia de sólo agravantes no obligue a imponer el límite máximo de la mitad superior de la pena [133 s.] y el amplio margen de atenuación de la pena en el caso de las eximentes incompletas no excluya su concreción conforme a los factores de individualización judicial [138].— Llegados a la individualización judicial, la tesis fundamental de CHOCLÁN MONTALVO es la de que siendo su punto de partida (aunque poco claro) la regla del art. 66. 1, que atiende a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, la pena debe compensar la culpabilidad (injusto y culpabilidad en sentido estricto) por el hecho y permitir la resocialización del delincuente [172], al estilo del § 46 I y II StGB [175]. Para ello, debe establecerse un marco (esta vez judicial, no legal) de pena adecuada a

⁴² Redacción de 1995.

la culpabilidad (inclusión hecha del *concreto* injusto realizado) [vid. 178 ss.], dentro del cual se tendrá en cuenta la personalidad del autor, sin que la peligrosidad pueda agravar nunca la pena correspondiente a la culpabilidad por el hecho y sí en cambio la ausencia de peligrosidad y circunstancias personales favorables rebajar la pena por debajo de la culpabilidad por el hecho [177].— Establecida la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho concreto, todavía antes de pasar a individualizarla, esta vez conforme a criterios de prevención especial, CHOCLÁN MONTALVO defiende la original tesis de BACIGALUPO y su escuela, de la compensación de culpabilidad por vía de atenuante analógica del art. 21. 6, según la cual esta atenuante debe desempeñar el papel en nuestro derecho de fórmula para tener en cuenta que se han podido producir circunstancias no consideradas por el legislador que, sin embargo, compensen por vía de hecho el mal que quiere contrarrestar la pena al objeto de no ser injustos con el culpable, es decir, descontando de la pena estatal [184 ss.], siendo por esta vía por la que BACIGALUPO, en fallos jurisprudenciales de los que fue ponente, introdujo el efecto atenuante de las dilaciones procesales indebidas, comportamiento postdelictivo muy positivo, pena natural en la imprudencia, etc. [186 ss.]⁴³.— Finalmente, se tendrá en cuenta como criterio de individualización el muy asociado a la fase de la justicia penal, de la resocialización del delincuente [192 ss.], punto en el que CHOCLÁN MONTALVO considera que la resocialización puede llevar a una pena inferior a la culpabilidad, pero hasta un límite marcado por la defensa del ordenamiento jurídico, en unos términos que se inspiran más en JESCHECK que en ROXIN (más generoso) [195], y con alusión a la tensión culpabilidad-prevención de la reincidencia para la que el autor reivindica las tesis de la escuela de BACIGALUPO sobre cómo interpretar la norma de la reincidencia [195 ss.], y lo que significa la “personalidad del delincuente” [199 ss.].

10. En un excelente ensayo dirigido en última instancia a facilitar la revisión judicial de las normas sobre individualización de la pena, PÉREZ DEL VALLE, Estudios sobre el nuevo CP, 41 ss., expone toda una teoría sobre la aplicación de la pena que, inspirada en el pensamiento de BACIGALUPO ZAPATER, llega incluso a proponer pautas sobre el juego de los más concretos criterios de individualización [44 s.].— El primer paso es establecer tres niveles de individualización: marco penal legal, concurrencia de agravantes y atenuantes que permiten averiguar el grado de pena dentro del marco legal y decisión del juez sobre la duración exacta de la pena dentro del grado de la fase precedente [46]. PÉREZ DEL VALLE reconoce que la separación entre las dos primeras fases y la tercera no se ve empañada por el hecho de que tanto en las dos primeras como en la tercera se hayan de tener en cuenta los mismos factores, siempre que se sea consciente de ello [47 s.], como evidencia el problema de la reincidencia: primero hay que establecer la culpabilidad por el hecho y sólo después matizarla con criterios prevencionistas [51].— Aunque las dos primeras fases de la individualización de la pena están resueltas legalmente, hay veces en las que no ocu-

38

⁴³ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 908 ss. (responsabilidad del partícipe en el delito especial propio).

re así, como cuando el legislador permite atenuar la pena en más de un grado (p. ej., art. 66. 4)⁴⁴, supuesto en el que por cierto se inclina PÉREZ DEL VALLE por excluir las restantes reglas del art. 66 con argumento sofisticado [54 s.], en cuyo caso la determinación interna de la extensión de la pena requiere una doble valoración de las atenuantes y agravantes concurrentes, lo que demuestra además que los argumentos de una y otra fase de la individualización son los mismos.— La determinación del límite de la culpabilidad por el hecho se basa en la gravedad del ilícito cometido y las circunstancias de los artículos 21 y 22, con aplicación de las reglas del art. 66 [55 s.], de entre las que la atenuante analógica del 21. 6, puede cobijar una apertura a casos de menor injusto y culpabilidad no previstos expresamente por el legislador, aunque PÉREZ DEL VALLE [58] duda de que la ausencia de necesidad de pena a efectos de vigencia de la norma pueda decidirse fuera de la fase siguiente de individualización, en la que aparecerá como efecto secundario.— Llegados a la concreta individualización [58 ss.], la aportación original de PÉREZ DEL VALLE va a estribar en entender que determinada en la fase anterior el marco de culpabilidad por el hecho, en el tercer nivel, al que sólo alude el legislador con la referencia a las circunstancias personales del autor y la gravedad del hecho, deben contemplarse los efectos secundarios de la pena, el miedo a sus efectos (prevención general negativa) y la cimentación cognitiva del derecho en el autor (prevención especial), por emplear la terminología de JAKOBS [59], y si bien GARCÍA ARÁN dio argumentos contundentes en contra de que en esta fase se atiende a efectos de prevención general, y a favor de atender preferentemente a la prevención especial, respectivamente, él, PÉREZ DEL VALLE, cree que no resulta tan claro que la prevención general no opere también en la fase última de individualización, en los límites, claro está, de la culpabilidad por el hecho, explicándose así la alusión legal a la “mayor o menor gravedad del hecho” y encontrando en la prevención general negativa el límite que muchos ven a la orientación exclusiva a la prevención especial en esta fase si ello pone en entredicho la defensa del ordenamiento jurídico [59], que si bien su terreno por excelencia es el de la conminación penal, PÉREZ DEL VALLE le encuentra al menos dos efectos secundarios derivados del “miedo a los efectos de la pena” en la fase de la concreta individualización: 1) el de compensar otros factores que inviten a una pena más grave (el autor p. ej. utilizó disfraz, pero ello no dificultó su identificación y persecución procesal), 2) el de diferenciar allí donde el legislador no ha diferenciado (aunque la pena del autor material es la misma del inductor, puede estar justificado provocar más miedo a la pena en el autor que en el inductor) [61 s.].— Finalmente, la “cimentación cognitiva del derecho en el autor (reflejo vinculado a prevención especial)”, orientada a la intimidación individual o a la corrección del autor, en ningún caso al peligro de hechos futuros (para lo que sólo caben medidas, no penas), puede aludir según PÉREZ DEL VALLE a dos efectos distintos [62 ss.]: 1) la prognosis del comportamiento futuro del autor (peligrosidad), p. ej. en la reincidencia, que para agravar exigiría necesidad y posibilidad de cimentación cognitiva del derecho (corrección), y tiene el efecto perverso de permitir agravar la pena allí donde no desocializará y explicaría la posibilidad de

⁴⁴ Redacción de 1995.

aplicar las medidas de los artículos 101 ss. a autores responsables; 2) la sensibilidad o receptividad del autor a la pena, ponderada por la actitud del autor y otras circunstancias sociales de éste que afectan a su conducción de vida.— En cuanto a los peligros de doble valoración (contradictoria) que podrían verse en este sistema de individualización de la pena, sostiene PÉREZ DEL VALLE que, garantizado el límite de la culpabilidad por el hecho, el doble juego de un criterio en la individualización no tiene que vulnerar el principio de prohibición de doble valoración: una motivación del autor aprobada socialmente puede servir para delimitar la culpabilidad por el hecho y explicar al mismo tiempo una menor necesidad de socialización o una prognosis positiva.

11. Con independencia del valor incalculable, teórica y prácticamente, de este planteamiento de BACIGALUPO ZAPATER y su escuela sobre la individualización de la pena (basta pensar en la rica discusión suscitada en torno a la interpretación que propone de la atenuante analógica para darse cuenta de su profundo calado humano y jurídico)⁴⁵, es lo cierto que los últimos desarrollos de la teoría, alentados por el propio BACIGALUPO, se parecen muy poco a sus orígenes, cuando BACIGALUPO detectó una antinomia insuperable entre el sistema de circunstancias nominadas y el de la individualización de la pena en el mismo CP español, y cuando vio en ello, con razón, como corroboró después impecablemente ZUGALDÍA ESPINAR, la necesidad de orientar la individualización de la pena a la resocialización. Ahora resulta que no, o que eso es compatible con dirigir la individualización de la pena también a la culpabilidad por el hecho y que la norma del sistema de circunstancias por excelencia, la atenuante analógica, resuelve milagrosamente la dicotomía de que un día habló BACIGALUPO⁴⁶, o que ya no es tan claro que no se pueda establecer una pena ajustada a la culpabilidad por el hecho que no esté impregnada de contenido prevencionista o si lo está se pueda evitar caer en la prohibición de doble valoración⁴⁷.— A la postre, cuando PÉREZ DEL VALLE considera los factores que están presentes en la individualización de la pena, sólo puede mencionar que *no se oponen* al fin de la prevención especial que debe regir exclusivamente esta fase de la individualización de la pena, con lo que se

39

⁴⁵ Vid. también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, introducción al título III, 472 ss.

⁴⁶ Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, PCRPH-del Rosal, 827: “Parece consolidarse, pues, una tendencia jurisprudencial que extiende el contenido de la circunstancia de análoga consideración. En esta nueva concepción de la atenuante conserva la finalidad propia de toda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a través de la concreción del marco penal abstracto. *Al mismo tiempo se convierte en un factor de individualización de la pena*”. El subrayado es nuestro (JCC).

⁴⁷ Este rasgo de las últimas manifestaciones de la escuela de BACIGALUPO (vid. también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR [dir.], PG, 941 ss.) se inspira ampliamente en el pensamiento de STRATENWERTH, quien en su magistral estudio vertido al castellano por ZUGALDÍA ESPINAR (Principio jurídico penal de culpabilidad, 43 ss.), había defendido la tesis según la cual la norma fundamental alemana en la materia, § 46 StGB, obliga a fijar la pena correspondiente a la culpabilidad por el hecho que después se concreta con criterios de prevención. Esta interpretación tiene seguidores muy cualificados en Alemania, pero también detractores, que ven imposible separar nítidamente culpabilidad y prevención.

mantiene la frescura que la teoría de la individualización de la pena de esta escuela tuvo cuando se fundó.

40 12. Aunque PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 291 ss., confiesa compartir el modelo de determinación de la pena de su maestro ZUGALDÍA ESPINAR [293], y pese a reconocer, con BACIGALUPO ZAPATER, que las circunstancias modificativas nominadas en realidad constituyen más bien elementos del tipo [296], no ve inconveniente en entender el proceso de individualización de la pena del derecho español como un proceso coherente (de forma semejante a GARCÍA ARÁN) en el que primero se determina legalmente la pena, inclusión hecha de las circunstancias modificativas nominadas [294, 300], y después se individualiza judicialmente, atendiendo puntualmente a la posible compensación de atenuantes y agravantes nominadas concurrentes en el caso y a los criterios genéricos de individualización, de la gravedad del hecho y la peligrosidad del autor [295]. Por eso, no tiene nada de extraño que PÉREZ ALONSO [311] haga de la individualización de la pena dentro de los límites de cada grado la piedra angular del proceso de individualización [311 ss.], dentro del cual no ve, en contra de BACIGALUPO, que las reglas respectivas del art. 61. 4 y 61. 7 a. r. contengan dos sistemas diferentes dentro del CP, negando importancia a la ausencia de mención legal en el art. 61. 7 de la personalidad del autor [315 s.].

41 13. En su excelente y doctrinalmente muy documentado estudio, OBREGÓN GARCÍA, *Atenuación de la pena*, después de exponer la doctrina de los fines de la pena [37 ss.], al final de la cual manifiesta sus simpatías con los que se basan en la culpabilidad, y después de exponer, aunque breve muy oportunamente, las principales opciones que en Alemania se defienden sobre la medición de la pena, manifestando sus simpatías con la *Stellenwerttheorie* [73 ss., 137], incluyendo una alusión a autores representativos españoles que recientemente se habían ocupado del tema desde posiciones prevencionistas [80 ss.], temas todos que le son muy oportunos para desarrollar una posición propia muy sólida sobre los fines de la medición de la pena que construye [92 ss.], dicho sea de manera muy simplificada, sustentando que la medición de la pena debe basarse exclusivamente en la culpabilidad, más exactamente en la proporcionalidad de la pena a la gravedad del delito [107 ss.], con exclusión, y esto es lo peculiar de su tesis en la actualidad, de cualquier consideración sobre la prevención general o especial [114 ss.], basándose para tal exclusión en diversos argumentos de entre los que destaca el de que, no habiendo criterios sólidos de determinación de la pena conforme a la prevención general y especial, existiría el peligro de que distorsionara irreversiblemente el sentido de la pena, lo que perjudicaría a la defensa social (piénsese en un craso fracaso en la contención del delito) e incluso del propio penado [126 s.], que sólo se ve excluido de posibles abusos a través del principio de culpabilidad tenido en cuenta también en la medición de la pena [130 ss.].— OBREGÓN GARCÍA, en línea con lo sustentado por la *Stellenwerttheorie* alemana, que fija la culpabilidad —determinación de la pena en sentido amplio— y sólo después, a la hora de la ejecución, admite consideraciones prevencionistas, únicamente asigna algún papel a la prevención especial en esta última fase de la ejecución penal [133 ss.].—

Como lógica consecuencia de su planteamiento, entiende que las circunstancias genéricas del CP español constituyen criterios de determinación de la pena más allá del tipo delictivo, pero basados en circunstancias colaterales al hecho delictivo y en la culpabilidad (permiten graduarla), no viendo contradicción alguna en nuestro sistema de determinación de la pena [136 ss.]⁴⁸.

14 En el capítulo I de su excelente y minuciosa investigación sobre la Individualización de la pena, DEMETRIO CRESPO, tras una breve aproximación al concepto novedoso en España de la individualización judicial de la pena [41 ss.], resalta la dependencia de la individualización de la pena de los fines generales que se le asignen a la pena [51 ss., 73] y de los fines del derecho penal [91 ss.], materias en las que él va a reflejar que la primera cuestión se presenta hoy como una antinomia entre prevención general y prevención especial [73 ss., 88 ss.] y la segunda le lleva a optar por un sistema orientado a las consecuencias [93]. En los capítulos II [97 ss.] y III [133 ss.], DEMETRIO CRESPO expone exhaustivamente las teorías de la prevención general, negativa y positiva, en el plano abstracto y en el de la individualización de la pena, para llegar a la conclusión, que es su tesis inicial [27], según la cual la prevención general no sirve para individualizar la pena, aunque sí para establecer los marcos penales abstractos y como límite superior de la pena que no hay necesidad de sobrepasar; pero esa conclusión no se extrae de la exposición de la teoría, sino de la norma sobre individualización de la pena en el StGB alemán y de la forma que se aborda por la doctrina científica que la ha estudiado en aquel país, lo que DEMETRIO CRESPO aborda en el capítulo siguiente. En efecto, en los capítulos IV [181 ss.] y V [215 ss.], dando comienzo a la segunda parte, concretada ya a la individualización, se incluye el primer desarrollo amplio de lo que será la teoría general de la individualización de la pena, con extensa exposición de las teorías elaboradas al efecto en Alemania [187 ss., 245 ss.], siendo de destacar la importante conclusión que le lleva a alinearse con los autores que sostienen en Alemania que el límite inferior de la pena se puede sobrepasar por debajo si razones de prevención especial lo aconsejan, a lo que según él no se opone nada en el derecho español [265], no sin antes haber argumentado muy bien (desde sus premisas, ampliamente fundamentadas en GARCÍA ARÁN)⁴⁹ que la prevención general no juega papel alguno en la individualización de la pena y la culpabilidad lo hace, pero como mero fundamento limitativo garantista [243]. Finalmente, capítulo VI, DEMETRIO CRESPO aborda el sistema español de determinación de la pena, con especial énfasis en los criterios de “gravedad del hecho” [289 ss.] y “circunstancias personales del delincuente” [302 ss.], y juego de “sustitutivos penales (individualización de la pena *latu sensu*) [312 ss.]; con consideración final de conclusiones [327 ss.] tendentes a evidenciar que la investigación ha ido precedida de dos ideas complementarias: que la individualización judicial de la pena no se orienta a la

42

⁴⁸ Un buen análisis del sistema de determinación de la pena en el CP de 1995, a la luz de su concepción del tema, abundando en lo desarrollado en Atenuación de la pena, puede verse en OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, introducción a sección III, cap. 2, tit. 3, libro I, 725 ss.

⁴⁹ Como SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 136 ss., 148 s.

prevención general y sí a la prevención especial en clave de no desocialización, lo que es el principal valor del libro.

3. UN NUEVO MODELO DE FUNDAMENTACIÓN DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA Y DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

- 43 Las consideraciones críticas realizadas sobre el sistema de determinación de la pena con base en las circunstancias muestran, como ya temíamos, que ni siquiera están claras las cuestiones más elementales del sistema de determinación de la pena por la vía de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal⁵⁰. Al objeto de simplificar la exposición de una materia que en puridad no pertenece a la teoría del delito, cabe contraponer esquemáticamente lo que podríamos llamar concepción dominante sobre el proceso de determinación de la pena, y otra concepción minoritaria a la que, como consecuencia de todo lo dicho en el apartado anterior, nos adherimos con argumentos propios.
- 44 Según el modelo dominante⁵¹: 1. El criterio primero y fundamental de determinación de la pena es la culpabilidad basada principalmente en la “cantidad” de injusto realizado por el autor. 2. La prevención general no puede servir para agravar la pena, pues se estaría utilizando al delincuente; la prevención general, además, ya se tuvo en cuenta para establecer el marco legal. En cambio, la ausencia de necesidad de prevención general puede facilitar una atenuación. 3. La prevención especial tampoco puede servir para agravar la pena, pero sí para atenuarla.
- 45 Según el modelo minoritario⁵²: 1. La culpabilidad ni fundamenta la pena ni, por lo tanto, la determina, pues, si así fuese, se vulneraría el *ne bis in idem*. La

⁵⁰ *Vid.* ya, citando a COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (*vid.* ahora en: PG⁵, 873), en este sentido desalentador sobre nuestro sistema de individualización de las pena, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, EDPCH-Rodríguez Devesa, II, 184. *Vid.* también ya GIMBERNAT ORDEIG, PG, 81. Valora positivamente nuestro sistema (reconociendo su excepcionalidad en el derecho comparado) por razones de seguridad jurídica, RODRÍGUEZ MOURULLO, EPB, 252. Pone de relieve el profundo desconocimiento que aún reina en esta materia, en nuestro derecho, SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 2, con estudio de derecho comparado de los ordenamientos español, alemán, francés e italiano: 6 ss.

⁵¹ Paradigmático: el ya visto de JESCHECK, en: JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 798 ss., 938 ss.; pero también el de ZIPF, en: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 688 ss. En este modelo puede ubicarse el desarrollado por DE FIGUEIREDO DIAS, EDPCH-Rodríguez Devesa, I, 288, 290, al hilo del derecho penal portugués.

⁵² Paradigmático: Claus ROXIN, Culpabilidad y prevención en Derecho penal (trad. Francisco MUÑOZ CONDE), 1981, 93 ss.

culpabilidad, en cambio, es límite infranqueable también en concreto que no se puede sobrepasar por razones de prevención (general). La “cuantía” de injusto, que puede ser mucha, p. ej., no permite justificar por sí sola que se imponga la pena en su mitad superior, pero sí lo permite si, además, y sólo entonces, se dan argumentos adicionales (en seguida veremos que de prevención general) para la agravación. 2. La prevención general, cuando adopta la forma de agravante nominada, permite agravar la pena, ya que su legalidad materializa el binomio culpabilidad-prevención en que se basa el derecho penal del Estado de Derecho. En cambio, cuando la agravante es innominada, no debe agravar (por eso era acertado el criterio del CP anterior a 1995, de obligar a aplicar la pena en su grado medio o mínimo, nunca máximo, cuando no concudiesen agravantes nominadas) (*vid.* art. 61. 5ª CP 1973). Lo que sí puede hacer la prevención general es cerrar el paso a un argumento de prevención especial si, p. ej., el daño ha sido cuantioso. 3. La prevención especial nunca puede agravar la pena, ni siquiera cuando es innominada (“circunstancias personales del delincuente”). 4. Como consecuencia de lo anteriormente dicho del modelo alternativo que aquí se quiere defender, cabe extraer la conclusión de que todas las agravantes se basan en la prevención general y todas las atenuantes en la prevención especial⁵³, aunque también estas últimas puedan manifestar y manifiesten frecuentemente una no necesidad de prevención general, como ocurre, p. ej., con la reparación del daño. Tal como las circunstancias innominadas de “gravedad del hecho” y “circunstancias personales” se ajustan respectivamente a la prevención general y especial⁵⁴. (Es más, pareciera incluso que aunque el legislador histórico español no lo supiera en su momento, hubiese intuido que el sistema de determinación de la pena en el siglo XXI estaría condicionado por los fines asignados a la pena).

A las consideraciones anteriores sobre el proceso de determinación de la pena, basadas sobre todo en el capital aspecto de sus fines, cabe añadir todavía algunas otras características del sistema de determinación de la pena tal como aquí lo entendemos. También esquemáticamente: 1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no constituyen el injusto, pero están relacionadas (antes, durante o después) con él, por eso puede decirse que modifican la responsabilidad penal correspondiente al injusto. 2. Todas las cir-

46

⁵³ SERRANO MAÍLLO, *Compensación de circunstancias*, 56, ha recordado recientemente que ya SILVELA en el siglo XIX propuso algo semejante a lo que aquí se propone, aunque no fue seguido por la doctrina posterior. *Vid.* también DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *EDCPH-Rodríguez Devesa*, II, 194.– CUELLO CALÓN, *PG*¹⁴, 528, sostiene que todas las atenuantes son personales; claro que también dice lo mismo de las agravantes [550, 554]; en el mismo sentido, siguiéndole, FERRER SAMA, *CCP*, I, com. art. 9, 267; com. art. 10, 326 ss.

⁵⁴ *Vid.* ya MIR PUIG, *PG*⁷, 726.

cunstancias, nominadas o innominadas, genéricas o específicas de algún delito o grupo de delitos, tienen la misma estructura y naturaleza. Si no es así, no se trata de una circunstancia, sino quizá de injusto propiamente dicho (especial respecto a otro básico). 3. Ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal está relacionada con la culpabilidad, todas lo están con el injusto⁵⁵; sólo la medida de responsabilidad por él (lo que en otro lugar llamo, a manera de sinécdoque, injusto cuantificable) (*vid supra* XI 288) es cuantificable. 4. Las circunstancias pueden estar asociadas bien con el disvalor-acción, bien con el disvalor-resultado característicos del injusto. Igualmente, pueden tener naturaleza personal u objetiva, como ocurre con los elementos del tipo (de injusto). De ambas distinciones sólo la segunda es determinante de la extensibilidad o no al partícipe en quien no concurre la circunstancia; de ahí la importancia de esa distinción en el caso⁵⁶.

47 En España, durante mucho tiempo, como consecuencia de una diferenciación interesante en su propósito pero desafortunada en su formulación inicial por SILVELA, se entendió que las circunstancias objetivas se distinguían de las personales o subjetivas no en que bastase el conocimiento del partícipe sobre su concurrencia en el hecho principal, para su estimación, frente a la subjetiva o personal, que requeriría su presencia en la persona a quien aplicarla, sino en su mera concurrencia en el hecho principal, aunque lo hubiese ignorado el partícipe. *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 411 s.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 80 s.— Otra crítica, infundada, a la concepción de la circunstancia modificativa objetiva de conformarse con el mero conocimiento por parte del partícipe para que le alcance, debiéndose exigir además que la haya querido, se ha sostenido también y se sostiene en la actualidad. Frente a lo que cabe decir: ¡Lo que acompaña (circunstancia) necesariamente a lo que se quiere (el hecho así circunstanciado) es también querido por quien lo conoce! Esto es trivial.

48 Que el sistema de circunstancias sea uno monovalente, como ocurre con el derecho español y el austríaco (§§ 32 II y III, 33 y 34 öStGB), o uno ambivalente,

⁵⁵ *Vid.* ya DE VICENTE REMESAL, EPB, 41.

⁵⁶ SERRANO MAILLO, Compensación de circunstancias, 60 ss., demuestra convincentemente que la jurisprudencia insiste en el carácter personal u objetivo de las circunstancias, pero para nada en el hecho de que afecten al injusto o a la culpabilidad, llegando con razón a una conclusión escéptica [83]. Una doctrina mayoritaria en nuestro país cree poder clasificar las circunstancias en modificativas de la antijuricidad y modificativas de la culpabilidad (y en algún caso de la punibilidad). *Vid.*: DE RIVACOBA Y RIVACOBA, EDCPH-Rodríguez Devesa, II, 194 ss., 200 s.; Díez RIPOLLÉS, LL, 1993-2, 899; siguiéndole, CEREZO MIR, PG, II⁶, 352 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 726 (para las agravantes); GIMBERNAT ORDEIG, PG, 79 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 495; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 384 s. (referido a las agravantes); OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 622 ss.; VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 200; RODRÍGUEZ MOURULLO, EPB, 253. En contra: QUINTERO OLIVARES, PG³, 733 S.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 65, 381.

como el alemán, no es decisivo, salvo los efectos de derecho positivo expresamente establecidos por el legislador español, a lo que el legislador alemán no habría podido sucumbir ni de haber querido porque la ambivalencia lo impide. Por lo demás, todo lo que cabe en el derecho alemán, que por cierto es más abstracto que el español en este punto de los criterios de determinación de la pena (se podría ver que el uso atenuante y el uso agravante del mismo criterio alemán se basará en razones de prevención especial y prevención general respectivamente), se puede aplicar en derecho español por vía de circunstancia innominada⁵⁷.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, también las expresamente nominadas, son tan ambiguas que más que circunstancias típicas modificativas, ellas mismas, de la responsabilidad, parecieran *marcos orientativos que obligasen a los tribunales a proporcionar argumentos subsumibles en ellas que serían realmente los criterios decisivos de la individualización de la pena*.— Además, lo difícil, lo importante, en materia de individualización de la pena es cómo hayan de conjugarse entre sí los infinitos argumentos que cabe aportar a una decisión penal. Puede decirse, incluso, que estamos en los prolegómenos para una verdadera ciencia de la determinación de la pena, lo que hace tan importante una obra pionera y, a la vez, rigurosa como la de Hans-Jürgen BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*⁵⁸, de la que tanto tienen que aprender todavía doctrina y jurisprudencia en España.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cabe concluir sistemáticamente de todo lo anterior, no forman parte de la teoría del delito, sino de la teoría de la pena⁵⁹, en cuyo lugar deberían servir, si estuviesen mejor reguladas, a su individualización. Si los manuales de derecho penal español las incluyen en el libro sobre la teoría del delito, como también aquí hacemos, es porque la defectuosa regulación legal española pudiera dar a entender que, efectivamente, las circunstancias modifican los tipos delictivos y reducen los marcos legales de pena, de lo que lo primero es falso y lo segundo cierto pero fatídico para un buen sistema de individualización de la pena.

⁵⁷ Con razón afirma MIR PUIG, PG⁷, 727 s., que la regulación legal española no prejuzga ninguno de los sistemas de determinación de la pena barajados por la doctrina.

⁵⁸ 2ª ed, 1985.

⁵⁹ Muy discutido en la doctrina española: A favor de su inclusión en la teoría del delito: DE RIVACOBAY RIVACOBAY, EDCPH- Rodríguez Devesa, II, 193, 203 ss., 207 ss.; CEREZO MIR, PG, II^o, 351; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 689; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 496. A favor de su inclusión en la teoría de la pena: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 877 ss. A favor de su pertenencia a ambos ámbitos: MIR PUIG, PG⁷, 603 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 545; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 625 ss.

4. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN PARTICULAR⁶⁰

A. Criterios de clasificación de las circunstancias atenuantes y agravantes

51 Antes de pasar al estudio particularizado de cada una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siguiendo el orden legal, es conveniente intentar encontrar los criterios más esclarecedores y unitarios posibles de clasificación de cada uno de ambos grupos de circunstancias atenuantes y agravantes, al objeto de introducir un mínimo de coherencia en una materia, como la de determinación de la pena, que se presta mucho a ser aplicada de manera arbitraria y simplista, lo que contribuye poderosamente a explicar la ausencia de control de la determinación de la pena en casación (*vid. supra* XVII 17 s.).

52 1. DÍEZ RIPOLLÉS, ADP, XXX, 1977, tiene el gran mérito de haber sido el primero en analizar la naturaleza de las circunstancias nominadas relacionando el ámbito de la teoría del delito que pueden modificar con la naturaleza objetiva o subjetiva de cada una de ellas, y ver cómo influyen esas dos problemáticas, si es que lo hacen, en la intelección de la norma sobre su extensibilidad al partícipe [598 s.]. A tal efecto, y tras hacer una exposición doctrinal amplísima y muy valiosa desde los comentaristas del XIX hasta la actualidad [599 ss.], sintetizando y revisando tales pareceres en lo referente a la cuestión que motiva su investigación, llega a la conclusión de que no coinciden naturaleza objetiva de la circunstancia y modificación de la antijuricidad con naturaleza subjetiva y modificación de la culpabilidad [644], ni, por lo tanto, cabe decidir *a priori* la ubicación de la circunstancia en el párrafo 1º o 2º del art. 60 a. r., ni siquiera a la luz de la naturaleza modificativa de la antijuricidad o la culpabilidad [646], aunque sí sea más próxima su relación [649]. En cualquier caso, la relación entre las dos cuestiones es una abierta [649]⁶¹.

53 2. ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, después de una amplia indagación de derecho histórico y comparado sobre el sistema de circunstancias (o semejante) [27 ss., 63 ss.]⁶², delimita conceptualmente la circunstancia, diferenciándola de otras figuras del CP que se le parecen, sin poderse equiparar; lo que sólo ocurre, con caute-

⁶⁰ Sobre las modificaciones legales en materia de circunstancias atenuantes y agravantes en la reforma del CP (concretamente en el Proyecto de 1992), *vid. ampliamente* DÍEZ RIPOLLÉS, LL, 1993-2, 899 ss. *Vid. también* GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 34 ss., 36 ss. Sobre la historia del art. 60 a. r. *vid.* BOLDOVA PASAMAR, Comunicabilidad de las circunstancias y participación delictiva, 27 ss.

⁶¹ En términos semejantes SALINERO ALONSO, H-Barbero Santos, 1298 ss., 1304: no hay forma *a priori* de determinar la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia, hay que ir caso por caso y aspecto por aspecto, no extraer por tanto *a priori* conclusiones sobre su comunicabilidad al partícipe.

⁶² *Vid. también* ALONSO ÁLAMO, CDJ, 1995, VII, 44 ss., 54 ss., 58 ss., GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 15 ss.

las, en algunos casos de concretos delitos circunstanciados de la PE, que sí tienen la misma naturaleza que los artículos 9, 10 y 11 r. a., exclusión hecha de las eximentes incompletas y la minoría de edad, que para ALONSO ÁLAMO no son propiamente circunstancias [193 ss.]⁶³.— Entrando ya en su esencia, y tras abordar cuestiones generales relacionadas con la regulación legal [338 ss.] y con su evolución para la teoría del delito [384 ss.], procede ALONSO ÁLAMO a diseñar su propia concepción [435 ss.], que en términos muy esquemáticos cabe caracterizar así: 1) Si los elementos esenciales de la teoría del delito son la antijuricidad (objetiva) y la culpabilidad, las circunstancias son elementos accidentales bien de la antijuricidad (típica) bien de la culpabilidad, entendida dicha accidentalidad en el sentido de que las circunstancias constituyen la tipificación de aspectos que cuando concurren (no han de hacerlo necesariamente siempre, como los elementos esenciales) permiten graduar la antijuricidad típica y la culpabilidad, ya que como elementos esenciales de necesaria concurrencia, éstos últimos, no están sin embargo reñidos con la posibilidad de graduarlos a efectos de una mayor o menor penalidad⁶⁴. 2) Las circunstancias de los artículos 9 a 11 a. r. pueden, en consecuencia, clasificarse, modificando terminológicamente en el art. 60 a. r. la caracterización de las circunstancias como objetivas o personales, en circunstancias que modifican la antijuricidad típica, bien del disvalor-acción bien del disvalor-resultado y circunstancias que modifican la culpabilidad. 3) Como consecuencia de todo ello, ALONSO ÁLAMO dedica el último capítulo de su libro [463 ss.] a una exposición de las atenuantes y las agravantes en particular conforme al esquema trazado con anterioridad (*vid. infra* XVII 65).

3. GONZÁLEZ CUSSAC, *Circunstancias modificativas*, 53 ss., después de caracterizar, siguiendo a su maestro VIVES ANTÓN, a los conceptos jurídicos como conceptos generales orientados a la individualización y definidos por su función, lo que ya le vale para distinguir entre circunstancias y circunstancias cuya función pueda ser distinta [58], y después de exponer cómo se ha intentado conceptualizar en la materia en la ciencia penal comparada (especial referencia a la italiana) [60 ss.], ofrece un panorama [67 ss.] sobre las numerosísimas ocasiones en las que el CP emplea el término circunstancia, lo que obliga a concluir que éste no ofrece un concepto unitario de las mismas [71], por lo que, tras pasar revista a los pronunciamientos de la jurisprudencia y, sobre todo, de la doctrina españolas [74 ss.], toma postura ante la cuestión [85 ss.], sosteniendo que no basta con entender, formalmente, que son circunstancias en sentido estricto las recogidas en los artículos 9 a 11 a. r., con excepción de las eximentes incompletas, la minoría de edad y la preterintencionalidad, sino que si se ha de dotar al concepto de circunstancia de un contenido material, que permita distinguirla de los restantes elementos del delito que, todos, son circunstancias del delito [93], si se quiere distinguir entre esencial y accidental, en suma, es necesario profundizar⁶⁵. Para

54

⁶³ En contra de excluir las eximentes incompletas y la minoría de edad de la consideración de circunstancias en el pensamiento de ALONSO ÁLAMO, con buen criterio, CEREZO MIR, PG, II^o, 350.

⁶⁴ *Vid.* también ALONSO ÁLAMO, CDJ, 1995, VII, 49 ss.

⁶⁵ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 18 ss.

ello, GONZÁLEZ CUSSAC propone entender que todas las circunstancias responden a consideraciones político-criminales (necesidad de tutela)⁶⁶ y algunas de ellas, además, se apoyan en razones de justicia, modificando la culpabilidad del sujeto.— Aprovechando esa distinción, habla GONZÁLEZ CUSSAC de concepto material débil de circunstancia, para referirse a aquellas que no afectan ni al tipo de injusto ni a la figura de delito, y de concepto material fuerte, para referirse a aquellas que no afectan ni al injusto ni a la culpabilidad, de las que sólo las últimas respetarían de un modo absoluto el entendimiento de las circunstancias como elemento accidental en sentido estricto, mientras que las primeras sólo lo respetarán de un modo relativo⁶⁷.— Según el sentido del concepto de circunstancia en sentido débil, sólo es circunstancia la que no afecta al núcleo del tipo, pues en otro caso sería a su vez elemento esencial de un nuevo tipo. Además, hemos de preguntarnos qué es lo que hace que un elemento adicional sea circunstancia modificativa u otra cosa, lo que ocurre frecuentemente, y distinguir entre que lo afectado sean todos los delitos o sólo algunos en concreto. En este orden de cosas, no existen dudas, con la doctrina mayoritaria, de que las circunstancias del art. 9 a 11 son auténticas circunstancias, que pueden darse o no, y el delito persistiría igualmente, y además son aplicables a todos los delitos de la PE. En otras, en cambio, el tipo no podría realizarse sin la concurrencia de la circunstancia, p. ej., el asesinato, por lo que no son circunstancias, como tampoco (siguiendo a VIVES ANTÓN) los tipos con penalidad agravada, que son más bien minitipos. GONZÁLEZ CUSSAC llega a afirmar que es incluso discutible que se pueda hablar de elementos accidentales de ciertos delitos, en tanto que las circunstancias del art. 9 a 11 son sin duda elementos accidentales de todos los delitos (en teoría) [95].— A su vez, dentro de las circunstancias del art. 9 ss., sólo lo son en sentido “fuerte” todas menos las eximentes incompletas, la minoría de edad, la preterintencionalidad, la embriaguez y el arrebato, al afectar, estas últimas, a la culpabilidad, aunque lo hacen de forma muy diversa cada una de ellas, como evidencian los efectos asignados por el CP a su ausencia, por lo que puede hablarse de “elementos accidentales de un elemento esencial” [96].— Precisamente en el capítulo dedicado al fundamento de las circunstancias [123 ss.], donde GONZÁLEZ CUSSAC, siguiendo una interesante línea en la que ya militaban COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, se alinea con quienes sostienen la pertenencia de las circunstancias a la teoría de la pena, no a la teoría del delito, basándose en el concepto de circunstancia: no afectan ni al injusto ni a la culpabilidad, sin embargo, (y esto es digno de destacarse) abundando en lo defendido tímidamente en el capítulo del concepto (¡que también las circunstancias innominadas afectan a la culpabilidad = “elemento accidental de elemento esencial”!), confiesa con COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, que sería ideal que las circunstancias modificativas graduaran el injusto y la culpabilidad, pero que de momento no es posible porque el injusto ha de configurarse lo suficientemente objetivo como para verse perjudicado por algunas circunstancias que tienen una connotación moralizante. Por eso, remitidas las cir-

⁶⁶ *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 880; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, antes de art. 21, 196.

⁶⁷ Siguiéndole: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 874.

cunstancias a la teoría de la pena, como elementos extrínsecos al delito, se asegura la pureza dogmática y se resalta el fundamento último político-criminal de aquéllas, basadas en criterios de utilidad que deben añadirse al injusto y la culpabilidad para que esté justificada la pena⁶⁸.— Finalmente, en el capítulo de la función de las circunstancias [195 ss.]⁶⁹, GONZÁLEZ CUSSAC ubica a las circunstancias (atenuantes y agravantes) en el contexto de la individualización de la pena⁷⁰, calificando al de aquéllas como subsistema “expreso y taxativo”, mientras que el de las innominadas, art. 61. 4 a. r. es el de la genuina individualización judicial, sin hacer hincapié en la contradicción que ello supone, sino más bien tendiendo a verlo como una manera de garantizar la seguridad jurídica; hablando incluso de fines distintos [201].— De ahí también que asigne a las circunstancias la naturaleza de “causas de medición de la pena” [153 ss., 177].

4. PÉREZ ALONSO, *Circunstancias*, por su parte, después de una breve exposición acerca del concepto, fundamento, naturaleza jurídica y tratamiento penal de las circunstancias en la doctrina científica [33 ss.], caracterizada por un insatisfactorio tecnicismo jurídico demasiado cerrado y sistemático [46 s.], y tras una revisión de la metodología jurídica para que haga predominar los aspectos explicativos (en sentido hermenéutico de comprensión) sobre los descriptivos, y que se entienda más como praxis que como mera técnica [92 s.], aborda el problema de la distinción entre elemento esencial y accidental del delito que, de la mano del concepto de delito *sui generis*, que defendí en su día, traza conforme a un método no jurídico-conceptual o formalista sino material y tópico, en el sentido de las soluciones que propician, entendiendo que mientras el elemento esencial es constitutivo del injusto, el accidental sólo graduaría su gravedad, pudiendo estar ausente el segundo y seguir habiendo delito, lo que no ocurre con el primero [107], de la misma forma que no cabe distinguir, dentro del delito circunstanciado, entre elemento común y especial, siendo todos iguales [116]; con consecuencias para el error, la comunicabilidad al partícipe y las formas imperfectas de ejecución (*vid. supra* VIII, 294, XIII 183 ss. e *infra* XVII 215 ss.).

5. En su excelente libro sobre la Comunicabilidad de las circunstancias, y previo al estudio de su clasificación a los efectos del art. 60, BOLDOVA PASAMAR hace una interesante consideración general de las atenuantes y las agravantes que reproduce muy bien el estado de la cuestión en España cuando él escribe [36 ss.]. A manera de síntesis puede decirse: 1) En la línea de su maestro CEREZO MIR, entiende BOLDOVA PASAMAR [47] que las circunstancias genéricas son concreciones del injusto y la culpabilidad que permiten modularlos, en tanto que las circunstancias específicas que se han incorporado a un tipo, cuando afectan al injusto (lo que no ocurre cuando afectan a la culpabilidad, que por no dar lugar a un tipo específico tampoco se distinguen en esto de las genéricas) pasan a convertirse en elementos esenciales del mismo con

⁶⁸ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 32.

⁶⁹ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 25 ss.

⁷⁰ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, CDJ, 1995, VII, 28 ss.

efectos diferentes a las circunstancias genéricas⁷¹; y todo ello pese a que puede decirse que no hay diferencias sustanciales, como pretenden los que quieren borrar diferencias (PÉREZ ALONSO) [46 s.]. 2) En la línea de la gran especialista del tema ALONSO ÁLAMO, entiende BOLDOVA PASAMAR [65 ss.] que, aunque la ley no hable de circunstancias objetivas y subjetivas, y sí más bien de personales y relacionadas con el hecho, es lo cierto que esa terminología es traducible a las categorías dogmáticas de injusto y culpabilidad, en cuyo contexto pueden clasificarse las circunstancias con los efectos acuñados y concordados con el art. 60, aunque ambos basados en un principio general de extensibilidad o no al partícipe. 3) BOLDOVA PASAMAR procede, a continuación, a una exégesis exhaustiva y pionera de las circunstancias genéricas conforme a los criterios del art. 60 a. r., de naturaleza personal o relacionada con la ejecución material del hecho [69 ss., 121 ss.].

- 57 6. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 882 ss., descartan muy oportunamente que la clasificación del art. 65, circunstancias personales y relacionadas con el hecho, equivalga a subjetiva y objetiva en sentido excluyente (sólo los hechos fundamentarían la segunda y sólo las apreciaciones subjetivas la primera). En su lugar, partiendo de que todas pretenden ser plasmación del principio de culpabilidad en el ámbito de la individualización de la pena, todo lo más permitirán hablar de subjetivo/objetivo en sentido de sustrato sobre el que está constituida la atenuante, que, p. ej., con la redacción anterior permitiría decir que a la atenuante de minoría de edad, a pesar de configurarse objetivamente: edad cronológica, es su sustrato subjetivo (inmadurez del sujeto) el que le confiere sentido⁷².

a. *Clasificación de las atenuantes*

- 58 Sobre la base de que todas las circunstancias atenuantes se relacionan con la cuantificación del injusto, en el sentido de modificación de la responsabilidad correspondiente al injusto (*vid. supra* XVII 46), las contempladas en el art. 21. 1^a-3^a (eximente incompleta, adicción a sustancia y estado pasional) comprenden casos en los que se vio muy dificultada la plena capacidad de evitación del delito por el autor, sin anularla por completo, razón por la cual atenúan la responsabilidad del sujeto del comportamiento⁷³.— Por su parte, las circunstancias atenuantes comprendidas en el art. 21. 4^a-5^a se fundamentan en lo acaecido con posteriori-

⁷¹ GÖSSEL, CPCr, 42, 1990, critica una tendencia del TS alemán, orientada a no distinguir entre elementos del tipo y elementos de la individualización de la pena, nuestras circunstancias (mencionando algún ejemplo paralelo de ambos derechos) [556], sosteniendo que para modular la pena conforme a los criterios de medición primero hay que fundamentarla conforme a la culpabilidad, lo que se vería distorsionado si ya desde el principio se confunde el objeto de la valoración con la valoración, como demuestra el § 46 StGB, que primero obliga a determinar la pena conforme a la culpabilidad y después la modula con criterios p. ej. de prevención especial, que no deben interferir en aquélla [552, 555, 557], ejemplificándolo con el dolo [558] y la participación [559].

⁷² Sobre la clasificación de las circunstancias *vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 691 ss.

⁷³ *Vid.* ya MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 545.

dad al hecho delictivo, concretamente en lo que el responsable de la infracción hace para paliar sus efectos, sea confesando el hecho, es decir, facilitando su esclarecimiento y persecución penal, sea coadyuvando a la reparación del daño ocasionado por el delito⁷⁴.— La circunstancia atenuante del art. 21. 6ª, atenuante analógica, con la fundamentación dada de las atenuantes nominadas anteriores, permite abarcar mucho, pues se extiende a todo lo relacionado con el injusto llevado a cabo que pueda justificar una atenuación de la pena, como a todo lo acontecido con posterioridad y suponga un paliativo del mal causado por el delito⁷⁵.

MIR PUIG, PG⁷, 608, clasifica las atenuantes (ordinarias) en aquellas que disminuyen el grado de imputación personal y aquellas otras que disminuyen la pena por el comportamiento postdelictivo. *Vid.* también VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 200. **59**

DE VICENTE REMESAL, EPB, 127 ss., que concibe las atenuantes como restricciones a la discrecionalidad en la determinación de la pena, las clasifica en modificativas (menor intensidad) del injusto penal, de la culpabilidad del autor y de la punibilidad del hecho o del autor, ámbito, este último, en el que ha hecho un estudio excelente (*vid. infra* XVII 104). **60**

b. Clasificación de las agravantes

Ninguna circunstancia agravante de la responsabilidad penal debe basarse en la culpabilidad del sujeto (*derecho penal del hecho*)⁷⁶; de ahí las dificultades a la hora de justificar la agravante de reincidencia (art. 22. 8ª), basada en la supuesta mayor voluntad delictiva de quien osa repetir el delito a pesar de la condena previa. Las agravantes, incluso, tampoco deben basarse en el injusto, por el peligro de que se esté procediendo así a una doble valoración negativa del mismo hecho (*ne bis in idem*). La única solución estriba en cifrarlas en hechos no relacionados directamente con el injusto pero que pueden influir en él, haciendo el delito más seguro, caso de la alevosía (art. 22. 1ª), el disfraz y el lugar, tiempo y auxilio de persona que debiliten la defensa o aseguren la impunidad (art. 22. 2ª), propiciando su ejecución respondiendo a motivos que estimulan su realización (caso del precio, recompensa o promesa, art. 22. 3ª, y el racismo, art. 22. 4ª), defrau- **61**

⁷⁴ De razones políticocriminales postdelictivas y no de culpabilidad hablan MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, PG⁴, 555, para referirse al fundamento de estas atenuantes. *Vid.* también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 907.

⁷⁵ Sobre las modificaciones legislativas del régimen de las atenuantes en la reforma del CP, concretamente en el Proyecto de 1980, ORTS BERENGUER, CPCr, 14, 1981, 245 ss. Sobre las modificaciones de las atenuantes en el CP de 1995, en general, RODRÍGUEZ MOURULLO, e: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, antes del art. 21, 110 s.; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 627 s.; DE VICENTE REMESAL, EPB, 42 ss.; GOYENA CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 21 s.

⁷⁶ *Vid.* ya, muy atinadamente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 901.

dando la confianza previamente depositada en el autor del delito por la víctima o sus allegados (caso del abuso de confianza) (art. 22. 6^a) o la derivada de la posición institucional asignada (caso del abuso de superioridad, art. 22. 2^a, y el prevalimiento del carácter público del autor, art. 22. 7^a), o, finalmente, añadiendo padecimientos innecesarios (caso del ensañamiento, art. 22. 5^a)⁷⁷.

- 62 MIR PUIG, PG⁷, 617, sobre la base de que todas las agravantes agravan el injusto, las divide en personales u objetivas, subdividiendo a las primeras entre las que revelan una motivación particularmente indeseable y las que revelan una actitud más contraria a derecho (reincidencia), y a las segundas entre las que demuestran mayor peligrosidad (por facilitar su comisión, bien por los medios: alevosía, bien por los sujetos: abuso de confianza/superioridad o carácter público; por facilitar la impunidad: disfraz; por ambas razones: lugar/tiempo/auxilio de persona).
- 63 SALINERO ALONSO, H-Barbero Santos, 1304 ss., 1313 s., clasifica las circunstancias en aquellas que modifican accidentalmente el injusto y la culpabilidad y aquellas otras que modifican la pena por razones de política criminal.

c. *Criterio de distinción de la circunstancia de parentesco como agravante y como atenuante*⁷⁸

- 64 El parentesco, en general, y en derecho penal, en particular, debe entenderse como *función* básica de estabilidad individual en la sociedad industrial que agrave la responsabilidad criminal cuando el delito cometido la dañe y la atenúe cuando, desde el punto de vista del sistema social total, del que la familia y relaciones análogas constituye un subsistema específico⁷⁹, sea “soportable” que “la cosa quede en casa”, válvula de escape, cuyo paradigma más representativo es la total impunidad de los delitos contra la propiedad no violentos (art. 268), de la que cada vez cabe hacer menos uso⁸⁰.

⁷⁷ Sobre la reforma de las agravantes, en general, en el CP de 1995, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, antes del art. 22, 120 s.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 215 s.

⁷⁸ Llama la atención sobre la ambivalencia del parentesco, también con alusión expresa a la excusa absolutoria y a los tipos penales fundamentados en el parentesco, además de a la circunstancia genérica mixta, MESTRE DELGADO, Atenuante y agravante de parentesco, 10

⁷⁹ Por poner el acento en el mundo de motivaciones del autor, en lugar de ponerlo en el hecho objetivo de la institución familiar, BAJO FERNÁNDEZ, Parentesco, 22, 38 ss., tuvo dificultades para dilucidar cuándo tendrá efectos agravantes y cuándo atenuantes, hablando impropiaemente de criterio de discrecionalidad del juez. No obstante, hizo un estudio excelente de su aplicación con uno u otro signo a los delitos en particular: 59 ss.

⁸⁰ Sobre la funcionalidad y su uso/abuso del parentesco como criterio de la aplicación agravante o atenuante de la circunstancia, *vid.* BONET ESTEVA, EPM-Valle Muñiz, 102 ss., 107, 118 ss., siguiendo a BAJO FERNÁNDEZ. *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 745; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 23, 886 s.

d. *La clasificación de las atenuantes y las agravantes en la doctrina científica*

1. ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 463 ss., considera entre las agravantes que aumentan la gravedad del injusto, concretamente el disvalor-acción (de entre las que estaban tipificadas en el art. 10 en el momento en que ella escribe) a las siguientes: 1) alevosía, 2) veneno, 3) abuso de superioridad o empleo de medios que debiliten la defensa, y 4) astucia, fraude o disfraz; en tanto que según ella incrementaban el disvalor-resultado las siguientes: 1) ocasión calamitosa, 2) auxilio de gente armada o persona que asegure o proporcione la impunidad, y 3) nocturnidad, despoblado y cuadrilla; quedando todavía un grupo de agravantes que incrementaban el disvalor-resultado por contener un peligro adicional (de otro bien jurídico): 1) medios que ocasionen grandes estragos, 2) ofensa a la autoridad o desprecio del respeto por la edad, sexo o morada de la víctima, 3) lugar sagrado, y 4) publicidad. Quedan todavía entre las agravantes, según ALONSO ÁLAMO, algunas de carácter impersonal-personal, que incrementan el disvalor-acción, como: 1) abuso de confianza, y 2) prevalimiento del carácter público.— Por su parte, ALONSO ÁLAMO [677], que considera a todas las atenuantes (recuérdese que previamente había excluido de su catálogo a las eximentes incompletas y a la minoría de edad) como pertenecientes a la culpabilidad, cuya gravedad reducirán, las clasifica así: A) Pertenecen a la culpabilidad subjetivamente concebida: 1) preterintencionalidad, y 2) estados emotivos o pasionales: a) provocación o amenaza adecuada, b) vindicación próxima de ofensa grave, y c) arrebató u obcecación; B) Pertenecen a la actitud del autor: motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia; C) Pertenecen a la imputabilidad: a) embriaguez (disminuida), y b) arrepentimiento espontáneo.— ALONSO ÁLAMO considera finalmente a la circunstancia mixta de parentesco como perteneciente al elemento objetivo de la culpabilidad.

65

2. GONZÁLEZ CUSSAC, *Circunstancias modificativas*, 97 ss., por su parte, después de exponer los criterios de clasificación de las circunstancias en derecho comparado y español, en doctrina y jurisprudencia, lo que le lleva a detectar enormes dificultades de clasificar materia tan heterogénea, intenta distinguir posibles clasificaciones a diversos efectos, teóricos o dogmáticos y prácticos, llegando a la conclusión, muy pobre por lo demás, por no decir renuncia tácita a clasificar, de que el único criterio seguro y práctico es el legal: atenuantes, agravantes y mixta; sin que por lo demás ello suponga ningún problema [121]⁸¹.

66

Sobre las circunstancias modificativas en general, *vid.* también PUIG PEÑA, NEJ, IV, 156 ss.

67

⁸¹ *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 892.

B. Las atenuantes en particular

a. *Relacionadas con las eximentes*

a'. Eximentes incompletas (art. 21. 1^a)

a''. Consideraciones generales

68 Como ya se indicó al estudiar los efectos de la ausencia de algún elemento de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (concretamente de la imputabilidad) y la reprochabilidad (*vid. supra* XI 288), todas las eximentes incompletas son traducibles a una considerabilísima (de ahí lo elevado, pena inferior en uno o dos grados, de la atenuación de la responsabilidad) disminución del injusto en su aspecto cuantitativo debido a que si bien el comportamiento sigue siendo antijurídico y culpable (por no concurrir todos los elementos que el CP requiere para que el comportamiento esté justificado o plenamente disculpado), la presencia de algunos elementos de los utilizados para tal fin hace que se vea especialmente disminuida, si bien no plenamente excluida, la responsabilidad penal. Así, p. ej., el hecho de que el autor creyera, de forma erróneamente evitable por lo demás, que estaba siendo objeto de una agresión ilegítima, o el hecho de que sólo sobrepasara en días la edad por debajo de la cual no hay responsabilidad penal a la luz del CP, constituyen los motivos más directos de atenuación de la responsabilidad que cabe pensar por ir referidos a las causas que más directamente excluyen la responsabilidad cuando están presentes en los términos exigidos por el CP: la agresión ilegítima como supuesto más definido de autorización a llevar a cabo un acto típico (homicidio en legítima defensa, p. ej.), la minoría de edad como caso claro de ausencia de la capacidad de culpabilidad, esencial para pronunciarla en el Estado de Derecho (la inmadurez como obstáculo para el individuo joven de dejar de llevar a cabo el hecho delictivo como fruto de la forma de actuar impulsiva, más impulsiva que la persona plenamente adulta, propia de la juventud)⁸².

69 CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas⁸³, el gran artífice y puente con la tradición doctrinal anterior, de la construcción moderna de las eximentes incompletas, después de exponer brevemente el origen y fundamentación dada históricamente al precepto que las regula en el CP, con alusiones expresas a PACHECO y GROIZARD [19

⁸² En contra no obstante del régimen especialmente privilegiado de las eximentes incompletas frente al resto de las atenuantes, OBREGÓN GARCÍA, Atenuación de la pena, 301 ss., con argumentos dignos de tenerse en cuenta.

⁸³ *Vid.* también CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 9. 1, 408 ss.

ss.], como así mismo resaltar, muy oportunamente, por qué el legislador de 1932 hubo de reformar la redacción legal dado que un sector de la jurisprudencia había adoptado el falso criterio de que sólo eran susceptibles de aplicación como incompletas las eximentes compuestas de más de un elemento, y después de haber recalcado, también muy oportunamente, que hay eximentes excluidas del régimen general, como la minoría de edad y el caso fortuito, no porque no puedan concurrir incompletas sino más bien porque su tratamiento penal es uno específico; después de eso, como decimos, CÓRDOBA RODA [24] excluye la posibilidad tanto de que la minoría de edad pueda aparecer como incompleta (no sería fraccionable por la taxatividad de los dieciséis años de entonces), como de que puedan estimarse como incompletas eximentes con varios elementos si están ausentes los esenciales, siguiendo a la jurisprudencia unánime. Y ello pese a haber afirmado muy sagazmente en la introducción [13] que según el CP la legítima defensa putativa puede fundamentarla. La pregunta entonces es: Una legítima defensa putativa en la que el autor ha reaccionado de manera desproporcionada, ¿no es una legítima defensa incompleta tratable como atenuante a pesar de la ausencia del elemento esencial: en el ejemplo la agresión ilegítima? La distinción elemento esencial-elemento inesencial de las eximentes con varios elementos arranca de CÓRDOBA RODA (y de la jurisprudencia)⁸⁴ y es una constante que *supra* X 83 ss. hemos comenzado a intentar superar⁸⁵.

VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 201 ss., abundando en lo dicho en ADP, 1992, 561 ss. (*vid. supra* X 84), tras recordar que la eximente incompleta supone una disminución del grado de injusto o de culpabilidad de la eximente completa de que trae causa [201], y tras afirmar que para un sector de la doctrina y jurisprudencia el requisito que falte puede ser uno esencial, repite su tesis de que en las causas de justificación incompletas tienen que estar presentes sus elementos esenciales (la agresión ilegítima en la legítima defensa p. ej.)⁸⁶, pues sólo así (lo que no ocurre cuando el que está ausente es un elemento accidental: la proporcionalidad de la defensa en la legítima defensa, p. ej.) se justifica que la atenuación se base como se basa según él en la “presencia insuficiente de intereses preponderantes” [203]. Además, estando presentes los elementos esenciales, y ausente alguno accidental, p. ej. exceso doloso en la legítima defensa, quizá la atenuación deba ser sólo por vía de analogía [204]. Cuando la falta del elemento accidental ha estado condicio-

70

⁸⁴ *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 607; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 906 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 552; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 21, 111; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, cm. Art. 21. 1, 199; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 530 (refiriéndose a la legítima defensa). Aunque el propio CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 85, cita alguna STS en que no ha procedido así. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 21. 1, 721, recuerda muy oportunamente que la doctrina admite la eximente incompleta de legítima defensa por la mera ausencia del elemento subjetivo.

⁸⁵ En contra: DIEZ RIPOLLÉS, LL, 1993-2, 900. Sobre la doctrina mayoritaria: CEREZO MIR, PG, II⁶, 357 ss.

⁸⁶ Aunque reconoce que puede bastar con la mera representación subjetiva de ese elemento esencial [203].

nada por el miedo, entonces se aplicará el miedo insuperable como eximente, o como atenuante (eximente incompleta de culpabilidad) e incluso el mero arrebató, vía por la cual cabe acumular efectos atenuatorios de diversas eximentes incompletas: exceso intensivo más miedo superable, trastorno mental transitorio más exceso intensivo en la legítima defensa, etc. [204 s.]. Finalmente, en lo referente a causas de justificación incompletas, VALLE MUÑIZ ve un argumento a favor de la teoría restringida de la culpabilidad y en contra de la estricta finalista en el hecho de que mientras esta última debe tratar por igual el error sobre elemento esencial o inesencial de la causa de justificación, la restrictiva en cuanto considera que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación, es decir, sobre los elementos esenciales (!), da cuenta de que entonces en el primer caso (error evitable sobre elemento esencial) hay una disminución del injusto y la culpabilidad, en el segundo caso disminuye sólo la culpabilidad, no el injusto, lo que además explica la doctrina según la cual el error vencible sobre elemento inesencial del tipo de justificación da lugar a responsabilidad por imprudencia al que sumar la atenuación de culpabilidad, todo ello por la presencia del elemento esencial de la causa de justificación; con lo que se avala la teoría restringida de la culpabilidad.— Por lo que se refiere a las eximentes incompletas por disminución de la culpabilidad, concibe VALLE MUÑIZ las cuestiones relacionadas con la intoxicación por sustancia como susceptibles de graduación (de eximente plena a incompleta, análoga y atenuante genérica de adicción), tal como el miedo insuperable incompleto dará lugar a eximente incompleta siempre que no se reduzca a límites irrisorios [207 s.].— Sobre la concepción de VALLE MUÑIZ acerca de las eximentes incompletas y su tratamiento, *vid.* las consideraciones críticas *supra* X 84.

71 Elogian nuestro régimen de eximentes incompletas: Díez Ripollés, LL, 1993-2, 899 s. Entre los detractores se encuentran: Bacigalupe.

72 Sobre las eximentes incompletas *vid.* también Ruiz-Rico Ruiz-Morón, CDJ, 1995, VII, 94 ss.; Puig Peña, PG, II, 61 s.; Quintano Ripollés, CCP, 152 s.; Ferrer Sana, CCP, I, com. art. 9.1, 268 s.; Gimbernat Ordeig, PG, 81 s.; Antón Oneca, Derecho penal, 357 s.

b''. Las eximentes incompletas en particular

a'''. Legítima defensa incompleta

73 La ausencia del elemento objetivo de la *agresión ilegítima* estando presente el subjetivo (el autor supuso una agresión inexistente) y la ausencia del elemento subjetivo estando presente el objetivo (el autor ignoraba que la realización del tipo delictivo repelía una agresión ilegítima) darán lugar a la eximente incompleta de legítima defensa. De la misma manera que la agresión, real y conocida por el autor, que no llega a ser *ilegítima*, pero se le acerca, p. ej., broma pesada que ronda lo ilícito pero sin alcanzarlo, también.— Defectos referidos a la *racio-*

alidad del medio empleado para repeler la agresión ilegítima, la falta de *proporcionalidad* de la defensa respecto a la agresión, cuando no da lugar a la eximente de miedo insuperable (*vid. supra* XI 293), p. ej. legítima defensa de tercero no pariente, puede dar lugar a la eximente incompleta de legítima defensa, como asimismo la vulneración del principio de subsidiariedad (no empleo del medio menos drástico).— Finalmente, respecto al requisito de la *falta de provocación suficiente*, la *provocación dolosa* de la legítima defensa nunca dará lugar a la eximente incompleta, pues el ciudadano no lo comprendería, no debiéndose olvidar que la atenuación prevista para las eximentes incompletas en el art. 68, aunque muy generosa no deja de ser facultativa. La *provocación imprudente*, seguida del no empleo del medio menos drástico posible (p. ej. la huida) (*vid. supra* X 140 ss.), en cambio, dará lugar a la eximente incompleta.

Sobre los elementos que pueden faltar (y los que no) para justificar la legítima defensa incompleta: CEREZO MIR, PG, II⁶, 358 ss.; CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 83 ss. *Vid.* también ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. asrt. 21. 1, 201 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 358 s.

74

ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 52 ss., sostiene una interesante concepción de la legítima defensa incompleta según la cual, con la doctrina mayoritaria, entiende que no puede faltar elemento esencial (como la agresión ilegítima), pero se da cuenta (sagazmente) de que puede haber operado la creencia errónea de la agresión, respondiendo que, por excluir la culpabilidad, no la antijuricidad, se regulan sus efectos por la vía del art. 14. 1 [54 s.]; además, a diferencia de la doctrina dominante, descarta la legítima defensa incompleta en el caso del exceso consciente y voluntario y en el de la reacción excesiva (por vía de falta de provocación suficiente) [59].

75

b^{'''}. Estado de necesidad incompleto

La ausencia del elemento objetivo del *mal a evitar* en el estado de necesidad, estando presente el elemento subjetivo (el autor supuso la amenaza de un mal inexistente) y la ausencia del elemento subjetivo, estando presente el objetivo (el autor ignoraba que la realización del tipo delictivo evitaba un mal amenazante), da lugar a la eximente incompleta de estado de necesidad.— Puesto que el estado de necesidad justifica cuando el mal a evitar es mayor que el bien salvado y disculpa cuando es igual o menor, en el estado de necesidad de bienes jurídicos, y justifica cuando el mal a evitar es igual que el bien salvado y disculpa cuando es menor, en la colisión de deberes de actuar, quiere decir ello que cuando *se exceda* de los límites que fundamentan el hecho de que el *mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar*, se producirá un estado de necesidad incompleto, salvo que sea aplicable la eximente de miedo insuperable (p. ej. estado de necesidad de

76

bienes personalísimos propios o de allegados).— Respecto al requisito de la falta de *provocación intencional* del estado de necesidad, lo que quiere decir que el *imprudentemente provocado* exime de responsabilidad siempre (en lo que se refiere a la acción en estado de necesidad, no al posible delito que lo provocó), el *intencionalmente provocado* no da lugar ni siquiera a un estado de necesidad incompleto que el ciudadano no comprendería.— Finalmente, el incumplimiento de la *obligación de sacrificarse* podrá dar lugar (a ponderar) a la eximente incompleta salvo que la diferencia de males sea muy grande y/o la obligación incumplida muy vinculante (el mal temido por el obligado era insignificante mientras que la obligación que incumplió dio lugar o no evitó un mal grave: bombero que deja perecer a un niño por no causarse un leve rasguño).

- 77 Sobre los elementos que pueden faltar (y los que no) en el estado de necesidad *vid.* CEREZO MIR, PG, II^o, 147 s., 360 ss.; CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 155 (ampliamente). *Vid.* también ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21. 1, ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 359 s.; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 61 ss., con interesantes consideraciones (como en la legítima defensa incompleta).

c^o. Miedo insuperable

- 78 Esta eximente *no es apenas pensable como susceptible de aparecer en la forma de eximente incompleta* porque constituye ya una eximente incompleta (de legítima defensa y estado de necesidad) elevada ella misma a eximente, más allá de la mera atenuación. Se explica, así, incluso (*vid. supra* XI 307 s.), que baste el elemento subjetivo referido al mal y las formas de evitarlo para que, si la desproporción entre lo representado, lo real y la vivencia del sujeto no es muy grande, la eximente opere en toda su amplitud. Por tanto, se hace difícil pensar casos que sin constituir miedo insuperable plenamente eximente (que tan generosamente es tratado, además, en el derecho español) o legítima defensa y estado de necesidad incompletos, constituyan miedo insuperable incompleto, merecedores, además, de una atenuación tan elevada como la de las eximentes incompletas. No se comprendería, p. ej., que el miedo insuperable operara como eximente incompleta allí donde el mal temido y el mal ocasionado son muy desproporcionados (cuando lo es, el efecto es de plena eximente; *vid. supra* XI 293).

- 79 Sobre los elementos esenciales y accidentales del miedo insuperable en una concepción (mayoritaria) que estima posible la eximente incompleta *vid.* ampliamente CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 237 ss.; CEREZO MIR, PG, III, 148; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP I, com. art. 21. 1, 202; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 366; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 65 s.

d^o. Ejercicio del cargo

Respecto al *deber* o *derecho* del que nace el hecho constitutivo de delito justificado por el ejercicio de esta causa de justificación, puede estar ausente tanto el elemento objetivo (inexistencia, p. ej., de la competencia), estando presente el subjetivo (el funcionario, p. ej., se cree competente sin serlo), como a la inversa, en cuyo caso, en ambos, se puede aplicar la eximente como incompleta, salvo que la suposición sea descabellada.— Respecto a la acción realizada en cumplimiento del deber o derecho pertinente, vale todo lo dicho para la legítima defensa y el estado de necesidad en los aspectos que tienen en común: Así, p. ej., la falta de proporcionalidad entre lo autorizado a evitarse y el medio de hacerlo (empleo, p. ej. de arma de fuego por la policía) puede dar lugar a la eximente incompleta, salvo que la desproporción sea muy elevada.

80

Sobre los elementos que pueden faltar (y los que no) en el ejercicio del cargo *vid.* CEREZO MIR, PG, II6, 362 ss. (ampliamente); CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 279 ss.; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21. 1, 202 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 359; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 67 s.

81

e^o. Minoría de edad

En contra de una opinión extendida⁸⁷, la minoría de edad, que opera como eximente cuando la edad es inferior a dieciocho años (con remisión a la LORRPM; art. 19) y pretendió operar como circunstancia que podrá determinar también la remisión a la LORRPM cuando es inferior a veintiuno (art. 69)⁸⁸, puede operar como atenuante cuando aunque ni exima ni permita ya remitir a la LORRPM, es decir, cuando el joven tenga más de veintiún años, por su proximidad a esas edades (más de dieciocho y menos de veintiún años) podrá ser tenida en cuenta su inmadurez con los efectos ampliamente atenuatorios del art. 21. 1^a (obsérvese que este artículo no considera sólo como atenuantes de eximente incompletas a las del art. 20 que no eximan plenamente, sino a todas las del capítulo anterior, que incluye, además del art. 20, sólo al art. 19, eximentes de minoría de edad). Es cierto que el art. 68, al regular los efectos muy cualificados de la atenuante de eximente incompleta se refiere sólo a las eximentes del art. 21. 1^a, pero tras todo lo anterior está justificada la analogía favorable al reo dado que lo contrario implicaría reconocer una clara contradicción del legislador, perjudicial, además, para aquél.

82

⁸⁷ *Vid.* entre otros ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 21. 1, 199; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 24.

⁸⁸ Derogado en 2006.

- 83** En un excelente estudio de 1970, COBO DEL ROSAL, PACPFD-Jiménez de Asúa, 433 ss., demostró convincentemente la lógica inherente al entendimiento de la minoría de edad como atenuante de la r. a. [440 s.], inclusión hecha de la norma revolucionaria entonces (y por eso nunca aplicada) y precedente de lo que después ha sido (aunque frustrado también) régimen transitorio del mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, de la LORRPM, de facultad de sustituir la pena atenuada por internamiento educativo: con independencia de la alusión a los límites cronológicos de la edad como eximente y como atenuante, ello no excluye sino que a veces incluso exige ponderar la mayor o menor inmadurez del menor, en lo que, lógicamente, la propia edad cronológica, mayor o menor, influye en la reacción estatal, con criterio cuantitativo [455 s.]⁸⁹.

f^{'''}. Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio

- 84** Como ya se vio al estudiar la correspondiente eximente, de anomalía o alteración psíquicas, cuando sus característicos elementos biológico y normativo no concurren plenamente, para eximir, pueden producir un efecto atenuante, en su caso muy cualificado, con la cuantiosa atenuación del art. 68 (*vid. infra* XVII 207). Ejemplo de insuficiencia para eximir del elemento biológico puede ser una esquizofrenia leve o una demencia senil incipiente. Ejemplo de ausencia del elemento normativo puede ser el de una debilidad mental muy leve que, sin embargo, se plasma en una dificultad de adaptación a norma no inevitable pero sí relevante. Etc. Las neurosis, como se vio, también, incluso aparecen mucho más frecuentemente como atenuantes que como eximentes.
- 85** Por su parte, el trastorno mental transitorio, en cuanto que no es más que la alteración mental pasajera, no duradera, se explica también como incompleto, y, por lo tanto, de efecto sólo atenuante. En cambio, el supuesto más característico del trastorno mental transitorio, el de los afectos de alta graduación (*vid. supra* XI 129 ss.), no se trata como t.m.t. incompleto sino que es reconducido a la atenuante de estado pasional (de forma semejante a la ingestión de sustancia) (*vid. infra* XVII 97 ss.).
- 86** Sobre la eximente incompleta de enajenación y trastorno mental transitorio conforme a la r. a. *vid.* el amplio y excelente trabajo de CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 43 ss. *Vid.* también ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21. 1, 200 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 361 ss. Sobre la anomalía o alteración psíquica y el trastorno mental transitorio en la n. r., *vid.* ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 26 ss. (ampliamente).

⁸⁹ *Vid.* también ANTÓN ONECA, Derecho penal, 367 ss.

g^o. Intoxicación por consumo de droga o sustancia y síndrome de abstinencia

La intoxicación y el síndrome de abstinencia, en tanto en cuanto no son sino formas específicas y segregadas de anomalía, y al igual que allí susceptibles de graduación, pueden no alcanzar el grado suficiente para eximir, en cuyo caso pueden operar como atenuantes⁹⁰. En concreto, la jurisprudencia tiene declarado que un grado de intoxicación de alcohol en sangre, y siempre teniendo en cuenta otros factores más aleatorios, inferior a 1-1,5% suele tener efectos meramente atenuatorios. **87**

Una excelente exposición sobre el tratamiento jurisprudencial de todo lo relacionado con la ingestión de alcohol como eximente y atenuante con anterioridad a 1995 (*vid. supra* XI 135 ss.) puede encontrarse en OBREGÓN GARCÍA, AP, 38, 1993, 571 ss., quien ya aludió a una jurisprudencia desviada (e inadvertida) (STS de 1 de junio 1992) que admitía la embriaguez plena no fortuita como eximente incompleta (en el ámbito del trastorno mental transitorio). **88**

En cambio, el síndrome de abstinencia, que cuando es pleno constituye una auténtica anomalía (*vid. supra* XI 135), cuando no alcanza ese grado debe ser reconducido, más bien, a la atenuante específica de dependencia de sustancia (*vid. infra* XVII 94 ss.)⁹¹. **89**

MARTÍNEZ GALINDO, EPM-Valle Muñiz, 475 ss., pone de relieve cómo a partir de 1995 los tribunales se ven ante el dilema de considerar que casos de grave adicción a sustancia pueden incardinarse en el art. 20. 2 (intoxicación y síndrome de abstinencia) en su caso incompleto (art. 21. 2) o tienen que ser reconducidos siempre a la simple atenuante del art. 31. 6 (adicción a sustancia), pareciendo que el legislador está pensando en la segunda alternativa (siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO). Sobre los estados de intoxicación como eximente incompleta, *vid.* también ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias atenuantes*, 40 ss., ampliamente. **90**

h^o. Alteraciones de la percepción

Como se deriva ya de la redacción legal de la correspondiente eximente (completa), basta con que el defecto que origina la alteración de la percepción (ceguera o sordera) produzca una alteración de la conciencia de la realidad que no llegue a ser *grave*, para que la eximente opere como atenuante. **91**

⁹⁰ ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 723, ya asignaba a la embriaguez de la r. a. la naturaleza de circunstancia personal no extensible al partícipe.

⁹¹ Reconoce esta doble vía de atenuación en materia de influencia de sustancia, aunque no la comparte ni la vea necesaria, QUINTERO OLIVARES, PG³, 74 s.

- 92** Sobre la exigente incompleta de anomalía o intoxicación por sustancia y alteraciones de la percepción *vid.* ampliamente CEREZO MIR, PG, III, 102 ss. sobre las alteraciones de la percepción como exigente incompleta, *vid.* también ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 49 ss.
- 93** Sobre las exigentes incompletas como atenuantes, *vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 606 s.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 21. 1, 718 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 63 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 698 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 530 ss., 536 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 153 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 9. 1, 269 ss.; ARROYO ZAPATERO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 9. 1, 56 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 82 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 3125 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 496; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 335 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravante, 130 ss.; LUZÓN PEÑA, EPB, 697 ss.

b'. Relacionadas con exigentes

a'' Adicción a sustancia

- 94** Como ya se vio al estudiar todo lo relacionado con la exigente de intoxicación por sustancia y síndrome de abstinencia (*vid. supra* XI 135 ss.), que cuando operan como exigentes dan lugar a una auténtica psicosis, y que, ciertamente, cuando no alcanzan ese grado pueden operar como atenuantes, como se acaba de ver (*vid. supra* XVII 87 ss.) en caso de que el grado de sustancia en sangre no llegue a eximir plenamente, el legislador ha tenido a bien regular como atenuante específica, y no como exigente incompleta (sencillamente porque no lo es), lo que sería un grado insuficiente de síndrome de abstinencia exigente, no otorgándole un régimen tan benigno como el de las atenuantes de exigente incompleta⁹².
- 95** Hay dos posiciones contrapuestas en torno a la valoración que merece la segregación como atenuante específica de la adicción a sustancia de la intoxicación. La una valora positivamente la segregación; y la otra negativamente, estimando que basta con la simple graduación que va de la intoxicación plena exigente a la atenuante específica y la analógica: 1) Para OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 2, 648 ss., la adicción y sus efectos es paralela y de estructura

⁹² *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 497. De otro parecer: MIR PUIG, PG⁷, 608 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 553 s. *Vid.* con mejor criterio MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 905; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 21. 2, 112; ORTOS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21. 2, 203 s.; GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 21.2, 756 s.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 209; GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 92 ss.

semejante a la intoxicación y los suyos, y sus perturbaciones psíquicas equiparables, por lo que no se justifica el régimen penal menos benigno de la dependencia ni la diferenciación entre intoxicación y síndrome de abstinencia, dado que según OBREGÓN GARCÍA y una doctrina que él comparte, también el síndrome de abstinencia es una anomalía psíquica como cualquier otra, lo que habría evitado el problema actual de no tener previsto la imposición de la medida de seguridad del art. 104 [653 s.]. 2) Una posición intermedia sostiene PADILLA ALBA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 2, 681 ss., para quien la adicción y el síndrome de abstinencia constituyen “atenuante específica para la llamada delincuencia funcional”, esto es, la de quien delinque como consecuencia de su drogodependencia [685 s.], aunque ello no le impide cifrar su significado por aproximación a la intoxicación crónica, y a exigir alteración de las facultades volitivas, con consecuencias que dificultan la estimación de la atenuante como analógica, especialmente como muy cualificada [687 s.], y ello por su parificación con la intoxicación, en contra del mejor parecer del TS, más generoso con la atenuante. 3) Finalmente, ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 2, 689 ss., con mucho mejor criterio, no sólo alaba la especificación de la atenuante de drogodependencia [691], sino que además ha hecho un estudio extraordinario de cara a demostrar, con SsTS pioneras, la aplicabilidad en estos casos de medidas de seguridad a pesar de no contemplarse expresamente (y erróneamente) en el CP de 1995.— En realidad, resulta cuanto menos tentador pensar que si el legislador ha decidido crear una nueva atenuante específica de adicción a sustancia, habiendo ya como había y hay varias atenuantes genéricas relacionadas con la intoxicación por sustancia de difícil deslinde (intoxicación semiplena, trastorno mental transitorio y atenuante analógica), es porque ha querido abarcar también la llamada “delincuencia funcional”, de efecto criminológico tan patente, sin necesidad de efectiva alteración constatada.

Sobre la atenuante de adicción a sustancia, *vid.* también PUENTE SEGURA, Circunstancias, 355 ss., con argumentos dignos de tenerse en cuenta sobre la difícil aplicabilidad de medidas de seguridad en estos casos pese a simpatizar con la idea: 363 ss. *Vid.* también GANZENMÜLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 138 ss.; GOYENA HUERTA, e: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 79 ss.

96

b^o. Estado pasional

Algo semejante a la atenuante anterior ocurre con ésta, de estado pasional, respecto al trastorno mental transitorio originado por un afecto de alta graduación que no alcance el grado suficiente para eximir: que no es tratado como atenuante de eximente incompleta sino como atenuante simple, menos generosa⁹³.

97

⁹³ De otro parecer MIR PUIG, PG⁷, 608 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 554; DE VICENTE REMESAL, EPB, 133.

- 98 ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 701 s., asignaba ya al arrepentimiento u obcecación la naturaleza de circunstancia personal no extensible al partícipe.
- 99 En ambos casos, adicción a sustancia y estado pasional, el legislador ha huido, acertadamente, de ampliar demasiado el ámbito de las eximentes implicadas, contrarrestando su generosidad anterior. Ambas políticas, la generosidad primero y la “tacañería” después, están justificadas.
- 100 Para CARMONA SALGADO, *Arrebato u obcecación*, que hizo un estudio de la atenuante de la r. a. (del arrebato y del t.m.t.) a la luz de la jurisprudencia del TS [9, 14 ss.], de sus elementos, objetivo = el estímulo externo, y el subjetivo = arrebato u obcecación como efectos, su procedencia, intensidad y dirección, etc., que arroja resultados bastante pobres, el fundamento de la atenuante no puede ser otro que el de la *normalidad* de la reacción, en sentido de proporcionada, al estímulo afectivo sufrido, con exclusión de la reacción desproporcionada basada en algún tipo de patología, que habría de reconducirse por la vía del t.m.t. [78 ss.]⁹⁴. Sobre las relaciones de la atenuante con otras figuras, ampliamente, 83 ss. Por su parte, CORTÉS BECHIARELLI, *Arrebato u obcecación* (*vid.* también CORTÉS BECHIARELLI, en: COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, II, com. art. 21. 3, 699 ss.), después de hacer un amplio estudio de la evolución legal de la atenuante en los Códigos españoles [26 ss.; CCP, II, 701 ss.], para terminar aludiendo a la importante reforma en la materia habida en 1983 [81 ss.; CCP, II, 704 ss.], inclusión hecha de la refundición y derogación de tres atenuantes distintas anteriores como las de provocación y amenaza, vindicación de ofensa y motivos morales [97 ss.], analiza las emociones [150 ss.]; lo que le lleva a descartar la tendencia del TS proclive a exigir para la atenuante que además del estímulo perturbador externo esté presente una especial estructura psíquica [195 s.], siendo así que la ley no dice nada al respecto y la psiquiatría sabe que lo importante es cómo el estímulo afecte a la responsabilidad en cada caso sin necesidad de determinar *a priori* (como quiere hacer el TS) qué estímulos son válidos y cuáles no [202].— Según CORTÉS BECHIARELLI, la atenuante repercute sobre la imputabilidad, al reducir la capacidad de reaccionar y la voluntad [205 ss., 223], que debe atemperarse al caso individual, como corrobora la desaparición del término “naturalmente”, lo que desgraciadamente no tiene en cuenta el TS [226 s., 231]⁹⁵.— Sobre otros requisitos de la atenuante, como que el estímulo sea poderoso, deba proceder de la víctima o no, haya de provocar o no la reacción inmediatamente, sea lícito, etc.: 233 ss.— CORTÉS BECHIARELLI concluye que en realidad la atenuante contempla dos figuras distintas, el arrebato se relaciona con la emoción momentánea y la obcecación con la pasión duradera [290 s.; CCP, II,

⁹⁴ Más ampliamente sobre la relación entre la atenuante y el t.m.t., CARMONA SALGADO, ADP, XXXV, 1981, 438 ss.

⁹⁵ Sobre la interpretación jurisprudencial de la atenuante *vid.* también CCP, II, 719 ss. *Vid.* también, siguiéndole, OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), XXP, II, com. art. 21, 659 s.

710 ss.]⁹⁶ y sólo se distinguen del t.m.t. por su intensidad mayor o menor [298 ss., 308]⁹⁷.— Sobre su compatibilidad con la embriaguez: 310 ss., y con la alevosía: 325 ss.⁹⁸

MATALLÍN EVANGELIO, Arrebato, obcecación, tras realizar un excelente estudio de derecho histórico y comparado de la atenuante [31 ss., 65 ss.], analiza su concepto a la luz de las interpretaciones gramatical, psicológica, doctrinal y jurisprudencial de la misma, llegando a la muy esclarecedora conclusión en línea con lo que sostengo en materia de inimputabilidad: *vid. supra* XI 115, y dentro de esta específica atenuante, según la cual lo mejor que haría el legislador sería sustituir los términos que emplea (sinónimos todos) por la expresión de *alteración afectiva* [227]. En cuanto al fundamento de la atenuante, establece MATALLÍN EVANGELIO una especie de síntesis de dos tradiciones doctrinales sobre la cuestión según la cual el fundamento de la atenuante sería uno mixto de menor imputabilidad de la que se derivaría una menor necesidad de pena [233 ss., 270 ss.]. En el capítulo de la naturaleza jurídica de la atenuante, se aplica la autora a establecer su relación con el t.m.t., y siguiendo a MIR PUIG concibe el t.m.t. eximente y atenuante y la atenuante de arrebato u obcecación como magnitudes graduales del mismo fenómeno de merma de la imputabilidad por influencia de los afectos de alta graduación [287 ss., 299, 301 s.]. En la tercera parte de su obra, MATALLÍN EVANGELIO estudia los elementos del tipo de la atenuante (el estímulo, su efecto psicológico, etc.) [335 ss.], los casos de su no estimación por inherencia [366 ss.], su compatibilidad o no con otras circunstancias [371 ss.], su comunicabilidad o no [396 ss.], el error [398 ss.] y su aparición como analógica [400 ss.].

101

En su estudio del arrebato y la obcecación en la jurisprudencia del TS, ALONSO FERNÁNDEZ, Estados pasionales, tras pasar revista a la evolución histórica de la atenuante [13 ss.], se detiene a analizar cómo el TS la ha definido [33 ss.], celebrando una tendencia de la jurisprudencia recaída en la materia que en los años noventa es proclive a no aplicar el t.m.t. como eximente incompleta y sí la atenuante de arrebato u obcecación, revolviéndose pues contra la tendencia doctrinal y jurisprudencial a resolver salomónicamente con un criterio cuantitativo a la postre arbitrario [54 ss.]. Completa el estudio de ALONSO FERNÁNDEZ un amplio capítulo sobre los requisitos exigidos por la jurisprudencia para estimar la atenuante [76 ss.], varios sobre la compatibilidad o incompatibilidad con otras circunstancias [107 ss., 121 ss.], determinados tipos delictivos [135 ss.], el elemento subjetivo de la atenuante [147 ss.] y su posible estimación como atenuante muy cualificada [151 ss.] y analógica [161 ss.].

102

⁹⁶ Le sigue OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 655. Con mejor criterio, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 909, hablan de meras “ejemplificaciones” de estados subjetivos.

⁹⁷ En el mismo sentido, siguiéndole, OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 656.

⁹⁸ Sobre los requisitos de la atenuante *vid.* también OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 660 ss.

103 Sobre la atenuante de arrebató u obcecación *vid.* también el amplio y documentado estudio de PALOMO DEL ARCO, CDJ, 1995, VII, 167 ss. *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 148 ss.; ORTS BERENGUER, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 275 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 21. 3, 113 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 21, 3, 765 ss.; y en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, CPC (coords.), CPC, com. art. 9. 8, 64 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 86 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 316 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 497; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 375 ss.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21, 209 s.; PUIG PEÑA, PG, II, 106 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 545 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 422 ss.; CCP, 185 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 9. 8, 501 ss. (ampliamente); FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 9. 5-8, 301 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 373 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 142 ss.; MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), 115 ss.

b. Relacionadas con el comportamiento postdelictivo

104 En su extraordinario y amplio estudio sobre el *comportamiento postdelictivo*, sus modalidades relevantes en derecho penal y su fundamentación en el sistema, DE VICENTE REMESAL, Comportamiento postdelictivo⁹⁹, acota para empezar los dos grandes bloques de casos en que este comportamiento es relevante, que son: 1) El comportamiento posterior al delito, con su prototipo, el desistimiento de la tentativa, y un comportamiento semejante al del desistimiento malogrado, caracterizado por que el sujeto hace lo posible, en su representación, para evitar el resultado, sin conseguirlo, como en el desistimiento malogrado, del que se diferencia porque mientras en aquél (desistimiento malogrado) la consumación se produce, en éste no; supuesto al que como vimos (*vid. supra* XIII 251 ss.) se puede aplicar una atenuación muy calificada según doctrina mayoritaria (mientras que para nosotros la impunidad puede ser total) [49 ss.]. 2) La genuina atenuante de arrepentimiento espontáneo de la época en que DE VICENTE REMESAL escribe, convertida después en atenuantes de confesión y reparación [94 ss.].— El interés de esta clasificación estriba en que mientras que el desistimiento no requiere sino evitar algo, la consumación, en este sentido habla DE VICENTE REMESAL de comportamiento posterior al delito negativo, el arrepentimiento al que DE VICENTE REMESAL llama comportamiento posterior al delito requiere actos positivos que sin poder evitar el resultado, porque éste se ha producido ya, eviten o palién sus efectos, o restablecimiento del derecho [39 ss., 52 s.].— Circunscrito el estudio a partir de ahí al comportamiento posterior positivo, DE VICENTE REMESAL, tras hacer una exégesis del antiguo arrebató [94 ss.], con especial atención a la superación de la concepción moralizante del elemento arrepentimiento [96 ss.], al

⁹⁹ *Vid.* también el resumen de su pensamiento sobre este punto en: DE VICENTE REMESAL, EPB, 1088 ss.

que objetivizar, tal como en el derecho histórico (DE VICENTE REMESAL hace un estudio exhaustivo y excelente de varias figuras históricas en las que el comportamiento postdelictivo [122 ss.], precisamente por eso, por tener lugar después de la comisión del delito, no jugó papel alguno, y otras, no precisamente posteriores en el tiempo, en las que no sólo no se exigió el arrepentimiento moralizante, bastando con actos objetivos paliativos de los efectos del delito, sino que además se configuraron las atenuantes en cuestión aludiendo expresamente a algo equivalente a lo que hoy es la confesión y la reparación), aborda ya el autor su principal tema de investigación: la fundamentación de la atenuante en el contexto del sistema del delito y la pena. Para ello DE VICENTE REMESAL procede en varias fases: 1) En una, primera, expone ampliamente cuál ha sido la naturaleza exigida al arrepentimiento por la doctrina científica y jurisprudencia (antijuricidad, culpabilidad, punibilidad y política criminal) [131 ss.], para concluir que este punto nunca ha estado claro dado lo variado de los pronunciamientos doctrinales en la materia [181]¹⁰⁰. Precisamente por eso, por la necesidad de esclarecer tan fundamental cuestión, DE VICENTE REMESAL va a dedicarle el resto de su amplia monografía, es decir, más de su mitad. A tal efecto, hace un desarrollo pormenorizado y concluyente según el cual el comportamiento postdelictivo positivo no puede fundamentarse en una disminución del injusto ni de la culpabilidad indiciaria, con lo que tampoco puede tener una fundamentación en la determinación de la culpabilidad en sentido estricto conforme a la teoría del valor funcional (*Stellenwerttheorie*), por estar ya agotados injusto y culpabilidad en el momento de tener lugar el comportamiento postdelictivo, con lo que difícilmente podrían determinarlo o cuantificarlo, con especial alusión a algunas construcciones, como la de LANG-HINRICHSEN en Alemania, que amplían el campo del hecho delictivo precisamente con ese fin de dar cabida en él a consideraciones como las de esta atenuante de la pena [195 ss., 211 ss., 223 ss., 249 ss., 299 ss.], y llega DE VICENTE REMESAL a los fundamentales capítulos ocho y nueve de su magna obra en los que desarrolla su propia y sugestiva teoría sobre la naturaleza y fundamento del comportamiento postdelictivo positivo, para lo que estableciendo un oportuno y fructífero paralelismo con los casos en que el legislador ha resuelto en la PE, en tipos específicos, la cuestión acerca de qué significado darle (en cualquier caso, mucho) al comportamiento postdelictivo al estilo de la rendición en los delitos de rebelión y sedición (art. 226 II), supuestos ubicados (de “vía de escape” habla DE VICENTE REMESAL) en la punibilidad y basados en razones pragmáticas de interés social, y a aplicar con criterios puramente objetivos de mera concurrencia, llega a la conclusión de que la atenuante genérica de arrepentimiento sólo es concebible 1) mediando también una fuerte componente objetiva no de arrepentimiento moralizante ciertamente, pero sí de voluntad de colaborar en el restablecimiento del derecho y paliar el daño ocasionado, 2) fuera de la teoría del delito, incluido el escalón de la punibilidad, 3) basado en profundas razones de política criminal¹⁰¹, más concretamente de fines de la pena, haciendo consideraciones valiosísimas sobre las razones por las cuales tanto desde la

¹⁰⁰ Un estudio de derecho comparado, concretamente el alemán: 181 ss.

¹⁰¹ *Vid.* también ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21. 4, 207.

prevención general como la prevención especial está más que justificado el tratamiento que el CP hace del arrepentimiento espontáneo, hoy confesión y reparación.

105 Por su parte, POZUELO PÉREZ, Desistimiento y conducta postdelictiva, después de dedicar un capítulo a la determinación del concepto y significado de la consumación, por su importancia respecto al momento del comportamiento postdelictivo [283 ss.], inclusión hecha de los delitos de actividad y peligro, además de los de resultado [291 ss.], capítulo en el que concluye su naturaleza (de la consumación) formal e ideal [289, 290], y después de pasar amplia revista a los intentos de fundamentar el significado otorgado al comportamiento postdelictivo como motivo de atenuación [319 ss.], descartando incluso que el fundamento pueda residir en los fines de la pena como motivo de atenuación, y sí en todo caso de cara a la ejecución [373], procede a situar el fundamento de la reparación del daño [373 ss.] y la confesión [385] en motivos distintos, de fomento o promoción de la conducta de reparación con prontitud [383] y de agilizar la solución judicial del conflicto creado por el delito [389]¹⁰².

106 OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, 664 ss., por relacionar las atenuantes con la culpabilidad, encuentra dificultades a la hora de fundamentar las de reparación y confesión, debido a sus reticencias a introducir la idea de prevención en la determinación de la pena (circunstancias) (*vid. supra* XVII 41), acabando por relacionar la confesión con el fin pragmático del descubrimiento del delito [669] y la reparación con el desistimiento [670].

a'. Confesión

107 Este acto, de confesión, representa, junto con el posterior, de reparación, las manifestaciones más elocuentes de lo que hasta hace poco se reconocía en el propio CP como “arrepentimiento espontáneo”, y que no es otra cosa que la forma más directa y convincente de demostrar que quien cometió el delito quiere paliar al máximo, ya que no anular lo irreparable, los efectos del delito que cometió. La confesión, en este sentido, en cuanto supone facilitar la tarea del Estado una vez que el delito ha tenido lugar, ahorra a aquél la indagación para su esclarecimiento y lo coloca ya en condiciones de establecer las responsabilidades penales y civiles derivadas del mismo, con lo que el propio delincuente contribuye al máximo a la labor de pacificación social que persigue el Estado después de que se ha cometido un delito¹⁰³. Esta atenuante está llamada a ser tenida en cuenta como muy cualificada¹⁰⁴.

¹⁰² Sobre la función promocional del derecho penal *vid.* sus interesantes y oportunas consideraciones finales, 428 ss.

¹⁰³ El fundamento de la atenuantes es pues más amplio que el muy certero por lo demás, sólo que limitado, del fin pragmático del esclarecimiento del delito, como sostiene entre otros QUINTANAR DÍEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 4, 750.

¹⁰⁴ En este sentido ya: ALONSO FERNÁNDEZ, Atenuantes de confesión y reparación, 85 ss., con reflexión muy interesante sobre la atenuación analógica.

Según ALONSO FERNÁNDEZ, Atenuantes de confesión y reparación, la nueva atenuante de confesión se fundamenta (siguiendo a MUÑOZ CUESTA) en razones de política criminal, en tres aspectos de: a) facilitar la investigación, b) agilizar el procedimiento, y c) recompensar la colaboración del confesante.— Son tres las posibilidades de realizar la confesión en relación con la fase del procedimiento: 1) Antes de que se haya incoado procedimiento alguno; 2) Abierto el procedimiento en el que todavía no se haya determinado el culpable o, equivocadamente, se dirija contra inocente; 3) Dirigiéndose ya el procedimiento contra el culpable, éste sin embargo lo ignora en el momento de la confesión [48].— En contra de lo que dice este autor [51], siguiendo a la jurisprudencia y a MUÑOZ CUESTA, y como dice un amplio sector doctrinal, el atestado policial no es todavía procedimiento judicial, por lo que su existencia sin apertura aún del procedimiento, no impide la confesión con efectos atenuantes.— En cuanto al contenido de la confesión, sostiene ALONSO FERNÁNDEZ, 52 s., que debe servir al esclarecimiento de los hechos, no bastando la mera entrega, ni declaraciones que no faciliten el esclarecimiento del delito sino que lo dificulten, ni la confesión de la propia participación sin colaboración al esclarecimiento de los hechos realizados por otros partícipes (en contra de lo que opinan CALDERÓN SUSIN y ORTS BERENGUER).— Como bien dice ALONSO FERNÁNDEZ, 56, la confesión puede prestarla un tercero por encargo del culpable, siempre que éste no impida su deposición sin retrasar la terminación del procedimiento. Tampoco vale la confesión que no se mantiene a lo largo de todas las fases del procedimiento.— La autoridad ante la que se hace la confesión debe determinarse en sentido amplio [58 ss.].

108

Sobre los elementos de la atenuante *vid.* también las atinadas consideraciones de QUINTANAR DÍEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 4, 751 ss.

109

Sobre la atenuante de confesión *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 152 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 611 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 21. 4, 115 ss.; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (dir.), CCP, I, com. art. 21. 4, 208 ss.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 21. 4, 782 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 317 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 497 s.; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 668 s.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, cm. Art. 21, 210 s.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 399 ss.; MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 125 ss. (ampliamente).

110

b⁷. Reparación del daño

Más si cabe que la anterior, e, incluso abarcándola, esta atenuante representa el paradigma del comportamiento postdelictivo más positivo, lo que explica la proyección que está teniendo en la actualidad incluso como tercera vía junto a la pena y la medida de seguridad (*vid. supra* I 21). No cabe pensar en mayor cola-

111

boración de cara a mostrar aflicción por el delito cometido, que brindar la mayor colaboración de cara a paliar sus secuelas sobre la víctima y sus allegados, sobre todo cuando consta que la reparación va acompañada de sacrificios. También esta atenuante está llamada a ser entendida como muy cualificada¹⁰⁵.

- 112** ALONSO FERNÁNDEZ, *Atenuantes de confesión y reparación*, 44, pone de relieve que la nueva atenuante de reparación ha ampliado el período de reparación desde el inicio del procedimiento, antes del cual tenía que reparar el autor antiguamente, hasta la apertura del juicio oral en la actualidad.— Según ALONSO FERNÁNDEZ, 46, la nueva atenuante de reparación se basa en la protección o favorecimiento de la víctima (siguiendo a PUENTE SEGURA y MUÑOZ CUESTA).— Con anterioridad a la celebración del juicio oral significa, según ALONSO FERNÁNDEZ [65 s.], según el tipo de procedimiento, el último momento hasta el que está permitida la proposición de prueba acreditativa de tal reparación (inicio del acto de juicio en el procedimiento abreviado: art. 793. 2 LECr; presentación del escrito de calificación provisional en el procedimiento sumario: art. 728 LECr; fase de alegaciones previas de las partes al jurado, donde, comenzado el juicio, las partes pueden proponer nuevas pruebas para practicar en el acto: art. 45 Ley del jurado).— Como bien dice ALONSO FERNÁNDEZ, 67, la confesión tiene efectos más amplios que la reparación, ya que aquélla cabe en todos los delitos, y ésta no.— Acertadamente también, dice ALONSO FERNÁNDEZ, la reparación, partiendo de los preceptos legales sobre reparación civil, 69, debe entenderse en sentido amplio, incluida la reparación parcial de cierta importancia y en función de la capacidad del culpable [71].— Sobre si la petición de perdón puede cumplir un efecto reparador *vid.* ALONSO FERNÁNDEZ, 72 s.— Sobre la repercusión en esta problemática de la existencia de seguros: 73 ss.— La reparación puede hacerla un tercero en nombre del acusado: 76.
- 113** Sobre los requisitos de esta atenuante *vid.* también QUINTANAR DíEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 5, 758 ss., que ve su fundamento en razones de prevención general (positiva) y especial (menor peligrosidad del delincuente) [758]. *Vid.* también Antonio BERISTÁIN IPIÑA/Antonio GIMÉNEZ PERICÁS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 5, 773 ss. ss.— Sobre sus antecedentes: BERISTÁIN IPIÑA/GIMÉNEZ PERICÁS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 5, 769 ss.
- 114** Sobre la atenuante de reparación *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 155 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 612; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 21. 5, 117 s.; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21. 5, 210 ss.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 21. 5, 794 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 317 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 498; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 671 ss. Sobre los requisitos de la atenuante

¹⁰⁵ En este sentido ya ALONSO FERNÁNDEZ, *Atenuantes de confesión y reparación*, 85 ss.

vid. también ampliamente BERISTAIN IPIÑA/GIMÉNEZ PERICÁS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 5, 775 ss.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 21. 211 s.; PUENTE SEGURA, *Circunstancias*, 406 ss.; MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias atenuantes*, 137 ss. (ampliamente).

c'. Aspectos comunes a ambas atenuantes

ALONSO FERNÁNDEZ, *Atenuantes de confesión y reparación*, 11 ss., hace referencia a la cantidad ingente de supuestos de la PE en los que el comportamiento posterior reparador y de colaboración con la justicia obtiene efectos eximentes y altamente atenuantes respecto a delitos en particular, antes ya de 1995. **115**

Sobre la situación del *arrepentimiento espontáneo*, que con posterioridad a 1995 se ha desglosado en confesión y reparación *vid.* ALONSO FERNÁNDEZ, 30 ss.— Sobre cómo ya antes de 1995, a favor de la terminología, la jurisprudencia (y la doctrina) hizo una interpretación no moralizante ni actitudinal del “arrepentimiento” *vid.* también ALONSO FERNÁNDEZ, 25 ss.— Sobre el fundamento del arrepentimiento antes de 1995, en doctrina española, derecho comparado y jurisprudencia *vid.* ALONSO FERNÁNDEZ, 37 ss, con especial énfasis en las razones utilitaristas de política criminal¹⁰⁶.— Una excelente exposición histórica sobre los precedentes de la actual atenuante de confesión puede verse en QUINTANAR DÍEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 4, 730 ss. **116**

Cabe aplicar ambas atenuantes al delito imprudente: ALONSO FERNÁNDEZ, 80.— Ambas atenuantes son compatibles: ALONSO FERNÁNDEZ, 97 ss. **117**

Sobre el arrepentimiento espontáneo con anterioridad a 1995 *vid.* DE SOLA DUEÑAS, ADP, XXIV, 1971, 413 ss., que hizo un buen estudio de los distintos sistemas de articularlo legalmente, su evolución en la legislación española y en la doctrina, española y comparada, su fundamento político-criminal [430] e intelección de sus elementos esenciales, sobre todo los de “arrepentimiento” y “espontáneo” a los que concibió en términos no moralizantes y a deducir de hechos externos del tipo de los que después, en 1995, han servido para reconstruir la figura. **118**

Vid. también BAEZA AVELLONES, CPCr, 9, 1979, quien tras ver el fundamento de la atenuante en la adecuación de la pena a sus fines [16], realiza un excelente estudio del aspecto objetivo (en el que alude a las conductas postdelictivas después legalizadas, de reparación del daño en lo posible y confesión) [17 ss., 46] y subjetivo (desmoralizando la idea de “arrepentimiento” y entendiendo la “espontaneidad” **119**

¹⁰⁶ *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 910 s. Assignaba ya al arrepentimiento espontáneo la naturaleza de circunstancia personal no extensible al partícipe, ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 739 s.

asépticamente, como ausencia de coacción y no exclusión de fines utilitarios) [24 ss., 37], reflexión sobre el aspecto temporal de la atenuante [38 ss.], exigencia de relación de causalidad entre el arrepentimiento y la conducta reparadora [49] y relevancia, dentro de su peculiar régimen de determinación de la pena, del arrepentimiento en la imprudencia [49 ss.].

120 CALDERÓN SUSSIN, Arrepentimiento espontáneo, hizo en vísperas de la reforma de 1995 un exhaustivo estudio de la anterior regulación: derecho comparado y evolución histórica [61 ss., 119 ss.]; requisitos [179 ss.]; comunicabilidad, compatibilidad y ámbito de aplicación [250 ss.].

121 POZUELO PÉREZ, CPCr, 65, 1998, después de establecer las diferencias entre las nuevas atenuantes y la anterior de arrepentimiento [404], y recordar desdoblamientos anteriores del derecho penal español [405 ss.], sostiene que el principio inspirador de una y otra de las nuevas atenuantes es distinto [407 ss.], que la reparación del daño absorbe a la desaparecida de “satisfacción del ofendido” [412 ss.], lamentando la falta de alusión en la redacción de las nuevas atenuantes a cualquier elemento subjetivo, por supuesto más allá del “arrepentimiento” [414 ss.], y, tras terciar en la polémica acerca de si basta disminuir los efectos del delito para estimar la reparación [428 ss.], se detiene en determinados aspectos del momento cronológico de cada una de ellas [431 ss.]¹⁰⁷.

122 Una amplia revisión de los elementos del anterior arrepentimiento espontáneo a la luz de la doctrina del TS, puede verse en CAMPO MORENO, CDJ, 1995, VII, 284 ss., quien además pone en relación a la atenuante con la misma figura del “arrepentimiento” [309 ss.].

123 Sobre la anterior circunstancia de arrepentimiento espontáneo *vid.* también PUIG PEÑA, PG, II, 121 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 547 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 425 ss.; CCP, 189 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 9. 9, 516 ss. (ampliamente); FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 9, 314 ss.; ARROYO ZAPATERO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), CPC, com. art. 9. 9, 66; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 89 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 379 ss.; MARTÍNEZ VAL, RGLJ, 1957, 453 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 395 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/SOTO NIETO, en: Eximentes, atenuantes y agravantes, 150 ss.

c. Relacionadas con los dos bloques anteriores: atenuante por analogía

124 Esta peculiar figura de nuestro régimen penal¹⁰⁸ es manifestación de que en derecho penal cabe la analogía a favor del reo, pese a que algunos lo cuestionan en nombre del perjudicado por el delito. En realidad, ambas pretensiones del

¹⁰⁷ *Vid.* también Desistimiento y conducta postdelictiva, 390 ss.

¹⁰⁸ Sobre la evolución histórica de la atenuante analógica *vid.* DEL RÍO FERNÁNDEZ, CDJ, 1995, VII, 344 ss.

Estado, juzgar con benevolencia y satisfacer a la víctima, son armonizables en un sistema como el español, donde las atenuantes genéricas nominadas están tan relacionadas con las causas de exclusión del injusto y de la culpabilidad, y, por tanto, tan estudiadas o tan estrechamente referidas al comportamiento postdelictivo, que las posibilidades de abusos son muy pocas. La cláusula, en cualquier caso, abre muchas menos posibilidades de discrecionalidad que las innominadas de “gravedad del hecho y personalidad del delincuente”.

Con independencia de que la cláusula del art. 21. 6 sea una excepción a la prohibición de analogía en nuestro derecho, como algunos piensan, o mero reconocimiento expreso de un principio general válido, cuestión doctrinal de la que no se deriva efecto alguno, es lo cierto que la atenuante analógica, en contra de lo que ha hecho el TS durante mucho tiempo, no se limita a reconocer las atenuantes anteriores cuando les falta algún requisito para ser reconocidas como tales, sino que incluye atenuantes nuevas no abarcadas entre las nominadas, pero semejantes a algunas de ellas. La analogía es pues *cuantitativa*, la nominada no se da plenamente, y *cualitativa*, la nueva es semejante a alguna de las nominadas¹⁰⁹. **125**

En su excelente Atenuante de análoga significación, ORTS BERENGUER¹¹⁰, después de ubicar la atenuante analógica en el contexto del arbitrio judicial y la analogía [3 ss., 9 ss.] en el que se sitúa toda la problemática y función de las circunstancias en general y de las atenuantes en particular [25 ss., 30 ss.], estudia el fundamento y función de la atenuante analógica [43 ss.], a la luz de la doctrina científica [43 ss.], con la que concluye que su función es la misma que la de las nominadas: individualizar la pena más allá de estas últimas (las nominadas), lo que no se compadece con la praxis jurisprudencial que utiliza la atenuante analógica para reconducir a ella las nominadas a la menor oportunidad [54 s., 58 ss.]. Su eficacia además, concluye ORTS BERENGUER, es la misma de las anteriores, pudiéndose estimar incluso como muy cualificada [58]. Por lo que se refiere a la interpretación de los términos “de análoga significación”, los entiende el autor [63 ss., 75 ss.] como fórmula intermedia entre la ejemplificación casuística y la absoluta indeterminación. La segunda parte del libro de ORTS BERENGUER, de un gran valor, comprende sendos capítulos dedicados a la jurisprudencia recaída en la materia, referidos a los requisitos exigidos [83 ss.], circunstancias a las que afecta [117 ss.], incluida una reflexión sobre la posibilidad de estimar eximentes por analogía, que el autor descarta [126 ss.], análisis de casos en los que la atenuante por analogía ha sido estimada [133 ss.] y desestimada [165 ss.], con criterios finales muy útiles. **126**

¹⁰⁹ En esta línea ya: CEREZO MIR, PG, II6, 368 s.; siguiéndole: Díez RIPOLLÉS. *Vid.* también, siguiendo a ORTS BERENGUER, DEL RÍO FERNÁNDEZ, CDJ, 1995, VII, 347 ss., 351, 352 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 912 s.; OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 674 s.; DE VICENTE REMESAL, EPB, 135 s.; GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias atenuantes*, 147 ss., con muy atinadas consideraciones sobre la jurisprudencia (¡leer!).

¹¹⁰ *Vid.* también, ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 21. 6, 212 ss.

127 MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA, PJ, 2ª época, 33, 1994, después de reconocer las críticas de la doctrina científica a la tendencia jurisprudencial a no aplicar la atenuante más allá de las reconocidas expresamente cuando no se dan completas [109 s.], pone de relieve una línea del TS tendente a reconocer nuevas atenuantes al amparo de la cláusula del art. 21. 6 [111 s.], pero critica la STS de 14 de diciembre 1991, que reconoce como atenuante analógica la “vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, por carecer, al parecer de la autora, siguiendo a VIVES ANTÓN, de analogía alguna con las atenuantes nominadas [113]¹¹¹. MÁRQUEZ DE PRADO Y NORIEGA presenta al final [114 ss.] un interesante resumen de SsTS recaídas desde 1981 en aplicación de la atenuante analógica.— Propone una línea intermedia entre la máxima y la mínima posibilidad de extender la analogía, MIR PUIG, PG⁷, 613, que debe alcanzar al *elemento* y a la *razón*.— De analogía en el fundamento entre alguna de las atenuantes reconocidas legalmente y la nueva que se quiere reconocer, habla muy convincentemente ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 6, 793 ss., 794, siguiendo a MIR PUIG (¡leer!); casos en que se ha aplicado: 796 ss. *Vid.* también VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP com. art. 21, 213.

128 Sobre la praxis del TS en la aplicación de la atenuante analógica *vid.* también: CEREZO MIR, PG, II⁶, 367 ss.— Sobre los requisitos que el TS requiere para estimar la atenuante analógica y sobre las atenuantes nominadas con las que ha establecido analogía, inclusión hecha de alguna nueva que él propugna, como la compra compulsiva, *vid.* ampliamente DEL RÍO FERNÁNDEZ, CDJ, 1995, VII, 360 ss.— Sobre la atenuante analógica *vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO dir.), CC, com. art. 21. 6, 118 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 428 ss.; CCP, 193 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 9. 10, 532 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 9, 10, 320 ss.; RUIZ ANTÓN, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), CPC, com. art. 9. 10, 67 s.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 90; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 318; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 498 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 381 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 419 ss., con amplia casuística: 427 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORA-TALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 164 ss., con amplia casuística jurisprudencial (¡leer!).

¹¹¹ En contra también de reconocer las dilaciones indebidas como atenuante analógica, ORTEGA LLORCA, CDJ, IX, 1992, 55 ss., inclinándose por el indulto [58 s.]. A favor de reconocerlas al amparo de la atenuante analógica, que es la tesis de BACIGALUPO ZAPATER, con sólidos argumentos: GRANADOS PÉREZ, CDJ, IX, 1993, 204 s. *Vid.* también MARTÍNEZ ARRIETA, PCRPH-Del Rosal, 827 s.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 1, 800 ss. (¡leer!). Fundamental: MORENO Y BRAVO, LH-Bacigalupo, I, 549ss. Una breve exposición sobre lo que supone el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, los requisitos para estimar su vulneración, su trascendencia penal por vía de analogía (STS de 8 de junio 1999) y, sobre todo, su posibilidad de reconocimiento como muy cualificada (SsTS de 4 de abril 2002 y 32/2004, de 22 de enero), puede verse en LOZANO MIRALLES, LAH-González-Cuellar García, 339 ss.

C. Las agravantes en particular

a. Alevosía

La alevosía es el supuesto más claro y de mayor raigambre histórica¹¹² de agravante basada en la seguridad que el agente añade a su voluntad de lesionar el bien jurídico, en nuestro caso del delito contra las personas. La razón por la cual agravar la responsabilidad de quien agredirá físicamente a otro no puede basarse en que la víctima no sea consciente de que está siendo agredida (puestos a ser agredidos, todos desearíamos no enterarnos previamente). Por eso, el acento no estriba en la situación de la víctima, sino en la maniobra del autor para aquel efecto sorpresa^{113 114}, de donde cabe extraer la conclusión de que no hay necesidad de entender, en contra de lo que sostienen jurisprudencia y doctrina, que la defensa a evitar haya de ser exclusivamente la del atacado, pudiendo ser efectivamente tanto la de éste como la del tercero a quien se encomienda la custodia¹¹⁵, lo que incluye burlar la vigilancia del adulto que cuida de un niño de corta edad, escolta que protege a personalidad, etc.¹¹⁶. Por eso, tampoco basta con que el autor aproveche la situación en que se encuentra, sino que ha de buscarla¹¹⁷, lo que incluye la mera espera a que la situación se produzca.

129

En su monografía sobre la alevosía, ALTÉS MARTÍ, después de pasar revista a la agravante en el derecho histórico [5 ss.], respecto al que si bien la definición actual se consolida ya en 1870, la evolución de la interpretación de su concepto dogmático [7] evidencia, lo que podemos corroborar incluso hoy mismo, que la intelección de sus elementos constitutivos, como en seguida veremos, ha variado a lo largo del tiempo, y después de abordar el problema de su fundamento y naturaleza jurídica [47 ss.], que ALTÉS MARTÍ resuelve en el sentido de entender que su fundamento es uno basado en razones de política criminal y que su naturaleza, dentro de la amplia polémica doctri-

130

¹¹² Sobre los aspectos históricos, legales y doctrinales, de la alevosía *vid.* ampliamente ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 469 ss. Sobre su historia *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 376 s.; MARTÍN GONZÁLEZ, *Alevosía*, 7 ss.

¹¹³ Así también CEREZO MIR, PG, II⁶, 377; MIR PUIG, PG⁷, 618 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 911; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 1, 123; CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 1, 219; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 219. Matizadamente DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 818, siguiendo a CÓRDOBA RODA.

¹¹⁴ La agravante en cualquier caso tiene muchos detractores: CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 1, 222.

¹¹⁵ De otro parecer la doctrina dominante: CEREZO MIR, PG, II⁶, 377.

¹¹⁶ RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 1, 815 s., recuerda que el APCP 1992 trató de reconocer explícitamente como alevosía el ataque a “persona absolutamente indefensa”. *Vid.* también DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 800 s.; DE VICENTE REMESAL, EPB, 48 s., 50.

¹¹⁷ Así también CEREZO MIR, PG, II⁶, 373 s.

nal y jurisprudencial al respecto, de objetiva, subjetiva o mixta, es una que, según él, aunque parte de la presencia de un elemento objetivo que la constituye, no permite prescindir de un elemento subjetivo para su apreciación, en el sentido de que sólo así: “en cuanto actúa sobre la psique del autor” “adquiere su propia dimensión”, no teniendo inconveniente (aunque él no lo ve así) en asumir que su teoría de la alevosía sea tildada de subjetivista [82]¹¹⁸, destacando un argumento que utiliza para explicar la ambigüedad de la jurisprudencia a la hora de establecer su naturaleza jurídica¹¹⁹, ya que concluye que si el CP contuviese un nuevo elemento caracterizador del asesinato, constituido por el hecho de que la víctima haya sido un anciano, un niño o una persona desvalida, se habría comprendido mejor la esencia de la alevosía [99 ss.]; y, después de establecer el ámbito de aplicación de la agravante, es decir, cuáles son los delitos contra las personas de la PE del CP en los que cabe estimarla [103 ss.], aborda ya el arduo problema de los elementos del tipo de alevosía, comenzando por su parte objetiva y después la subjetiva.— Dentro del aspecto objetivo de la alevosía, estudia ALTÉS MARTÍ cuáles son los medios, modos y formas de ejecución del delito que pueden constituir la alevosía. Sus conclusiones son: 1) La alevosía no cabe en los delitos de omisión [123] ni cuando pese a actuar el autor de forma activa, la ejecución se persiguió por medios fraudulentos, es decir, mediante engaño [123 s.]¹²⁰; 2) Además, puesto que la ventaja para el delito ha de obtenerla el autor del empleo de los medios típicos, no cabe alevosía respecto al estado en que se encuentra la víctima antes de comenzar a actuar el autor, de ahí la conocida construcción doctrinal y jurisprudencia, que ALTÉS MARTÍ comparte, de que no es alevosa la muerte de recién nacidos, durmientes, etc. [124 s.]; 3) Por otra parte, la alusión del tipo a “ejecución” del delito obliga a entender que su empleo (de la alevosía) debió coincidir con el del comienzo de la ejecución del delito y su terminación, no antes ni después, no bastando siquiera el aprovechamiento de la ventaja obtenida como consecuencia de un cambio en el propósito delictivo del autor [126 ss.], coincidiendo con CÓRDOBA RODA¹²¹, que había criticado la concepción mayoritaria, en que durante la ejecución de la actividad delictiva puede surgir una nueva decisión que entrañe la alevosía (STS de 12 de septiembre 1924: después de violar a la víctima el autor la acomete con arma blanca y mata en condiciones de que nadie pudiera socorrerla), quedando un problema de prueba de la alevosía, en el que por cierto no caben presunciones ni inter-

¹¹⁸ En el mismo sentido, siguiéndole, CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 1, 218, 219. *Vid.* también PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 219; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 1, 813; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 813. A favor de una interpretación objetivista de la agravante ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 494.

¹¹⁹ *Vid.* también MARTÍN GONZÁLEZ, *Alevosía*, 46.

¹²⁰ En el mismo sentido DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22.1, 804. Con buen criterio, entiende DE VICENTE REMESAL, EPB, 50, que el empleo de veneno puede constituir alevosía.

¹²¹ *Vid.* también PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 233; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 804. Dudando, RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 1, 817.

pretaciones extensivas de los modos con que se constituye la alevosía [130 ss.].— A continuación, respecto al elemento del tipo medios que “tiendan” a la doble finalidad de asegurar la ejecución y la indefensión de la víctima, entiende ALTÉS MARTÍ que la voz “tiendan” incluye un aspecto objetivo, los hechos deben propiciar acentuadamente el resultado, y otro subjetivo, de dirección final del autor; además, en coherencia con lo anterior, no es el resultado el motivo dominante para la estimación de la alevosía, sino el empleo con ese fin de los medios que aseguren la ejecución sin riesgo para el autor; entendiéndose por aseguramiento de la ejecución (con CÓRDOBA RODA) sin riesgo, no el del resultado sino el del riesgo que pueda provenir de la defensa de la víctima, es decir, antes, durante o después de la agresión del autor, si bien ALTÉS MARTÍ se niega a admitir la alevosía con posterioridad a la ejecución [144]¹²².— Finalmente, por lo que se refiere al tipo objetivo de alevosía, se ocupa ALTÉS MARTÍ de cómo entender el elemento riesgo procedente de la defensa del ofendido, aspecto en el cual, con la doctrina mayoritaria, plasmada elocuentemente en las SsTS de 27 de diciembre 1878 y 28 de agosto 1913 (atentados contra Alfonso XII y Alfonso XIII), entiende ALTÉS MARTÍ que el riesgo que se teme no puede ser el de un tercero (p. ej. escolta) ajeno a la víctima [147]¹²³.— En lo que se refiere al elemento subjetivo¹²⁴, éstas son las conclusiones de ALTÉS MARTÍ: 1) La alevosía no contiene un ánimo especial (cobardía, traición); 2) pero sí la representación subjetiva (elemento intelectual) y el fin (elemento volitivo) de medios que tienden directamente a reducir la defensa de la víctima y utilizados con ese fin; 3) el error en el objeto y el golpe son irrelevantes, pero el error sobre los medios mismos no, de manera que si ignoraba la indefensión en que colocaba a la víctima el autor, no se podrá aplicar la alevosía, y sí, en cambio, cuando aquél creyó haber sorprendido a la víctima sin conseguirlo realmente [156 s.]; 4) la alevosía es sólo extensible al partícipe que no sólo conoce el empleo de esos medios por el autor sino que además los asume voluntariamente¹²⁵; 5) la alevosía es incompatible, según ALTÉS MARTÍ, con los estados pasionales que excluyen la voluntad [165].— En el capítulo de las incompatibilidades, admirablemente estudiado por ALTÉS MARTÍ, la ve compatible con la agravante de precio [178], abuso de confianza [244], auxilio de persona [255], nocturnidad [264], despoblado [266], y con las atenuantes de legítima defensa incom-

¹²² Vid. al respecto DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 811 s.

¹²³ Sobre la casuística a la que el TS ha aplicado la alevosía *vid.* MARTÍN GONZÁLEZ, Alevosía, 129 ss., 145 ss.

¹²⁴ Vid. también DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 814 ss.

¹²⁵ A favor de la extensibilidad al partícipe que meramente conoce su concurrencia en la conducta del autor, ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 494 s. Sobre esta problemática *vid.* también MARTÍN GONZÁLEZ, Alevosía, 171 ss. *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 893; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDIA ESPINAR (dir.), PG, 911 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 1, 124; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CN-CP, com. art. 22, 231 ss.; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 827 s.

pleta [289], enajenación mental incompleta [295], embriaguez [297], arrebato [303] y arreptimiento espontáneo [304]^{126 127}.

131

Por su parte, SEGRELLES DE ARENAZA, CPCr, 57, 1995, 763 ss., concibe la alevosía como acción autónoma que acompaña a la acción ejecutiva del delito principal consistente en aprovechar la situación de indefensión en que se encuentra la víctima en cualquier momento de la ejecución de la acción principal [766 ss., 782 ss., 786], de donde va a extraer la conclusión de que no puede constituir alevosía un comportamiento omisivo [786 ss., 788]¹²⁸. Que los actos constitutivos de la alevosía *tiendan* al aseguramiento de la ejecución del delito significa que los medios empleados a través de la acción alevosa se dirijan a asegurar la ejecución, no estando abarcado por esa tendencia el “sin riesgo que pueda provenir de la defensa de la víctima”, ya que entonces bastaría su presencia para darse completa la agravante, siendo así que una tesis posterior del autor es la de que “sin riesgo” es un elemento objetivo *ex post*, que por tanto restringe el ámbito de la alevosía [792 ss., 798 s.]¹²⁹. En cambio, dada la dicción legal, los medios para asegurar la ejecución frente a la posible defensa de la víctima deben ser idóneos *ex ante*, para un observador objetivo [799 ss., 803]¹³⁰. Finalmente, completa el tipo objetivo de la alevosía la cláusula *sin riesgos*, que concebida por SEGRELLES DE ARENAZA separada de la acción, y considerada “*ex post*”¹³¹, no requiere necesariamente la ausencia de defensa de la víctima (da por supuesto que no la de un tercero)¹³², pudiendo bastar que la defensa no supondrá peligro para el agresor. La alevosía sólo cabe hasta la ejecución, aunque sea pensable la posterior al delito [816] y no admite el grado de tentativa [817]. Por lo que se refiere al tipo sub-

¹²⁶ Vid. también MARTÍN GONZÁLEZ, Alevosía, 185 ss., sobre los delitos a los que es aplicable y a los que no: 97 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 1, 124; CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 1, 221 s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 226 ss.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 1, 816 s.; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 822 ss.; DE VICENTE REMESAL, EPB, 49.

¹²⁷ En contra de la compatibilidad de la alevosía con la riña tumultuaria, CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 1, 222; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 812 s.

¹²⁸ En el mismo sentido, siguiéndole, DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 802 s.

¹²⁹ Con mejor criterio, relacionando directamente ambos elementos, DE VICENTE REMESAL, EPB, 49, y conformándose para ambos con la tendencia a ese fin [50].

¹³⁰ En el mismo sentido, siguiéndole, DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 806 s.

¹³¹ Vid. las consideraciones críticas que hace DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 1, 808 s., 810 s.

¹³² Pero el ejemplo que aduce para restringir mejor que la doctrina mayoritaria la alevosía frente a la defensa de tercero [811 s.]: no se trata de asegurar que la víctima no se defiende sino de asegurar la realización del hecho, parece avalar lo contrario: Si A, pistola en mano frente al escolta de delante de la víctima, ataca con un cuchillo a la víctima, por detrás, según la doctrina general habrá que estimar alevosía, pero según SEGRELLES DE ARENAZA, no. Con buen criterio, no identifica alevosía con traición (puede haber alevosía si traición), DE VICENTE REMESAL, EPB, 49.

jetivo, SEGRELLES DE ARENAZA sostiene que el dolo ha de abarcar el aseguramiento de la ejecución pero no necesariamente que sea sin riesgo, que sería una especie de condición objetiva de punibilidad [823 s.], sin que por lo demás contenga un *animus* especial [826]. El error sobre la situación real de aseguramiento es irrelevante [834] como la *aberratio ictus* [836].

En su excelente estudio sobre la alevosía, GÓMEZ RIVERO, RDyPP, 4, 2000, después de acotar la diferencia entre la alevosía y las circunstancias que debiliten la defensa, con base en la focalización agresor-víctima (alevosía) no tan restringida en la otra agravante, anulación de la posible defensa (alevosía) frente a mera debilitación en la otra y ampliación a la impunidad del delincuente en la segunda y ausente en la primera [38], y no exigir un móvil en la alevosía que vaya más allá del dolo de aprovecharse realmente de la situación creada [39], cree posible caracterizar mejor todavía a la alevosía con base en el término *emplear* que aparece en la alevosía frente al término aprovechar que aparece en la otra circunstancia [40]: Sólo cuando el autor acuda de forma opcional a método comisivo no consustancial al fin pretendido, habrá alevosía, tal como cuando se limita a aprovecharse de una circunstancia que si bien le beneficia no pueda cambiar ni optar por ella frente a otras disponibles, habrá circunstancia que debilite la defensa [41]. De ahí que, frente a la doctrina dominante, haya alevosía allí donde el autor busca deliberadamente agredir a una persona vulnerable (p. ej. STS de 2 de abril 1993: el autor se granjeaba la confianza de personas ancianas y solitarias para agredirles) [41 ss.]; algo parecido puede decirse, según la autora, de la búsqueda de lugar despoblado u oscuro para cometer el delito [44 s.]. De ahí que no quepa cuando la víctima conoce el fin y el medio con que el autor realiza la circunstancia de alevosía [46] y que, en contra de lo que sustenta un sector doctrinal¹³³, no quepa la alevosía allí donde el delito se comenzó a cometer sin alevosía y en el transcurso del mismo surgió la sorpresa para la víctima, ya que entonces difícilmente cabe hablar de que el autor haya aportado algo [47 s.]; y que haya que dudar (sin descartarla) de la existencia de alevosía en la conducta de quien parte inicialmente de una situación de inferioridad de fuerza (p. ej. de mujer contra marido) [49 s.]

Sobre la alevosía *vid.* también ampliamente MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias agravantes*, 25 ss. Una excelente exposición sobre la interpretación de la alevosía en la jurisprudencia del TS puede verse en: PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 220 ss. *Vid.* también PUIG PEÑA, PG, II, 138 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 555 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 434 ss.; CCP, 203 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10 1, 543 ss. (ampliamente); FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 10. 1, 330 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 10. 1, 69 ss. (ampliamente); GIMBERNAT ORDEIG, PG, 91 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 499 s.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 385 ss.; PUENTE SEGURA, *Circunstancias*, 445 ss. (ampliamente).

¹³³ En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 1.

mente); GANZENMÜLER ROIG/ESCUADERO MORATALA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 187 ss.

b. Circunstancia que debilite la defensa o facilite la impunidad¹³⁴

134 *I. Disfraz¹³⁵*: Cualquier forma de evitar su identificación fisonómica utilizada por quienes intervienen en el delito, por tanto: fundamentalmente la cara (p. ej. cometer un delito contra la integridad portando unas gafas de sol reflectantes, o cometer una estafa desfigurándose la apariencia física de la cara mediante bigotes y peluca postizos, etc.) determina la agravante¹³⁶.— El disfraz desconcierta hasta aterrorizar a la víctima en los delitos cometidos cara a cara, y dificulta la identificación posterior, justificándose claramente su sentido agravatorio de la responsabilidad penal. Hace, como ya se ha dicho, el delito más seguro¹³⁷.

135 Con buen criterio, GARCÍA PLANAS, EPC, XXII, 2000, 43, considera requisitos de la agravante¹³⁸: 1) Concurrencia en el momento de la ejecución del delito; 2) Eficacia de cara a que el delincuente no sea reconocido; 3) Propósito de no ser descubierto.— Como destaca este mismo autor, aunque predomina la naturaleza objetiva de la agravante, lo que la hace extensiva al partícipe que no realiza en su persona la agravante pero conoce su concurrencia en la persona del autor, a veces el TS sólo la ha aplicado al partícipe que la cumplía en su persona (STS de 5 de marzo 1999). En la doctrina científica, aunque predomina la concepción objetiva¹³⁹, hay también otros pareceres que la subjetivizan o la hacen jugar unas veces de forma objetiva y otras

¹³⁴ Sobre la reestructuración legal de esta macroagravante, *vid.* las consideraciones críticas de POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21. 2, 911 ss. *Vid.* también, con mejor criterio, PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 238. Sobre la relación de estas agravantes con la de alevosía *vid.* las interesantes consideraciones de Díez RIPOLLÉS, LL, 1993-2, 909 s.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 5, 838, defiende que las agravantes equiparadas en el 22. 2 no son compatibles (sólo cabe aplicar una).

¹³⁵ Sobre los antecedentes históricos de la agravante y su redacción actual, *vid.* GARCÍA PLANAS, EPC, XXII, 2000, 35 s.

¹³⁶ *Vid.* en este sentido la jurisprudencia del TS que recoge GARCÍA PLANAS, EPC, XXII, 2000, 38 s. *Vid.* también CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 2, 224 s., que especula también con otras distorsiones como la de la voz.

¹³⁷ *Vid.* las atinadas consideraciones de GARCÍA PLANAS, EPC, XXII, 2000, 39 ss., quien, sin embargo, y por ello, considera superflua la agravante, que debió desaparecer del CP, como ha ocurrido con la astucia y el fraude, que aparecían históricamente junto al disfraz, como quisieron los Proyectos desde 1980, ya que en definitiva agrava que el autor quiera asegurar el delito (delito bien hecho): GONZÁLEZ CUSSAC). *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 737 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDIA ESPINAR (dir.), PG, 912; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 125, 126.

¹³⁸ Sobre los requisitos de esta agravante *vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 126 s.; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (dir.), CCP, I, com. art. 22. 2, 225 s.

¹³⁹ En este sentido ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 537 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 126, y comunicable al partícipe: 128.

subjetivamente.— Sobre su compatibilidad con la alevosía: 53¹⁴⁰.— Sobre su aplicación a los delitos, destaca el robo con violencia: 53.

Sobre la circunstancia agravante de disfraz *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 394 ss.; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 46 ss.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 2, 839; PUIG PEÑA, PG, II, 180 s.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 563; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10. 7, 635 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 10. 7, 386 s.; ARROYO ZAPATERO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 10. 7, 93; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 503 s.; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 2, 925 ss.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 234 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 467 ss. **136**

2. *Abuso de superioridad*: Tiene que existir previamente la relación, ser de superior a inferior y experimentarla como tal ambas partes; p. ej., jefe dentro de la empresa o la administración que obtiene del subordinado favores sexuales que de no ser por la relación jerárquica no se habrían prestado.— Por lo tanto, no basta la relación de superioridad. Es necesario que, de alguna manera, aunque no hasta el extremo de la determinación, haya sido eficaz¹⁴¹. No cabe, pues, presumirla con carácter general cuando concurre la relación de superioridad. También en esta agravante pueden estar presentes las dos razones dadas por el legislador para fundamentarla: El subordinado puede sentirse, y se sentirá frecuentemente, tan inhibido a la hora de resistirse al delito de que es víctima, como a denunciar después, aunque basta cualquiera de ellas para que se estime la agravante.— No obstante, la doctrina científica dominante y la jurisprudencia siguen situando la agravante en la órbita de la alevosía (que, circunscrita a los delitos contra las personas, se prolonga en los demás a través del abuso de superioridad), concebida además de forma predominantemente física¹⁴², de manera que bastará con que el agresor sea una persona muy corpulenta para que cargue ya con el “sambenito” de la agravante, lo que, a su vez, vuelve a cambiar, absurdamente, cuando esa superioridad es el medio de comisión del delito, etc.— Con mejor criterio, TERRA- **137**

¹⁴⁰ Sobre la compatibilidad de esta agravante *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 127.

¹⁴¹ MIR PUIG, PG⁷, 619, habla de buscarla *ex profeso*.

¹⁴² *Vid.* CEREZO MIR, PG, II⁶, 379 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 912 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 128 s.; y en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10. 8, 641 ss.; FERRER SAMA, CCP, com. art. 10. 8, 389 ss.; POLAINO NAVARRETE, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), CPC, com. art. 10. 8, 94 s.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 98; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 504 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 403 ss.; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 2, 227.

DILLOS BASOCO, CDJ, 1995, VII, 798, poniendo énfasis en que la superioridad de la agravante no puede basarse en la mera superioridad física, propone como la STS de 11 de octubre 1993, que la superioridad se fundamente en el desequilibrio de poder entre las personas del autor y la víctima¹⁴³.

138 ARROYO DE LAS HERAS, EN: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias agravantes*, cita una STS (de 31 de enero 1984: con precedentes) que ve el fundamento de esta agravante en la vileza de aprovecharse de la inferioridad (física) de la víctima, cualquiera que sea la circunstancia (uso de armas, auxilio de personas) que la fundamente [56, 58] y recuerda que el TS siempre ha entendido el abuso de superioridad como una alevosía de segundo grado (STS de 16 de mayo 1991), aunque no se limite sólo a los delitos contra las personas (su ámbito es pues más amplio) y no hace falta que se elimine totalmente la posibilidad de la defensa [61]¹⁴⁴.— Con buen criterio, ARROYO DE LAS HERAS excluye la agravante cuando el abuso de superioridad es el medio de comisión del delito (STS de 1 de abril 1995: la navaja en la cara durante todo el tiempo de la violación) y en los tipos que la incluyen (p. ej. lesiones agravadas del art. 148. 1).— El abuso de superioridad es incompatible con la alevosía (relación de género a especie) y el auxilio de personas [63]. Y compatible con las atenuantes que entrañan disminución de la imputabilidad (p. ej., arrebató: STS de 12 de febrero 1996)¹⁴⁵.

139 Sobre la agravante de abuso de superioridad, *vid.* también RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 2, 839 s.; PUIG PEÑA, PG, II, 182 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 563 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 225 s.; POLAINO NAVARRETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 2, 929 ss.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 236 s.; PUENTE SEGURA, *Circunstancias*, 472 ss.

140 3. *Lugar*: Esta agravante viene a sustituir a la anterior de despoblado. Ello ha dado ocasión a una gran ampliación de la agravante; lo que, a su vez, no quiere decir que la exigencia de facilidad para el delito o su ocultamiento no represente una forma de restringirla¹⁴⁶. Así, circunstancias de lugar, como p. ej. la comisión del delito en determinados espacios peligrosos (p. ej. un tren en marcha o un lugar público, que pueden ser determinantes de la gravedad del delito: p. ej. el robo), no son suficientes para integrar la agravante actual, ya que no conciernen

¹⁴³ Críticamente también con la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la circunstancia QUINTERO OLIVARES, PG³, 738.

¹⁴⁴ *Vid.* ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 895; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 2, 227 (siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO).

¹⁴⁵ ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 508, 510, 519 s., consideraba que el abuso de superioridad debilitaba la defensa, se contraponía a la clandestinidad de la alevosía y, por ir referido a la forma de comisión del delito (que debilitaba la defensa), era comunicable al partícipe. En el mismo sentido, de la comunicabilidad al partícipe, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 129; régimen de compatibilidad: 129 (el de la alevosía).

¹⁴⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 129.

(necesariamente) al aseguramiento del delito y/o su ocultación. Por esta razón, la de despoblado, adaptada a los tiempos actuales, sigue siendo paradigmático de la agravante; siendo éste el argumento que permite incluir, aunque no siempre (no si, p. ej., la casa donde se comete el delito está muy concurrida), el delito cometido en morada.

FIGUEROA NAVARRO, Morada y lugar, 46 ss., recuerda muy oportunamente que mientras que la doctrina científica y jurisprudencial es unánime (*vid. infra* XVII 143) al entender que la nueva agravante de tiempo incluye a la anterior de nocturnidad, no ocurre lo propio con la nueva agravante de lugar respecto a la antigua de morada (salvo una minoría en la doctrina científica), aunque sí, abarcándola pues, a la de despoblado. **141**

Sobre la circunstancia de lugar *vid.* también: CEREZO MIR, PG, II⁶, 383 ss.; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 64 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 201 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 567 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 236 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, 10. 13, 714 ss.; FERRER SAMA, CCP, com art. 10. 12 y 13, 407 s.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), CPC, com. art. 10. 13, 104 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 411 s.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 479 ss. **142**

4. *Tiempo*: Esta agravante viene a sustituir a la anterior de nocturnidad. Con ello, la agravante no sólo ha ampliado su ámbito, sino que, además, da cobertura legal a una interpretación jurisprudencial y doctrinal anterior que no parecía conformarse con la hora cronológica sino que exigía el aprovechamiento inherente a la noche: oscuridad (inexistente en lugar iluminado y concurrido), ausencia de vigilancia mínima, derivada de que la mayor parte de las personas próximas a los hechos duermen, etc. Sólo cuando tales circunstancias asociadas con la nocturnidad faciliten la comisión del delito y/o la persecución del autor, se completará la agravante¹⁴⁷.— CEREZO MIR, PG, II⁶, 387 (en el mismo sentido CUERDA ARNAU en: VIVES ANTÓN [coord.], CCP, I, com. art. 2. 2, 281) cree que la nueva redacción permite integrar, por su abstracción, la derogada agravante de comisión del delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia. No parece que tales circunstancias, muy graves, ciertamente, fundamenten esta agravante¹⁴⁸, referida más bien a las fases del día: p. ej. la hora de la siesta en el sur. **143**

En su estudio sobre la nocturnidad (CPCr, 1985, 26 y 27), GONZÁLEZ CUSSAC, después de pasar revista a los aspectos histórico y de derecho comparado de la agra- **144**

¹⁴⁷ *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 2. 2, 129, 130.

¹⁴⁸ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 2. 2, 131.

vante [26, 213 ss., 221 ss.], proporciona en primer lugar un concepto de nocturnidad [26, 225 ss.] que arrancando de la idea de *oscuridad*, a la que debe añadirse la de *soledad*, consecuencias, ambas, de la ausencia de luz solar, no en otro caso; oscuridad total y absoluta (lo que excluye el alba y la aurora), a conjugar todo ese contexto de definición con un elemento teleológico a que alude ANTÓN ONECA, según el cual no se apreciará la agravante cuando la agresión tenga lugar en sitio concurrido y muy iluminado porque eran las once de la noche.— Por lo que se refiere al fundamento de la agravante, entiende GONZÁLEZ CUSSAC que ésta se basa exclusivamente en la idea de indefensión de la víctima [251] que se origina por la nocturnidad, tal como se acotaba con su concepto y se proyecta en la mayor probabilidad de alcanzar la impunidad (siguiendo a PUIG PEÑA y FERRER SAMA). Y por lo que se refiere a la naturaleza jurídica [258 ss.], tras pasar revista a las concepciones objetiva, subjetiva y mixta en doctrina y jurisprudencia (que se inclinan por la objetivista), se inclina también por la concepción objetiva [268]¹⁴⁹. Entrando ya en el tipo de la agravante, y comenzando por el elemento objetivo, reproduce aquí GONZÁLEZ CUSSAC el concepto de nocturnidad, con especial referencia al hecho de que la nocturnidad efectivamente haya favorecido la ejecución, hablando de 1) requisito geográfico-cronológico oscuridad nocturna, no en cambio la inducida: túnel, bodega, etc., ni el eclipse [434], ni cuando el delito se cometió parte de día y parte de noche; 2) requisito sociológico = soledad y reposo; 3) requisito material-final: no basta la comisión de noche, siendo muy interesante la reflexión final de GONZÁLEZ CUSSAC [442], de que para la seguridad jurídica convendría que el legislador flexibilizara su dicción; justo lo que ha hecho en España en 1995.— Por lo que se refiere al elemento subjetivo de la agravante, éstas son sus consideraciones: 1) No requiere un especial ánimo; pero sí conciencia y voluntad de aprovechar la situación objetiva concurrente [448 s.]; 2) El aprovechamiento ha de ser consciente, es decir, que la utilización de la noche (elemento intelectual) sirve al fin de la mayor indefensión de la víctima (elemento volitivo) [450]; 3) No cabe estimarla cuando la comisión de noche es un mero accidente [452]; 4) La comunicabilidad al partícipe exige de su parte tanto el conocimiento como su voluntad propia y concreta de emplear ese medio ventajoso [453]¹⁵⁰. La nocturnidad es compatible con la agravante de precio [461], ensañamiento [462], disfraz [463], abuso de confianza [465], auxilio de persona [566]; no, en cambio, con la alevosía [460]. Es compatible también con las atenuantes de trastorno mental transitorio incompleto [467], miedo insuperable incompleto [467], embriaguez [468] y arrebato [468]. A su vez, la nocturnidad no es inherente a los delitos contra las personas y contra la propiedad (esto último con matices), la violación, el atentado, etc. [569 ss.]¹⁵¹.

¹⁴⁹ En el mismo sentido ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 604.

¹⁵⁰ La estima sin más extensible al partícipe, ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 604 s. Extensible al partícipe: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 131, 133.

¹⁵¹ Sobre compatibilidad de las agravantes de lugar y tiempo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 131, 132 s.

Sobre la circunstancia de tiempo *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 387 ss.; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 73 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 913 s.; PUIG PEÑA, PG, II, 197 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 567; QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 235 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP I, com. art. 10. 13, 703 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 10. 12 y 13, 405 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 10. 13, 103 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 410 s.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 484 ss. **145**

5. *Auxilio de otras personas*: Esta agravante viene a sustituir a la anterior de cuadrilla. En realidad, aquí se contempla la intervención de varios, en sentido no técnico (autoría y participación), desde la óptica del incremento de su responsabilidad por la intervención de los demás. El auxilio pueden prestarlo tanto otros coautores¹⁵², como cómplices materiales (siempre que estén presentes en los hechos, en sentido amplio), e, incluso, instrumentos (p. ej. policía del que el autor mediato se aprovecharía como consecuencia del error que sufre aquél)¹⁵³. Efectivamente, la presencia de varios en el delito es frecuentemente una forma de debilitar la posible defensa y de evitar, al menos, los obstáculos para asegurar el delito tras su comisión (p. ej. huida en automóvil que espera tras el robo). **146**

Para ARROYO DE LAS HERAS, Circunstancias agravantes, 87 ss., la nueva circunstancia de auxilio de personas no es sólo que aglutine (como certeramente dicen CUERDA ARNAU y RUIZ VADILLO, y PRATS CANUT por lo que se refiere a la cuadrilla: 96) a las anteriores de auxilio de gente armada en la ejecución, persona que asegure la impunidad (art. 10. 12 r. a.) y cuadrilla (art. 10. 13 r.a.), sino que además introduce novedades en las mismas, concretamente: es agravante ya el mero auxilio ejecutivo aunque no se lleven armas [87 s.], pasando a un segundo plano el porte de armas, que sin duda constituye la agravante cuando ha sido determinante de una situación de desequilibrio entre autor y víctima [88 s.]; situación de desequilibrio que, según ARROYO DE LAS HERAS, constituye el fundamento de la agravante [90].— Siguiendo a CUERDA ARNAU (en: VIVES ANTÓN [coord.], CCP, com. art. 22. 2, 222, 229 s.), sostiene ARROYO DE LAS HERAS [91] que el auxilio debe ser constitutivo de participación (en sentido técnico: cooperador necesario o cómplice), pues de otra forma no se podría distinguir la agravante de la de abuso de superioridad; y, en contra de CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, que sólo la estimaban aplicable a quienes reciben el auxilio y actúan como autores, pues de otro modo, de aplicarla al partícipe auxiliador, se vulneraría el *ne bis in idem*, siguiendo a RUIZ **147**

¹⁵² Excluye a los coautores, CEREZO MIR, PG, II⁶, 391. *Vid.* también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 914.

¹⁵³ Excluyendo a los ejecutores materiales, RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 133 s.

VADILLO (en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 22., 2, 840 s.), no ve inconveniente en aplicar la agravante a todos ellos [92]¹⁵⁴.- Por lo que se refiere a la modalidad de auxilio que asegure la impunidad, basta que exista el concierto para prestarlo, aunque no se haya prestado todavía pese a la ejecución [93].- Siguiendo a CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, ARROYO DE LAS HERAS no ve incompatibilidad del auxilio con la alevosía [94], y sí sólo respecto al abuso de superioridad [95].- Es comunicable al partícipe: RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 2, 134.

148 Sobre la agravante de auxilio de personas *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 391 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 487 ss.

149 Sobre compatibilidad y comunicabilidad de todas las agravantes agrupadas en el art. 22. 2, de forma unitaria CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 2, 232 ss.

c. Precio, recompensa o promesa

150 Esta agravante, que también aparece como específica del asesinato, contempla uno de los móviles más viles que pueden llevar a cometer los crímenes más execrables (contra la vida y la integridad), si bien cuando se trata de otros delitos, p. ej., el hurto, lo que revela es, más bien, la miseria humana de la ambición (o, incluso, la mera necesidad).- Este motivo está muy presente en la inducción a determinados delitos, en los que el inductor explota la ambición y falta de escrúpulos del autor, y éste facilita el cumplimiento de los deseos de aquél, que no se “manchará las manos”. Esta estructura parece haber inspirado al legislador español, en lugar de la *Habgier* alemana, que incluye, también, lo que en España es desgraciadamente difícil de admitir, p. ej. la muerte llevada a cabo para heredar directamente a la víctima¹⁵⁵. La agravante exige, pues, una relación sinalagmática, sin la que no se realiza, por muy grave que haya sido el motivo económico.

151 MARTÍNEZ PÉREZ, CPCr, 19, 1983, en el artículo que ha dedicado a la agravante de precio, le asigna la naturaleza de móvil, o razón psicológica última, consciente o inconsciente, que lleva a actuar [41], estableciendo un paralelismo con los móviles abyectos o fútiles del CP italiano y la codicia y los móviles bajos del CP alemán [44 s.].- Respecto a los requisitos legales señala MARTÍNEZ PÉREZ: 1) Que mientras que los términos precio y promesa no ofrecen problemas, por su naturaleza económica clara, el de recompensa podría plantarlo, aunque desde ANTÓN ONECA es unánime la doctrina española en exigir que debe ser traducible a térmi-

¹⁵⁴ En el mismo sentido, ya, tácitamente, ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 584, 589, que veía el fundamento de la agravante en su r. a. a 1995 en el mayor peligro de comisión del delito.

¹⁵⁵ *Vid.* CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 3, 236.

nos económicos (p. ej. un empleo; no, en cambio, favores sexuales) [46]¹⁵⁶; 2) La agravante exige la presencia de dos sujetos, quien ofrece el precio y quien lo recibe, lo que excluye que el interés económico sea el que lleve a delinquir: p. ej. matar para heredar (la codicia del StGB) (MARTÍNEZ PÉREZ aprovecha la ocasión para recordar que así se intentó regular en el Proyecto de CP 1980) [47 s.]; ahora bien, la bilateralidad no significa que la agravante se pueda aplicar a ambas partes: sólo se aplica al beneficiario de la dádiva, no al dador (p. ej. inductor que además ofrece el precio) [53]¹⁵⁷; 3) El concierto de voluntades entre dador y receptor del precio ha de ser un auténtico *pactum scaeleris* [55]; 4) El autor debió cometer el delito motivado por el precio [55]¹⁵⁸.— En coherencia con la naturaleza que MARTÍNEZ PÉREZ asigna a la agravante, de móvil especialmente reprochable [57], su fundamento estribará en la mayor culpabilidad de quien se guía por él, ubicándose más concretamente, dentro de la culpabilidad, entre los *Gesinnungselemente* (siguiendo a ALONSO ÁLAMO) [59 ss.]¹⁵⁹.— Del tenor literal del tipo de precio (“cometer el delito...”) extrae la conclusión MARTÍNEZ PÉREZ de que la agravante sólo es aplicable a los autores en sentido estricto (autor directo, mediato y coautor), pero no al inductor, cooperador necesario y cómplice [62]¹⁶⁰.— La agravante puede aplicarse al delito intentado, pero no al acto preparatorio (conspiración, proposición y provocación) [62 s.]¹⁶¹.— La agravante de precio es incompatible con la eximente incompleta de enajenación mental y con el arrebató [64 s.], y con todas las restantes agravantes [66], como asimismo con los delitos contra la propiedad, pese a las apa-

¹⁵⁶ Doctrina dominante: MIR PUIG, PG⁷, 623 (aunque simpatiza con la ampliación a otros beneficios); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 896; QUINTERO OLIVARES, PG³, 739; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 914; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 3, 134 s.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 3, 853; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 3, 945, relativizando las discrepancias doctrinales sobre el contenido lucrativo del móvil (cómo entenderlo).

¹⁵⁷ Doctrina dominante: MIR PUIG, PG⁷, 622 (aunque simpatiza con su admisión); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 896; QUINTERO OLIVARES, PG³, 739; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 915; DE LA MATA BARRANCO, como bien dice, el empleo de los términos “ejecutar el delito” en lugar de “cometer”, refuerza la tesis de que la agravante sólo quiere alcanzar al autor (no al inductor). De otro parecer, con argumentos dignos de tenerse en cuenta, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 559; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 3, 237; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 3, 851 s.

¹⁵⁸ Vid. también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 3, 135. DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 3, 954, siguiendo a PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 240, considera que quien ofrece la dádiva suele ser inductor, pero sólo cuando la dádiva es el único motivo del acto, y sin que en ese caso el móvil además agrave la responsabilidad del inductor, pues se vulneraría el *ne bis in idem*.

¹⁵⁹ DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 3, 949, parece inclinarse por el fundamento preventivo, ya que el incentivo económico acentuará la peligrosidad de la conducta.

¹⁶⁰ Vid. también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 3, 136 s.

¹⁶¹ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 3, 137; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 3, 955.

riencias [67], pero no con los delitos que contemplen la profesionalidad o habitualidad [68]¹⁶².— MARTÍNEZ PÉREZ considera que en coherencia con la naturaleza y el fundamento de la agravante, ésta no es comunicable al partícipe¹⁶³ (¡ni aunque concurra en su persona!; *vid. supra* XVII 151) [72], y para evitar que, concurriendo en el autor, haya que calificar al inductor de inducción al asesinato (cuyo autor sí actuó por precio), manifiesta MARTÍNEZ PÉREZ sus simpatías con la tesis de DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, de ruptura del título de imputación en estos casos [72 ss.]¹⁶⁴.

- 152** *Vid.* también sobre la agravante: CEREZO MIR, PG, III, 159 s.; MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias agravantes*, 99 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 147 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 558 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, I, 449 ss.; CCP, 208 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10. 2, 557 (ampliamente); FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 10. 2, 342 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *CPC*, com. art. 10. 2, 75 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 93; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 319 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, PG, 500 s.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 390 s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *CNCP*, com. art. 22, 239 ss.; PUENTE SEGURA, *Circunstancias*, 495 ss.; GANZENMÜLLER/ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, *Eximentes, atenuantes y agravantes*, 224 ss.

d. *Discriminación*

- 153** Todas las circunstancias que dan lugar a esta agravante, desde las relacionadas con la raza hasta las sexuales, pasando por las ideológicas, tienen en común, dentro de su especificidad en la realidad, muy contradictoria, de la vida actual, basarse en el atentado al fundamental principio de igualdad entre todos los seres humanos, que en nuestro país, como en tantos otros, tiene también rango constitucional (Art.9. 2 CE). La agravante, por tanto, contempla un móvil; contempla la gravedad que supone que el odio hacia las personas, por cualquier razón de las aludidas por la agravante, le lleve al sujeto a atentar contra ella, es decir, que a la gravedad intrínseca del hecho delictivo, p. ej., injurias, vejaciones, etc., se añade

¹⁶² Sobre compatibilidad de la agravante *vid.* también RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP*, I, com. art. 22. 3, 854; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *CCP*, II, com. art. 22. 3, 956 ss. (ámbito y compatibilidad de la agravante).

¹⁶³ Así ya ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 653 s. *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 896; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *CCP*, com. art. 22. 3, 137; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *CCP*, II, com. art. 22. 3, con interesantes consideraciones sobre la razón de la incommunicabilidad y la problemática en el asesinato.

¹⁶⁴ Una amplia revisión de la doctrina científica y jurisprudencial recaída sobre esta agravante (naturaleza jurídica, requisitos, ámbito de aplicación, compatibilidad, comunicabilidad, etc.) puede verse en MARTOS NÚÑEZ, *RDPC*, 1992, 449 ss.

la vileza del motivo, contrario a la igualdad entre los seres humanos y la dignidad de todos¹⁶⁵.

En EPC, XIX, 1996, 223 ss., LAURENZO COPELLO ha estudiado profundamente la agravante de discriminación en el contexto de las normas introducidas en el CP para prevenir la discriminación por los más diversos motivos, todos ellos muy censurables, inadmisibles en las democracias occidentales (Art. 9. 2 CE), y, sin embargo, desgraciadamente recurrentes.— LAURENZO COPELLO distingue entre figuras legales que persiguen lo que sería la lesión de un bien jurídico propio, al que llamar “no discriminación”, en la que sólo incluye, en principio, el caso más grave que conocen los Códigos penales en la materia, el delito de genocidio (art. 607. 1), y un conjunto de figuras que tratan de prevenir la lesión de ese bien jurídico, entre las que están la provocación al odio, la violencia o la discriminación (art. 510), las asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación, el odio, etc. (art. 515. 5), la difusión de ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen, etc., las prácticas genocidas (art. 607. 2) y la agravante genérica de actuar por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación (art. 22. 4) [228 s.]¹⁶⁶, que es la que nos interesa aquí.— LAURENZO COPELLO, con un tacto exquisito, después de reconocer y abundar en la importancia para nuestra sociedad de la no discriminación, elogiando todas las políticas, jurídicas y no jurídicas, que promocionen la igualdad, opone, sin embargo, reparos a las intervenciones penales de prevención con base en que el derecho penal, además de prevenir los comportamientos indeseables, está obligado a no expandirse más allá de la lesión tangible de bienes jurídicos [231 s.]; lo que no ve claro en esta estrategia del legislador español contra la discriminación [232 ss., 242 ss., 249 ss.]¹⁶⁷.— Concretamente, por lo que se refiere a la agravante de discriminación, de la que destaca en primer lugar que, respecto a la situación anterior a 1995¹⁶⁸, ahora abarca a todos los delitos, algo que no ocurría antes, lo que según ella, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, hace que se difumine su

¹⁶⁵ Vid. ya MIR PUIG, PG⁷, 623; RODRÍGUEZ MOURULLO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 4, 138. Vid. también muy atinadamente BERISTÁIN IPIÑA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 4, 972.

¹⁶⁶ LANDA GOROSTIZA, Política criminal contra la xenofobia, 178 ss., ha hecho un estudio excelente de la agravante inspirado en el modelo político-criminal estadounidense.

¹⁶⁷ En JpD, 34, 1999, 16 ss., LAURENZO COPELLO muestra muy bien, referido ahora en concreto a la discriminación por razón del sexo, que un exceso de protección penal de la mujer puede tener efectos perversos, como la minimización del ataque que hagan los tribunales para eludir aplicar una ley hiperprotectiva o la inaplicación de políticas que atajen realmente las causas de la discriminación, por no hablar del sempiterno paternalismo.— Formulan reparos frente a esta agravante también: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 897; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 559; QUINTERO OLIVARES, PG³, 741 (posibles dificultades de prueba); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 916; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 4, 238 ss.; BERISTAIN IPIÑA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 4, 968 s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 243.— La celebra: RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 4, 857.

¹⁶⁸ Sobre los antecedentes de la agravante vid. también DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 4, 969 ss.

sentido (dificultad de encontrar argumentos seguros que la hagan aplicable a los más diversos delitos), propugnando [288], mejor, ésta es una de sus principales tesis, su circunscripción a concretos delitos en los que es fácil su apreciación, y tras criticar también algunos de los grupos sociales discriminados, por su ambigüedad, como el sexo, la nacionalidad o la situación familiar [244 ss.]¹⁶⁹, esgrime sus dos principales argumentos contra la agravante¹⁷⁰: 1) Que puede estar dando pábulo al derecho penal de autor [272], al basarse en la realización de hechos que no se distinguen de los mismos hechos cuando los realizan otros, salvo por el móvil que los acompaña; 2) que el bien jurídico protegido, consecuencia derivada de entender la agravante como un móvil, es la prevención de la discriminación, con lo que vuelve a operar la lejanía del bien jurídico tan contraproducente en el derecho penal mínimo del Estado de Derecho.— Para salir al paso de estos inconvenientes, propone LAURENZO COPELLO hacer una interpretación de la agravante [281 ss.], interpretación cuya dificultad la autora es la primera en reconocer, según la cual el bien jurídico protegido no lo sería la prevención de la discriminación, sino el *plus* de disvalor-resultado experimentado por las concretas personas que sufren el ataque propio del delito sobre el que recae la agravante; con lo cual se propicia una interpretación restrictiva de la agravante: no aplicación, p. ej., cuando la víctima, en contra de lo que pensaba el autor (tentativa inidónea) no pertenecía al colectivo protegido [282, 283], de manera que al darle un cariz objetivo, no subjetivo como la interpretación del móvil, obliga a extenderla al partícipe en cuya persona no concurre ese móvil [275]; lo que no dejan de ser secuelas negativas derivadas de una interpretación acorde con la función de protección de bienes jurídicos del derecho penal¹⁷¹.

155 A pesar de los esfuerzos encomiables realizados por HUERTA TOCILDO, CPCr, 2, 1977, 67 ss., y DÍEZ RIPOLLÉS, ADP, 1979, 93 ss., por interpretar la atenuante del art. 9. 7 a. r., de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, de acuerdo con los valores constitucionales recién inaugurados, la única solución,

¹⁶⁹ Una consideración particularizada de los grupos aludidos puede verse en BERISTÁIN IPIÑA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 4, 977 ss.

¹⁷⁰ Críticamente también, en la misma línea de LAURENZO COPELLO, con profunda exposición de alguna jurisprudencia recaída en la materia, LANDA GOROSTIZA, Política criminal contra la xenofobia, 185 ss.

¹⁷¹ ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 624, 627, veía ya en la r. a. una posible vulneración del principio constitucional de igualdad, y la interpretaba en términos objetivantes, como ahora LAURENZO COPELLO. Después, ALONSO ÁLAMO, LH-Cerezo Mir, 533 ss., tras reconocer que la agravante ha ampliado su radio más allá de la xenofobia [534], asigna a la agravante una naturaleza objetivo-subjetiva, residiendo el primer aspecto en la discriminación (siempre que concurren efectivamente los rasgos diferenciales de la víctima que el autor supone) [539], y el segundo en el móvil o tendencia [541], con predominio del segundo [540], no siendo extensible al partícipe en que personalmente no concurre [541]. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 916; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 4, 139, compatibilidades: 139; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 4, 858. Sobre el ámbito y compatibilidad de la agravante *vid.* también BERISTÁIN IPIÑA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 4, 980.

como ellos mismos intuían y proponían, era su derogación. No puede haber ningún motivo *positivo* para atenuar la responsabilidad penal. Sería impensable una atenuante basada en la comisión de un delito por defender la Constitución, que más bien obliga a la tolerancia.

Vid. también sobre esta atenuante: CEREZO MIR, PG, III, 160 s.; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Circunstancias agravantes*, 107 ss.; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 4, 240 ss.: motivos discriminatorios, ámbito de aplicación, compatibilidad y comunicabilidad: 245 ss., error: 246; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 506 s.; PUENTE SEGURA, *Circunstancias*, 507 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, *Eximentes, atenuantes y agravantes*, 229 ss.

156

e. *Ensañamiento*

Al igual que ocurre con la alevosía y el precio, recompensa o promesa, el ensañamiento, del que por cierto el legislador proporciona una definición aquí (“aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”), aparece también como característica específica del asesinato (por lo que vale también allí la definición)¹⁷².— El ensañamiento tiene sin duda una componente objetiva, constituida por el sufrimiento innecesario de la víctima, más allá del daño en que consiste el delito sin mediar el ensañamiento¹⁷³. Puede ser físico, pero también psíquico, p. ej., simulacro de que se va a torturar sin llegar a hacerlo, con el consiguiente sufrimiento psíquico de la víctima¹⁷⁴. Cabe discutir, en cambio, si tiene también una componente personal, un móvil, consistente en la presencia de una actitud sádica por parte de quien se ensaña, en cuya ausencia, p. ej., el sufrimiento fue más efecto de la tosquedad y brutalidad del autor que del refinamiento sádico aludido, en cuyo caso sólo la suma de ambos aspectos daría la agravante plena¹⁷⁵.— La jurisprudencia tiende a no estimarla en los casos en que p. ej., el autor propinó a la víctima un número elevadísimo de puñaladas, cuando no se está seguro de que la primera de ellas no acabó ya con la vida de la víctima¹⁷⁶.

157

¹⁷² Sobre las diferencias de regulación del ensañamiento en uno y otro precepto, siguiendo a DEL ROSAL, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 897 s.

¹⁷³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 917; CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 5, 248. Extensible al partícipe: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 898.

¹⁷⁴ CARBONELL MATEU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 5, 247 (con exclusión del omisivo); RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 5, 861.

¹⁷⁵ *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 5, 140, 141 (incompatibilidad: 141). Asigna al ensañamiento en cambio una naturaleza puramente subjetivo-culpabilista que la hace no extensible al partícipe, ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 662 s.

¹⁷⁶ *Vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 917.

Esta interpretación, que produce mucho desasosiego social¹⁷⁷, es sumamente estricta, cabiendo otra que ponga más el acento en los aspectos objetivos de la agravante¹⁷⁸, especial brutalidad, y en la forma por tanto de cometer el delito, lo que sin duda integra la agravante en los ejemplos mencionados¹⁷⁹.

158 En su estudio de RDPP, 4, 2000, 61 ss., DOPICO GÓMEZ-ALLER proporciona argumentos muy válidos, en parte ya anticipados por la doctrina, para superar una interpretación de la agravante de ensañamiento en clave subjetivista y de tipo de autor, a la que trata de objetivar muy oportunamente, fundamentándolo e, incluso, dándole una autonomía con bien jurídico propio incluido, que no sería otro que el mismo del nuevo título del CP, de los tratos inhumanos y degradantes; lo que, a su vez, enfrenta al arduo problema acerca de cómo delimitar los delitos contra la vida y la integridad (inclusión hecha del asesinato con ensañamiento) de los delitos contra la integridad moral, inclusión hecha de la norma de éste último título que contempla el posible delito contra la integridad física que ha tenido lugar en el transcurso del delito contra la integridad moral. La oportunidad del trabajo de DOPICO GÓMEZ-ALLER estriba precisamente en plantear así la cuestión, que él personalmente resuelve poniendo de relieve que la teoría de la conexión (en el transcurso del ataque contra la integridad moral, mediante tortura, p. ej., se produce la muerte de la víctima; pero también: tras las lesiones, se hurga en la herida), que es la única que permite delimitar algunos casos, sigue siendo no obstante insatisfactoria, debiéndose optar con mejor criterio, en el futuro, por prescindir de la agravante genérica de ensañamiento, dada la existencia con la misma finalidad y ámbito (DOPICO GÓMEZ-ALLER habla de antinomia insuperable) del delito de ataque a la integridad moral concurrente con el eventual delito contra la integridad física y psíquica.— DOPICO GÓMEZ-ALLER tiene el mérito, como decimos, de haber llamado la atención sobre un problema específico, no resoluble técnicamente. Ahora bien, ello no quiere decir que la solución legal no esté justificada político-criminalmente, al estilo de lo que ocurre con la violencia doméstica en el contexto de los títulos de los delitos contra la integridad física y la moral respectivamente: Sobre la base de la superposición de ambas regulaciones, la existencia de una agravante genérica de ensañamiento, como la de un tipo cualificado, de asesinato con ensañamiento, se explican gráficamente porque la existencia de un homicidio doloso, p. ej., facilita la indagación del ataque adicional a la integridad moral.

159 En su ensayo sobre el ensañamiento, GÓMEZ RIVERO, RDyPP, 4, 2000, profundiza en el aspecto objetivo del ensañamiento, la innecesariedad del mal, como en el aspecto subjetivo, de su empleo deliberado. Por lo que se refiere a la innecesariedad

¹⁷⁷ Vid. ya GÓMEZ RIVERO, RDPP, 4, 2000, 36.

¹⁷⁸ Vid. ya en esta dirección, DOPICO GÓMEZ-ALLER, RDPP, 4, 2000, 70 ss. De otro parecer RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 5, 861 s.

¹⁷⁹ Escueta pero abiertamente en esta dirección GÓMEZ RIVERO, RDPP, 4, 2000, 53. Vid. también MIR PUIG, PG⁷, 62 s., quien ve en la agravante también un ataque a la dignidad de la víctima.

del mal, entiende GÓMEZ RIVERO [53] que la misma no debe entenderse en términos absolutos sino relativos, contextualizando la acción en el marco de las posibilidades de optar el autor en el momento de la acción¹⁸⁰, inclusión hecha de que no fueron necesarias tantas puñaladas como el autor asestó a la víctima. Por su parte, por lo que se refiere al elemento subjetivo, entiende GÓMEZ RIVERO que el “deliberadamente” que emplea el legislador para caracterizar el ensañamiento requiere voluntad directa e inmediata de producir el resultado lesivo adicional constituido por el mal innecesario, con exclusión de cualquier móvil de los que acostumbra a exigir la doctrina [57], lo que le lleva a excluir el ensañamiento en el caso donde los pasajeros del avión secuestrado oyen a los secuestradores decir a las autoridades que matarán al pasaje si no pagan el rescate, o allí donde la víctima secuestrada tiene la sospecha más que fundada de que va ser asesinada si no pagan rescate, pues al parecer de GÓMEZ RIVERO, el ensañamiento exige dolo directo de primer grado o intencionalidad del mal, cosa que no ocurre en estos casos [58 s.]¹⁸¹.

Sobre compatibilidad de esta agravante: RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO **160**
FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 6, 862.

Vid. también sobre esta agravante: CEREZO MIR, PG, III, 162 ss.; Jaime GOYENA **161**
HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 125 ss.; CUELLO
CALÓN, PG¹⁴, 560 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 451 ss.; CCP, 215 ss.; CÓR-
DOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10. 5,
579 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS
(coords.), CPC, com. art. 10. 5, 83 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE,
PG, 507; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 394 s.; BERISTAIN IPIÑA, en: COBO DEL
ROSAL (dir.), CCP, com. art. 22. 6, 105 ss.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES
(dir.), CNCP, com. art. 22, 244 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 519 ss.; TERUEL
CARRALERO, NEJ, VIII, 1956, 590 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORARA-
LLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 234 ss.

f. Abuso de confianza

La relación ha de existir previamente¹⁸² (aunque sea sólo inmediatamente) y **162**
de alguna manera haber facilitado la comisión del delito¹⁸³, lo que no habría ocu-

¹⁸⁰ BERISTAIN IPIÑA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 6, 1009 ss., acierta a conformarse con que el hecho evidencie ya la especial brutalidad de la agresión (incluso aunque fuese necesaria conforme al plan), pero yerra al hacerla incompatible con la anomalía, poniendo de relieve [1011] las discrepancias doctrinales sobre compatibilidad de esta agravante.

¹⁸¹ *Vid.* también DE VICENTE REMESAL, EPB, 44.

¹⁸² Así ya MIR PUIG, PG⁷, 619; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 898; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 6, 142 s.; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 6, 252.

¹⁸³ *Vid.* CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 6, 253; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 6, 1026, 1034 ss., 1038.

rrido de no haber habido esa relación de confianza. Esa relación de preexistencia excluye también, a diferencia de la alevosía, con la que frecuentemente se confunde, que el autor hubiese buscado la confianza con el mero propósito de cometer el delito. De donde se deduce que el fundamento de la agravante estriba en la ruptura de una relación de confianza real, no fingida por el autor ante la víctima¹⁸⁴. A diferencia también de lo que ocurre con la alevosía, la relación de confianza ha de serlo con la víctima del delito (no necesariamente el perjudicado)¹⁸⁵, no con quien pueda impedirlo. La agravante en cuestión, por tanto, es puramente personal¹⁸⁶, y contempla una relación interpersonal defraudada, a diferencia, una vez más, de la alevosía, que es de naturaleza objetiva¹⁸⁷.

163 SUÁREZ RODRÍGUEZ, EPC, XVIII, 1995, después de considerar que la agravante posee naturaleza mixta y además acumulativa: el abuso de confianza (elemento personal) debe haber servido (relación causal) para alcanzar la comisión del delito (elemento objetivo) (SUÁREZ RODRÍGUEZ cita al respecto la STS de 21 de mayo 1992), analiza minuciosamente los respectivos elementos de su estructura: 1) Relación de confianza [247 ss.], respecto a la cual sostiene el autor que ha debido ser personal e individualizadamente, lo que no tiene por qué ocurrir en una relación laboral, puede basarse en la amistad, el trabajo o la convivencia [251 ss.], generada de modo directo o indirectamente (el padre confió el menor al autor, que abusó sexualmente de éste) [255 s.], otorgada de forma expresa o tácita [256 s.]. 2) Abuso de la relación de confianza, no bastando su mera existencia, y siempre que efectivamente el autor haya logrado su propósito [258 s.]. 3) Obtención de alguna ventaja, que puede ser al parecer de SUÁREZ RODRÍGUEZ: a) Mayor facilidad de cara al resultado del delito; b) incremento de las posibilidades de impunidad; c) aumento de la indefensión del agraviado [259 ss.].— SUÁREZ RODRÍGUEZ, 262 ss., considera que la agravante no es aplicable a los siguientes delitos (inherencia): estupro fraudulento, delitos de omisión, delitos imprudentes, delitos contra el honor, delitos de peligro.— Según este autor, la agravante es en principio extensible al partícipe no unido por la relación de confianza, pero lo ve imposible de hecho debido a la redacción del precepto (“*obrar en abuso de confianza*”) [274]¹⁸⁸.— Sobre la compatibilidad de la agravante con otras circunstancias, temática sobre la que SUÁREZ RODRÍGUEZ ha realizado un estudio excelente [275 ss.], el abuso de confianza es compatible con las eximentes incompletas de

¹⁸⁴ Discutido doctrinalmente el fundamento y la naturaleza de la agravante; *vid.* CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 6, 249 s.

¹⁸⁵ *Vid.* CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 6, 252.

¹⁸⁶ Así ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 898; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 6, 144 (compatibilidad: 144 s., ampliamente).

¹⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, PG³, 742, preferiría reservarla para algunos delitos en particular, no como circunstancia genérica.

¹⁸⁸ No la ve extensible al partícipe en quien no concurre por razones diversas a la redacción legal, y sí por la naturaleza de la agravante, ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 548 ss. *Vid.* también CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. Art. 22., 6, 255.

enajenación y trastorno mental transitorio (con reticencias), estado de necesidad incompleto (recuérdese nuestra opinión sobre esta atenuante), embriaguez no habitual (actual dependencia de sustancia), arrepentimiento espontáneo (actuales confesión y reparación), atenuante analógica, precio, ensañamiento, reincidencia, desprecio al afectado (actual discriminación)¹⁸⁹.

Realiza un excelente estudio de los elementos de esta circunstancia, DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 6, 1026 ss., ámbito de aplicación y compatibilidad: 1040 ss., 1046 ss., comunicabilidad: 1050 ss.: personal (¡leer!). **164**

Sobre la circunstancia agravante de abuso de confianza *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 398 ss.; MUÑOZ CUESTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 141 ss.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 6, 865 s.; PUIG PEÑA, PG, II, 187 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 564 s.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 441 s., CCP, 227 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10. 9, 654 ss., ampliamente; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 190, 9, 393 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 10. 9, 96 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 502; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 405 ss.; PRATS CANUT, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 2547 ss.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 533 ss. **165**

g. Prevalimiento del carácter público

Basta con que, de cualquier forma, actuando de oficio o no, el autor haga valer, y la víctima lo conozca, su cualidad de funcionario o persona investida de autoridad pública, para que se dé la agravante. A diferencia de lo que ocurre con el abuso de superioridad, además de que allí la superioridad no se circunscribe sólo a lo público, aquí no se contempla tanto la utilización que el autor haga de su situación de hegemonía como la mera existencia de la hegemonía que, ciertamente, agrava porque *se presume, con carácter general, que quien ostenta carácter público y lo hace valer, aunque sea de forma sólo concluyente (no necesariamente activa), verá facilitado su propósito de cometer el delito, además del deterioro que eso supone para la imagen del Estado a través de sus servidores. Aunque parezca lo contrario, su naturaleza es objetiva, no personal*¹⁹⁰. **166**

¹⁸⁹ *Vid.* también CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 6, 253 ss.

¹⁹⁰ ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 564, 567, pese a reconocer su naturaleza objetiva, como en el texto, no la encuentra extensible al partícipe, como GONZÁLEZ CUSSAC, NEJ, XX, 1993, 454; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 7, 147, 148; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 22. 7, 258, 259; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 7, 870 s.

167 Una buena aproximación a la agravante de prevalimiento puede verse en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Prevalimiento, que tras una breve alusión al concepto de funcionario [21 ss.], se va a proponer dotar de contenido material al concepto de prevalimiento doctrinal y jurisprudencial que ya aprecia en el prevalimiento la idea de aprovechamiento del cargo que se ostenta para conseguir realizar mejor cualquier delito común [28]¹⁹¹. A tal efecto, mediante interpretación gramatical, sistemática y teleológica de los términos típicos de la agravante [36 ss.], llega a la conclusión de que el prevalimiento es la instrumentalización del aspecto organizativo de la función pública (de la que el funcionario forma parte, no del aspecto funcional, que da lugar a los delitos de funcionario a los que no alcanza la agravante y se resuelve en el capítulo de esos delitos) para fines privados consistentes en favorecer o asegurar la comisión de un delito común (no delito de funcionario y con fin público)¹⁹². El prevalimiento sería la acción que acompaña, antes o después, a la del delito común, realizada por funcionario (preferentemente simulando su función: detención privada practicada por policía, no por funcionario de Correos) [70 ss.], pudiendo constituirlo una omisión [74]. Por lo que se refiere al elemento subjetivo, la agravante no requiere un móvil, pero sí la representación de que se está abusando de la función encomendada para fin privado (no público) [82]¹⁹³. Con todo lo cual llega a la conclusión VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS de que el fundamento de la agravante es “alcanzar la facilitación o el aseguramiento del delito en su vertiente exclusivamente objetiva; con otras palabras, la realización segura o más fácil, con origen o no en la indefensión del ofendido, de cualquier delito común” [89], comprobado *ex post* [90], con conciencia de vulneración de deberes especiales de funcionario [90 s.], no extensible al partícipe en quien personalmente no concurre [125]. Sobre la compatibilidad de la agravante con otras circunstancias: 92 ss.¹⁹⁴; sobre su ineficacia en los delitos contra la administración pública: 111 ss.¹⁹⁵.

168 Sobre la circunstancia agravante de prevalerse del cargo público *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 396 ss.; GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 151 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 565; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 466 s.; CCP, 230 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 10. 10, 671 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 10. 10, 397 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, CPC, com. art. 10. 10, 98 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 502 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 407 s.; DE LA MATA BARRANCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 7, 1058 ss.: requisitos, 1065 ss., 1069

¹⁹¹ En el mismo sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 7, 256; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 7, 1056 s., 1062 ss.: fundamento; GONZÁLEZ CUSSAC, NEJ, XX, 1993, 453.

¹⁹² *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, NEJ, XX, 1993, 453.

¹⁹³ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, NEJ, XX, 1993, 453 s.

¹⁹⁴ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, NE, XX, 1993, 454.

¹⁹⁵ *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 7, 147 s.; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 7, 258 s.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 7, 871.

ss.: ámbito y compatibilidad; 1073 s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 252 ss.

QUINTERO OLIVARES, PG³, 742 s., estima que habría sido más oportuno reconducirla a un tipo particular de “abuso de función pública” concurrente con el común cometido por esa vía. **169**

h. Reincidencia

Según el art. 22. 8^a, agrava la responsabilidad el hecho de que el autor del delito que se enjuicia hubiera sido condenado ya con anterioridad, siempre que¹⁹⁶: **170**
1) la condena hubiese sido ejecutoria, 2) se tratase de delito ubicado en el mismo título del CP que el que ahora se enjuicia, 3) tengan ambos la misma naturaleza, y 4) no estuviesen cancelados (o hubiese vencido el plazo) los antecedentes penales correspondientes al anterior delito¹⁹⁷.

Ad 1) Por sentencia ejecutoria debe entenderse, según el art. 141. 5 LECr, la sentencia firme, es decir, aquella frente a la que ya no cabe recurso alguno, y, por lo tanto, puede ser directamente ejecutada, aunque no lo haya sido todavía¹⁹⁸. Este elemento de la regulación legal muestra que el fundamento de la agravante lo es la repetición del delito, no la ineficacia de la pena, para lo que sería necesario que se exigiese la ejecución de la anterior condena antes de cometer el segundo o ulterior delito. **171**

La sentencia ejecutoria es la sentencia firme (MIR PUIG, Reincidencia, 310)¹⁹⁹.— La sentencia extranjera sólo será eficaz a los efectos de la reincidencia en los casos en que lo establezca la ley española, lo que no ha hecho con carácter general, si bien es cierto que hay una tendencia a equipararla a la española (*vid.* sobre esta temática MIR PUIG, Reincidencia, 321 s.; PG⁷, 625; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 227, 300 ss.).— Los recursos que impiden la firmeza de la sentencia condenatoria son todos los ordinarios, como la apelación y la casación; no, en cambio, y por tanto no impiden la estimación de la reincidencia (la sentencia es firme), los de revisión, anulación y amparo. Con buen criterio, **172**

¹⁹⁶ Sobre los requisitos actuales de la reincidencia *vid.* también las atinadas consideraciones de RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 8, 150 ss.; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 8, 262 ss. (con especial referencia a la exigencia de mismo título e igual naturaleza de los delitos); RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CCP, com. art. 22. 8, 876 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 8, 1078 s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 257 ss. (ampliamente); VAELLO EZQUERDO, H-Barbero Santos, 1365 ss.; MIR PUIG, EPB, 1098 s.

¹⁹⁷ Sobre el concepto, fundamento, caracteres y elementos de la reincidencia en la r. a. *vid.* MARTÍNEZ DE ZAMORA, Reincidencia, 65 ss., 76 ss., sobre sus efectos: 141 ss.

¹⁹⁸ Sobre el concepto de ejecutoriedad de la sentencia, *vid.*, ampliamente, MIR PUIG, Reincidencia, 302 ss.; PG⁷, 625.

¹⁹⁹ Sobre los problemas que indirectamente puede plantear para la estimación de la reincidencia la fuga del culpable, *vid.* las atinadas consideraciones de MIR PUIG, Reincidencia, 312 ss.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 220 ss., propone *de lege ferenda* que también estos recursos se tengan en cuenta a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia.

173 *Ad 2)* El delito anterior y el posterior (se excluye, por tanto, que alguno de ellos lo constituya una falta)²⁰⁰ deben ser delitos comprendidos dentro del mismo título del CP, afinidad entre los delitos resuelta con el criterio formal de ubicación legal²⁰¹, que no ofrece mayores dificultades interpretativas, salvo poner de relieve una vez más lo importante que es el hecho de que el legislador acierte en la ubicación sistemática de los tipos. Con esta exigencia, el legislador de 1995 ha querido huir tanto de que bastase cualquier delito para estimar la reincidencia (p. ej. lesiones y hurto), como de circunscribir demasiado la proximidad entre los delitos (p. ej. homicidio y homicidio).

174 La historia reciente de la reincidencia en España ha sido la de su paulatina reducción²⁰². Así, de las tres figuras históricas: reiteración o simple repetición de delitos con igual pena, reincidencia y multirreincidencia o reincidencia de quien ya fue condenado como reincidente, sólo queda la segunda²⁰³, que, además, nunca puede sobrepasar el máximo de la pena correspondiente a la nueva infracción en su grado máximo, mientras que la multirreincidencia anterior permitía una pena desorbitada (sobre la reiteración y la multirreincidencia *vid.* la excelente exégesis que de ellas hizo en su día MIR PUIG, Reincidencia, 29 ss., 409 ss.)²⁰⁴.— Las faltas convertidas en delito por voluntad del legislador, incluida la que se basa en tener en cuenta la repetición (reincidencia en sentido no técnico) de faltas, siempre que se salve el posible escollo del *ne bis in idem*, y presupuestos los restantes requisitos de la agravante, pueden determinar la reincidencia²⁰⁵.— Lo mismo cabe decir del delito imprudente²⁰⁶.— Y otro tanto, también, de las formas imperfectas de

²⁰⁰ *Vid.*, así, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 231.

²⁰¹ *Vid.* sobre este requisito DE VICENTE MARTÍNEZ, ADP, L, 1997, 179 ss. Como bien dice MIR PUIG, Reincidencia, 379 ss., los delitos comprendidos en leyes especiales no pueden fundamentar la reincidencia. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 227.

²⁰² *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 8, 149; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 255 s.; MIR PUIG, EPB, 1098. Sobre la historia de la reincidencia, en general y en el derecho español, *vid.* MARTÍNEZ DE ZAMORA, Reincidencia, 15 ss. *Vid.* también DE VICENTE MARTÍNEZ, ADP, L, 1997, 169 ss., 170 ss.

²⁰³ Aunque en 2003 se ha reintroducido la multirreincidencia (*vid. infra*. XVII 196).

²⁰⁴ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 903. *Vid.* MIR PUIG, PG⁷, 624, que lo relaciona con lo cuestionable de la figura, por lo que censura la reforma de la LO 11/2003 que agrava sensiblemente la pena en caso de condena anterior por tres delitos al menos: 623, 626. Sobre las clases de reincidencia en la r. a., *vid.* MARTÍNEZ DE ZAMORA, Reincidencia, 110 ss.

²⁰⁵ *Vid.*, en este sentido, MIR PUIG, Reincidencia, 346 ss., quien advierte muy oportunamente del peligro de lesionar la justicia material [350]; sobre la compatibilidad de la reincidencia con delitos que incluyan la habitualidad: 356 s.; sobre la relación reincidencia-habitualidad, *vid.* también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 307.

²⁰⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 231; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 903. *Vid.* ya en este sentido MIR PUIG, Reincidencia, 333 s., quien no obstante la veía inviable con la redacción legal anterior (regulación del art. 565) y no simpatizaba con aplicar al delito imprudente la idea de rebelión propia de la reincidencia: 126 ss. (con consideraciones dignas de tenerse en cuenta).

ejecución (tentativa y frustración) y actos preparatorios de la participación (conspiración, proposición y provocación), entre sí y con delitos consumados²⁰⁷.

Ad 3) Los delitos, además de estar en el mismo título del CP, deben ser de la misma naturaleza. Este criterio, complementario del anterior, pretende concretar la afinidad entre los delitos, dentro de una cierta vaguedad, de cara a flexibilizar la estimación, o no, de la agravante, exigiendo que, además del bien jurídico, que es prácticamente el criterio de división en títulos del libro II CP, entendido el bien jurídico, por cierto, en su acepción más amplia, ambos delitos tengan en común algo más²⁰⁸, como p. ej. que se trate de un asesinato y un homicidio dolosos, no, en cambio, si el homicidio fue imprudente, que el fin de protección sea homogéneo, como puede ocurrir con las distintas figuras de las lesiones, pero no entre lesiones y violencia doméstica; el robo y la extorsión, pero no el hurto y el robo; etc.²⁰⁹. En cualquier caso, la alusión a la “naturaleza” es extremadamente ambigua²¹⁰. **175**

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 232 ss., cita muy oportunamente la tendencia iniciada por la STS de 8 de julio 1998 en orden a precisar cuándo los delitos son de la misma naturaleza a efectos de la reincidencia, de donde la autora extrae una serie de criterios que pueden ser útiles en el futuro: 1) Los delitos han de atacar el mismo bien jurídico, y 2) revelar una determinada tendencia criminal, en dos sentidos: a) similitud de los medios empleados, y b) gravedad de los delitos = a'. delito doloso/delito doloso, delito imprudente/delito imprudente, y b'. misma gravedad de pena.— Como bien dice esta autora, Reincidencia, 237 s., este criterio de la naturaleza del delito otorga amplias facultades interpretativas al tribunal (a diferencia del de la unidad de título) y muestra un deseo del legislador por prevenir “un inicio de especialización en la comisión de delitos semejantes”. **176**

Ad 4) La cancelación de antecedentes penales está regulada en el art. 136, donde se establece, entre otros requisitos para obtenerla (o poderla obtener), que hayan transcurrido los siguientes plazos sin delinquir por parte del condenado: **177**

²⁰⁷ Vid. ya en este sentido MIR PUIG, Reincidencia, 345, quien a la postre los niega como elementos de la reincidencia cuando concurren un delito consumado y una forma imperfecta, dado que se encuentran en títulos distintos [370 s.]; en términos semejantes se pronuncia MARTÍNEZ DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 246, 247, argumentando desde la naturaleza diferente de tentativa y consumación y diferenciación de penas. Estas opiniones deben rechazarse; al menos cuando el primer delito fue uno consumado y el segundo intentado se debe aplicar la agravante (por un elemental argumento *a maiore ad minus*).

²⁰⁸ Vid. las atinadas consideraciones de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 229 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 627.

²⁰⁹ MIR PUIG, Reincidencia, 363 s., advirtió ya muy certeramente acerca de que delitos situados en diversos títulos pueden ser de muy semejante naturaleza, y delitos incluidos en el mismo de naturaleza muy diversa. De ahí lo atinado del elemento “idéntica naturaleza” introducido en 1995.

²¹⁰ Vid. las dificultades que está teniendo la jurisprudencia con este requisito denunciada por VAE-LLO EZQUERDO, H-Barbero Santos, 1369 ss. Vid. también DE VICENTE MARTÍNEZ, ADP, L, 1997, 180 ss., con criterios para corregir la ambigüedad (mismo bien jurídico, identidad de gravedad de las conductas y misma forma de ataque).

seis meses para las penas leves, dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delito imprudente, tres años para las restantes penas menos graves y cinco años para las penas graves.

- 178** Sobre los graves efectos de la reincidencia a la hora de aplicar los beneficios penales y penitenciarios muy necesarios para la resocialización, tan presente en la reincidencia: a) limitaciones para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81. 1), b) restricción para el reincidente a la hora de acceder a la suspensión de la aplicación de la pena en el caso previsto en el art. 87, c) interrupción del plazo de prescripción de la pena (art. 134), d) toma en consideración de la reincidencia a efectos de prisión preventiva (art. 504 LECr), *vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 310 ss.
- 179** La alusión a la no cancelación de antecedentes penales aunque hubiese vencido el plazo, con igualdad de efectos que la cancelación real, plantea a veces problemas interpretativos que deben resolverse, como dice MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 241, siguiendo a RUIZ VADILLO, en beneficio del reo.— Sobre los efectos de este requisito en los casos de reincidencia en los que se tienen en cuenta sentencias extranjeras, *vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 244, siguiendo a PUENTE SEGURA.— La inclusión de este requisito en la dicción del art. 22. 8, es a la postre superflua (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 243), por bastar con el art. 136.
- 180** Posibles modificaciones posteriores de la norma que regulaba el delito en cuya repetición actual se basa la reincidencia, dan lugar a difíciles problemas interpretativos, dependiendo el hecho de que deban ser tenidas en cuenta o no aquellas modificaciones del significado de la norma de agravación de la reincidencia. Si se entiende que su fundamento es la rebelión contra el ordenamiento jurídico formalmente considerada, lo importante es la norma que estaba vigente cuando el reincidente actuó por primera vez. Si, por el contrario, se prima la gravedad intrínseca de la rebelión, habrá que estar a la doctrina general de la retroactividad de la ley penal en blanco (*vid. supra* III 135 ss.): retroactividad de la ley posterior favorable. La primera concepción obliga incluso a una consideración hipotética adicional: La agravación de la ley correspondiente al delito anterior: p. ej., elevación de la falta a delito, podría fundamentar la reincidencia.— Sobre estos complicados temas de modificación de normas que afectan a la reincidencia *vid.* las atinadas consideraciones de MIR PUIG, Reincidencia, 384 s.; PG⁷, 627.
- 181** Distinta a la cuestión anterior, aunque solapada con ella, es la que se refiere a la modificación de la misma norma de la reincidencia que plantea MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 247 ss., de aplicación de la ley anterior sin tener en cuenta la norma de la reincidencia entonces vigente (SsAPGranada de 8 de octubre y 14 de noviembre 1996), dado que la regulación de la reincidencia posterior a 1995, al exigir un requisito adicional que antes no existía (que ambos delitos sean de igual natura-

leza), era más beneficiosa. Evidentemente, éste es un buen ejemplo de aplicación tímida pero elocuente de que es absurdo el empecinamiento de doctrina y jurisprudencia españolas contrarias a aplicar los aspectos favorables de la ley anterior y posterior en caso de sucesión de leyes (*vid. supra* III 124 ss.).

La reincidencia no se puede fundamentar racionalmente²¹¹, de ahí las propuestas numerosas de abolición, porque vulnera flagrantemente el principio de culpabilidad, al no basarse (cuantitativamente) en un mayor injusto, y el principio de prevención especial, al ser lo más opuesto al principio resocializador. El único fundamento de la reincidencia es la prevención general negativa y, sobre todo, la prevención general positiva directa²¹²; de ahí que simpatice con ella, a pesar de reconocer que es contraindicada para la resocialización, JAKOBS, como ha recordado recientemente MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, 202 ss. Por eso puede leerse el rechazo, también, de la reincidencia como un rechazo de esa concepción de la pena tan deshumanizada²¹³.

MIR PUIG, Reincidencia, 427 ss., después de desechar contundentemente que el fundamento de la reincidencia se encuentre en la repetición del delito pese al cumplimiento de la condena por el anterior [432 ss.], y tras exponer exhaustivamente las tesis que la basan simplemente en la repetición de infracciones [438 ss.], incluida la crítica a estas posiciones que realiza LATAGLIATA, por no tener suficientemente en cuenta que alguna de las teorías ubicables en la de la repetición del delito se centran en la inclinación a delinquir (lo que merece una consideración aparte) y que la mera repetición del delito, incluida la condena por el primero, no explica suficientemente la regulación legal de la reincidencia [477 ss.], procede a su propia fundamentación que, tras refutar que la inclinación inmediata o mediata al delito o la mera repetición de infracciones, exclusivamente, constituyan el fundamento de la reincidencia [481 ss.], la basa, en nuestro derecho positivo, en la condena antecedente [495 ss., 523 ss.], más concretamente, en su significado admonitorio, cuya desobediencia o rebelión por parte del reincidente hace que la repetición del ataque contra el mismo bien jurídico de ese ordenamiento se considere (en el mismo) como un *plus* de injusto, de manera que se ubica la agravante en el injusto (no en la culpabilidad como pretende MAURACH) [535]. Lo que, a su vez, no le impide a MIR PUIG criticar la pervivencia de la figura criticada, poniendo en cuestión previamente su fundamento jurídico-positivo, ya que el mayor injusto de la reincidencia se contrarresta por lo general con la menor

²¹¹ *Vid.* también Antonio GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 296; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 560; CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 22. 8, 260; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 22. 8, 874 s.; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 22, 255 s.; VAELO EZQUERDO, H-Barbero Santos, 1360, 1361 s., 1365; DE VICENTE MARTÍNEZ, ADP, L, 1997, 175, 178.

²¹² *Vid.* ya QUINTERO OLIVARES, PG³, 744.

²¹³ *Vid.* no obstante los argumentos de Díez RIPOLLÉS, LL, 1993-2, 904 ss., rompiendo una lanza por la agravante, al menos rebajando los argumentos en contra.

capacidad de inhibición que muestra precisamente el reincidente [540 ss.], lo que explica las tendencias abolicionistas más recientes, que ven mejor camino para luchar contra la reincidencia de las medidas de seguridad frente a sujetos realmente peligrosos [544 ss.].

184 MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Reincidencia, después de hacer una amplia exposición de derecho histórico [7 ss.] y comparado [35 ss.] sobre la reincidencia, aborda su planteamiento actual arrancando [99 ss.] de la cuestión ya conocida sobre la constitucionalidad de la reincidencia y su interpretación conforme al principio de culpabilidad, no mecánicamente, suscitada por las sentencias 4 de julio TC y 6 de abril TS, 1990, respectivamente, respecto a cuyas consecuencias en la dogmática y la jurisprudencia, muy divididas desde entonces (*vid. supra* II 81)²¹⁴, la autora da cumplida cuenta, y sigue insistiendo valientemente en la línea de su maestro ZUGALDÍA ESPINAR²¹⁵: la agravante de reincidencia es constitucional, pero debe interpretarse de acuerdo con el principio de culpabilidad, no aplicándola cuando no se acredite, fundamentándolo, que su estimación da lugar a una pena proporcionada. Lo que sigue siendo válido tras la nueva redacción dada en 1995 a la reincidencia, especialmente mediante la alusión a la naturaleza de los delitos, que, como bien dice MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, amplía la discrecionalidad del tribunal.— A continuación, para justificar la interpretación que hará de la agravante, arranca la autora de la teoría de los fines de la pena [141 ss.], tomando partido por una concepción que sigue en lo fundamental y expresamente a ROXIN, ecléctica o de la unión, respecto a la que no oculta una simpatía fundada en buena parte en que ROXIN fue pionero de esa idea genial según la cual la culpabilidad es límite máximo que no se puede sobrepasar, pero no límite mínimo por debajo del cual no se pueda pasar si razones de prevención especial lo aconsejan, sin que ni siquiera se pueda argumentar en su contra desde la prevención general, sólo operante en el plano legislativo pero no en el del juicio (culpabilidad) ni en el de la ejecución, en el que predomina la prevención especial, en que tanto insiste el maestro de la autora, ZUGALDÍA ESPINAR.— Pasa después revista MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS a la fundamentación de la reincidencia dada en la doctrina científica [171 ss.] y en

²¹⁴ *Vid.* el comentario muy crítico de la STS de 6 de abril 1990, que realiza JAREÑO LEAL, PJ, 2ª época, 22, 1991, 245 ss., especialmente por vulnerar el límite del tenor literal de la ley, decidiendo la inaplicación de una norma clara y no contradictoria [253]. Igualmente críticos GARZÓN REAL/MANJÓN-CABEZA OLMEDO, APen, 1991, 1 ss., 6 ss., para quienes no basta corregir el atentado que supone al principio de culpabilidad agravar la pena con base en la reincidencia (ahí radica para ellos la inconstitucionalidad de la agravante), haciendo de ella una interpretación conforme al principio de culpabilidad que en realidad no ofrece criterio alguno para no aplicarla salvo la arbitrariedad, en lugar de seguir dejando abierto el camino de la cuestión de inconstitucionalidad [11]. Defendiendo los argumentos de la doctrina jurisprudencial que ha dado pie a esta interesante discusión, JAÉN VALLEJO, PCRPHM-Del Rosal, 715 ss. Sobre la constitucionalidad de la reincidencia *vid.* también CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 8, 261 s.; RUIZ VADILLO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, cm. art. 22. 8, 875 s.; VAELLO EZQUERDO, H-Barbero Santos, 1362 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, ADP, L, 1997, 176 ss., mostrando la debilidad de los argumentos del TS en favor de la constitucionalidad de la reincidencia.

²¹⁵ Quien insiste en sus posicionamientos (*vid. supra* II 81) en torno a la jurisprudencia del TS y TC en la materia, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 22. 8, 1077 ss., 1080 ss. (¡leer!).

la jurisprudencia [188 ss.], con especial referencia a la concepción de la rebelión del reincidente frente a la condena anterior, llegando a la conclusión, no nueva ni sorprendente, de que ninguno de los fundamentos que se han dado convence.— Finalmente, basándose en que la nueva redacción de la reincidencia insiste en la repetición de delitos de la misma naturaleza, entiende que lo que el CP persigue con la tipificación de la reincidencia es corregir la tendencia a cometer un determinado delito; claro que entonces vuelve a plantearse la necesidad de dilucidar si la vía de la agravante es la más adecuada [192 ss., 325 ss.], insistiendo MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, para terminar, en un expediente, no nuevo, aunque sí a su parecer avalado por la nueva redacción de la agravante, según el cual la reincidencia, cuando sea indicativa de una tendencia al delito, se combate mejor por la vía de la medida de seguridad para los reincidentes peligrosos y por la vía de la terapia social para reincidentes y habituales que la necesiten, debiéndose abolir la agravante [363 ss.]²¹⁶.

Sobre las teorías acerca del fundamento de la reincidencia *vid.* ampliamente **185** MARTÍNEZ DE ZAMORA, Reincidencia, 29 ss., que parece inclinarse por otorgarle un fundamento de mayor culpabilidad [64, 199 ss., 215 s.: agravante de la culpabilidad], aunque atemperado con consideraciones prevencionistas basadas en las razones criminológicas que llevan a reincidir en el delito [157 ss., 174 s., 176 ss., 198].

La reincidencia es una agravante de naturaleza personal y aplicable sólo al autor o partícipe en quien concurra²¹⁷. **186**

Vid. también sobre esta agravante GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 281 ss. (ampliamente); PUIG PEÑA, PG, II, 207 ss. **187**

Sobre las agravantes *vid.* también RODRÍGUEZ DEvesa, PG¹⁶, 726 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 572 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 456 ss.; CCP, 237 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, com. art. 10. 14 y 15, 725 ss.; FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 10. 14 y 15, 410 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 10. 15, 105 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 101 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 508 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 414 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 244 ss. **188**

²¹⁶ *Vid.* también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 920. Así ya COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 901.

²¹⁷ *Vid.* ya ALONSO ÁLAMO, Circunstancias del delito, 749; MIR PUIG, PG⁷, 628; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 903; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 22. 8, 153 (compatibilidad: 153); CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 22. 8, 268 (compatibilidad y comunicabilidad); VAELLO EZQUERDO, H-Barbero Santos, 1365.

D. La circunstancia mixta de parentesco²¹⁸

189 Enlazando con lo dicho anteriormente (*vid. supra* XVII 64), cabe afirmar la “decadencia” del parentesco como circunstancia atenuante, manteniéndose, en cambio, puede que incluso ampliándose, su vigencia como agravante²¹⁹. La prueba de ello es que el delito de violencia doméstica confirma que en los delitos contra la vida y la integridad debe operar siempre como agravante (sin las contemplaciones anteriores: sería un desatino que la política agravatoria de tipificar la violencia doméstica se rompiera con la contrapolítica correspondiente por vía de atenuante)²²⁰, al tiempo que probablemente pronto se comenzará a cuestionar la propia excusa absolutoria de parentesco en los delitos contra la propiedad no violentos. Lo que queda del parentesco como atenuante es quizá el ámbito de los delitos contra el honor, aunque eso se puede fundamentar más en la espiritualidad de estos ataques, de ahí la relativización en general de estos delitos, que en el sentido que un día tuvo el parentesco como esfera privada sustraída al derecho.

190 En su Agravante y atenuante de parentesco, MESTRE DELGADO, después de recordar [13] que históricamente, hasta el CP de 1870, el parentesco era sólo circunstancia agravante (reforzar el principio de autoridad: QUINTANO RIPOLLÉS)²²¹, cuyo ámbito ha experimentado una gran ampliación desde la reforma de 1983, con la extensión del hijo legítimo al natural y de los cónyuges (marido y mujer) a todas relaciones de análoga afectividad [13], expone muy bien cómo la alusión de esa reforma a la aplicación o inaplicación de la circunstancia según la naturaleza, motivos y efectos del delito introduce en la redacción un elemento de discrecionalidad en su aplicación que antes no existía, lo que ha llevado a que prácticamente ya no se aplique el parentesco como circunstancia genérica agravante (entre otras razones por la negación de la afectividad real en los casos que llevan a la comisión de delitos entre parientes) [14, 17, 37 ss.]²²².— La tendencia jurisprudencial ha

²¹⁸ Con razón crítica Concha CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 23, 1094 s. la denominación de *mixta* cuando se quiere decir *ambivalente*.

²¹⁹ No obstante, como dice PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 23, 267, la supresión de tipos basados en el parentesco, p. ej. el parricidio, supondrá un incremento de la aplicación de la circunstancia; sobre los aspectos de la circunstancia como mixta: 268 ss. *Vid.* también SAAVEDRA RUIZ, LH-Bacigalupo, I, 806.

²²⁰ Lo que a su vez no quiere decir que no se pueda tener en cuenta el parentesco como atenuante (caso de no darse los requisitos de alguna eximente) en conductas contra el “padre tirano”; claro que el fundamento de la atenuación, aquí, no estará en la reacción contra el padre sino contra el tirano.

²²¹ MESTRE DELGADO [11] cita la STS de 15 de enero 1985, que estimó que la relación familiar puede fundamentar la agravante de abuso de confianza.

²²² La alusión a relación estable análoga a la matrimonial no es una cláusula de analogía en contra de lo que teme MIR PUIG, PG⁷, 628 (con mejor criterio PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES [dir.], CNCP, com. art. 23, 282; SAAVEDRA RUIZ, LH-Bacigalupo, I, 805), sino un eufemismo para referirse a las relaciones matrimoniales homosexuales. *Vid.* también RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 23, 155 (presunción sólo *iusis tantum*). Sobre la extensibilidad de la alusión legal a la relación de análoga afectividad, *vid.* también BONET ESTEVA, EPM-Valle Muñiz, 111, 115 s.

sido la de plantearla como agravante en los delitos contra las personas y su integridad, y como atenuante en los delitos patrimoniales [20 s.]²²³.— Los requisitos que exige la jurisprudencia para aplicar la circunstancia según MESTRE DELGADO, son [22 ss.]: 1) Concurrencia efectiva de la relación familiar o afectiva, aspecto éste en el que como ya se ha apuntado el TS ha exigido que en la relación matrimonial esté presente también el afecto, no aplicándola en caso contrario (STS de 25 de abril 1991) [27 s.]²²⁴, valiendo lo mismo para los hermanos [28 s.]; negándose la aplicación en los casos de afinidad de tercer grado (tío y sobrino) [30]; 2) Vigencia del afecto y constatación del mismo, que el TS tiende a suponer cuando preexistía a la comisión del delito [32]; 3) Elemento subjetivo, excluido cuando el sujeto activo desconocía el parentesco²²⁵ y cuando no actuó en contra del sentimiento, sino todo lo contrario, para recriminar a su hermano el desapego (STS de 31 de enero 1981) [34]²²⁶.— La atenuante de parentesco, única que prácticamente pervive, se fundamenta en el mismo sentido que la excusa absolutoria de los delitos contra el patrimonio no violentos, y por lo tanto preferentemente en estos delitos [35 s.]. Se ha aplicado también en un delito de tráfico de drogas: suministro de droga a un familiar (STS de 20 de abril 1993), en el que, además, se ha estimado compatible con la atenuante de arrebató u obcecación (el acusado suministró a su compañera sentimental droga al verla en tan mal estado por su síndrome de abstinencia) [36]²²⁷.

OLMEDO CARDENETE, EPH-Cobo del Rosal, 657 ss., comenta muy oportunamente la reforma del art. 23 operada por la LO 11/2003, que, en íntima relación con el delito de violencia de género, extiende la circunstancia a la situación de unión estable aunque ya no subsista ésta y al pariente del cónyuge o conviviente, valorándolo positivamente y advirtiendo del peligro de extralimitación en su aplicación, p. ej. al delito patrimonial contra el cónyuge con el que se ya no se convive, e incluso abogando por su especificación en un nuevo párrafo en el que se indicaran los delitos que pueden dar lugar a la

191

²²³ *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 628; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 561; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 922; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 23, 155 s.; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 23, 271; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 23, 889; SAAVEDRA RUIZ, LH-Bacigalupo, I, 809.

²²⁴ *Vid.* también MIR PUIG, PG⁷, 629; ORTS BERENGER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 23, 271; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 23, 890; PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 23, 270 s. *Vid.* sobre la tendencia regresiva del TS, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 922. Sobre el debate que se entabló en su día en el seno del TS acerca del matrimonio separado, SAAVEDRA RUIZ, LH-Bacigalupo, I, 806 ss., sobre la presencia del afecto: 807 ss.

²²⁵ Así ya ALONSO ÁLAMO, *Circunstancias del delito*, 749, quien por lo demás asigna a la circunstancia la naturaleza de personal y no extensible al partícipe.

²²⁶ *Vid.* también SAAVEDRA RUIZ, LH-Bacigalupo, I, 809. Sobre la aplicación de la circunstancia en los delitos de sangre por parte del TS *vid.* también la informada exposición de BONET ESTEVA, EPM-Valle Muñiz, 111 ss.

²²⁷ Sobre compatibilidad de esta atenuante RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 23, 156 (personal y no comunicable: 157).

exasperación en la órbita de la violencia doméstica, y buscando un nuevo fundamento a la agravante cuando al haber cesado la relación no puede verse ya en el afecto traicionado la causa de la agravación e incluso otorgando efectos al transcurso del tiempo (p. ej. un período dilatadísimo). Alude también OLMEDO CARDENETE a las reformas contenidas en la LO 1/2004, integral contra a violencia de género, que evidencian, como él bien denuncia, una sustitución de la agravante genuina por tipos específicos que introducen más fárrago aún en la PE (lo que denunciarnos en otros lugares, *vid. supra* XVII 112 e *infra* VVIII 141 ss., entre otras cosas a efectos concursales).

- 192** Sobre la circunstancia mixta de parentesco *vid.* también CEREZO MIR, PG, II⁶, 400 ss.; GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 205 ss.; GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 163 ss. (ampliamente); BAJO FERNÁNDEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 307 ss., insistiendo muy oportunamente en la efectividad del afecto; BAJO FERNÁNDEZ, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), CPC, com. art. 11, 110 ss. *Vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 766 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 413 s.; CCP, 249 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, I, com. art. 11, 781 ss. (ampliamente); FERRER SAMA, CCP, I, com. art. 11, 438 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 106; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 321 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 508; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 433 s.; CARMONA SALGADO, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, com. art. 23, 1097 ss.: novedades introducidas en 1995, 1100 ss.: relaciones de parentesco aludidas, 1106 ss.: fundamento de la circunstancia (como agravante) en la existencia de real relación afectiva capaz de fundamentar comunidad de riesgos (acertado); PRATS CANUT, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 23, 271 ss. (relaciones familiares afectadas incluida la separación de hecho), 284 ss.: compatibilidad; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 581 ss.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 255 ss.; José María LUZÓN CUESTA, EPB, 976 s.

E. Reglas de aplicación de las penas en función de las circunstancias

*a. Regla básica de determinación de la pena en atención a la concurrencia de circunstancias*²²⁸

- 193** El legislador español (art. 66), obliga al tribunal, en primer lugar, a dilucidar la posible concurrencia de agravantes y atenuantes nominadas, estableciendo

²²⁸ Sobre esta problemática *vid.* ampliamente OBREGÓN GARCÍA, Determinación legal de la pena, 378 ss.; MORILLAS CUEVA, Consecuencias jurídicas del delito, 103 ss.; ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias atenuantes, 189 ss. (con muy atinadas consideraciones); ARROYO DE LAS HERAS, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), Circunstancias agravantes, 227 ss.; DEMETRIO CRESPO, Individualización judicial de la pena, 279 ss.; SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 149 ss., 154 ss. (excelente)

que: 1) Cuando concorra una sola atenuante (y ninguna agravante), aplicarán los tribunales la pena en su mitad inferior (1ª). 2) Cuando concurren dos o más atenuantes o una muy cualificada, y ninguna agravante, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados (el primero preceptivo y sin límite para fijarla sólo cuando se elija el segundo; de elegirse el primero, siguen vigentes las restantes reglas del art. 66: 8ª) (2ª). 3) Cuando concurren una o dos agravantes (y ninguna atenuante), aplicarán la pena en su mitad superior (3ª). 4) Cuando concurren más de dos agravantes, y ninguna atenuante, los tribunales podrán aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior (4ª). 5) Cuando la agravante concurrente sea la de “multirreincidencia”, a pesar de ser única, se podrá aplicar también la pena superior en grado (en toda su extensión) (5ª). 6) Cuando concurren atenuantes y agravantes las compensarán y aplicarán la pena en su mitad superior si predominan las agravantes y la inferior en grado si predominan las atenuantes (7ª). 7) cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes, los tribunales aplicarán la pena en toda su extensión en atención a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente (6ª).— Completa el sistema español de individualización de la pena contenido básicamente en el art. 66, el art. 68, atenuante de eximente incompleta: con el mismo régimen penal de la atenuante cualificada.

El sistema español de individualización de la pena se basa en el *doblo juego* de las circunstancias nominadas de los artículos 21 a 23, completado con las circunstancias innominadas que introduce el art. 66, capital en la materia, en el que, además, se dan las pautas acerca de cómo decidir en el caso de la concurrencia de una o varias atenuantes y/o agravantes, o la ausencia de ellas.— Se da la particularidad, además, de que el defectuoso método de determinación de la pena con base en las circunstancias genéricas que siempre ha caracterizado a nuestro sistema, no sólo se ha mantenido en 1995, aunque muy simplificado y con indicios estimulantes de voluntad de flexibilizar la materia, sino que se ha exacerbado con las reformas introducidas por la LO 11/2003. **194**

Para comprobarlo, nada mejor que contraponer la redacción del art. 66 en 1995 y en 2003: **1995**: I. Si concurren circunstancias nominadas: 1. Si una sola atenuante: mitad inferior de la pena (2ª). 1 bis. Si dos o más atenuantes o una sola muy cualificada, sin concurrir agravante: pena inferior en uno o dos grados (facultativos ambos y sin límite para fijarla dentro del grado elegido) (4ª). 2. Si sólo una o varias agravantes: mitad superior (3ª). 3. Si agravantes y atenuantes: las compensarán dentro del marco total, como II. Si no concurren ni agravantes ni atenuantes (1ª)²²⁹. E incluso ambos a la redacción anterior a 1995: **1973**: art. 61: I. Si concurrían circunstancias nominadas: 1. Si una sola atenuante: grado mínimo (1ª). 1 bis. Si dos o más atenuan- **195**

²²⁹ El art. 68 en la redacción de 1995 establecía como facultativos (“podrán imponer”) tanto el primero como el segundo grado de atenuación previstos; y sin límite para concretarlo dentro del grado elegido.

tes o una sola muy cualificada, sin concurrir agravante: pena inferior en uno o dos grados (preceptivo el primero y sin límites para fijarla dentro del grado elegido, el primero o el segundo) (5ª). 2. Si sólo una agravante: pena en grado medio o máximo; si varias: máximo (2ª). 3. Si agravantes y atenuantes: las compensarán dentro del marco legal (3ª). II. Si no concurrieran atenuantes ni agravantes: las compensarán dentro del grado mínimo a medio del marco legal (4ª)²³⁰.

196 Todo parece indicar, pues, que, concurriendo agravante o sólo atenuante, son ellas solas, las circunstancias modificativas nominadas concurrentes, las que sirven para acotar un marco penal más corto que el legal (éste en su mitad superior o inferior, no en toda su extensión), e, incluso, a partir de 2003, sobrepasar el marco legal del delito por la mera concurrencia de agravantes, sin que el legislador diga nada sobre cómo individualizar la pena dentro de la mitad superior o inferior o el nuevo marco creado. En cambio, sólo cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes nominadas, se individualizará la pena conforme a las circunstancias innominadas de “mayor o menor gravedad del hecho” y “circunstancias personales del delincuente”.

197 Abundando en lo dicho con anterioridad (*vid. supra* XVII 43 ss.), este modelo de individualización de la pena es más bien un *antimodelo*: 1. Constituye una aberración que la mera presencia de una o varias agravantes obligue a imponer la pena en su mitad superior, esto es, impida tener en cuenta la posible concurrencia de atenuantes innominadas²³¹. Y mayor aberración aún, por su crasa vulneración del principio de culpabilidad, permitir imponer la pena superior en grado por la mera acumulación de agravantes o la multirreincidencia (que fue abolida en 1983: art. 61. 6 CP de 1973 y ahora revive)²³². Estas reglas son claramente defensistas. 2. Es también aberrante que cuando no concurren ni agravantes ni atenuantes nominadas, el tribunal pueda aplicar la penas en toda la extensión de su marco legal, no restringiéndose, como se hacía antes de 1995, a la mitad inferior del marco legal. También es defensista, y contraria al principio constitucional de resocialización, esta regla. 3. Como aberrante es que, a partir de 2003, se haya prescindido de someter al mismo régimen, flexible, el caso de la no concurrencia de atenuantes y agravantes y el de la concurrencia de ambas, previsto en 1995, y representativo de lo relativo que es pretender ser taxativos en esta materia, y jugar sólo con las agravantes y atenuantes nominadas cuando

²³⁰ El art. 66 en el CP de 1973, homólogo del 68 en el CP de 1995, establecía que el primer grado de atenuación era preceptivo (“aplicarán”); y sin límite para concretarla dentro del grado elegido.

²³¹ Con buen criterio, LUZÓN PEÑA, Estudios penales, 288, propuso en su día que la aplicación de la pena en su grado máximo cuando concurrieran agravantes fuese sólo facultativa, no preceptiva.

²³² Sobre la multirreincidencia, reintroducida en 2003, en el contexto de la lucha emocional y puramente represiva (no otras medidas) contra la criminalidad habitual, *vid.* ALONSO ÁLAMO, EPR-Ruiz Antón, 55 ss., 71 ss.

éstas concurren. 4. Todo parece indicar, de ahí la confusión en la materia, que atenuantes y agravantes nominadas no son criterios de individualización de la pena, sino más bien todo lo contrario, formas de recortar el ámbito dentro del cual individualizar, de efectos nefastos cuando el recorte lo es de la prevención especial. 5. En consecuencia, entendidas así las circunstancias nominadas, como quiera que el estrechamiento del marco que suponen, fundamentalmente: mitad superior o mitad inferior, todavía no da una pena individualizada, no debería haber inconveniente en que el tribunal recorra el mini-marco de esa mitad individualizando conforme a las circunstancias innominadas, que sí parecen auténticos criterios de determinación de la pena de “mayor o menor gravedad del hecho” y “circunstancias personales del delincuente”.

- b. *En función de los delitos ya intrínsecamente circunstanciados o a cuya estructura sea inherente la circunstancia y de la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias concurrentes*

Nunca se insistirá bastante en la conveniencia de procurar que las circunstancias, especialmente las agravantes, no estén conectadas directamente con el injusto característico del tipo de delito al que acompañan, al objeto de evitar vulneraciones del principio *ne bis in idem*. A este fin siempre obedeció, literalmente, el que hoy es art. 67, en el que se excluye del régimen de determinación de la pena de las circunstancias genéricas aquellas que ya (siempre) forman parte del tipo de injusto al que acompañan (p. ej. la alevosía en el asesinato, art. 139-1) o que ya hayan sido tenidas en cuenta como circunstancia modificativa especial del tipo correspondiente (el llamado delito circunstanciado, p. ej.: art. 147/148). No basta, a pesar de la buena voluntad restrictiva con que lo promueve BORJA JIMÉNEZ, con exigir que la circunstancia no acompañe frecuentemente a la acción principal. Una circunstancia que frecuentemente acompaña a la acción principal, no siempre (el tenor es claro), será el caso más adecuado para estimarla, hasta que, como suele ocurrir, el legislador acabe creando una circunstancia específica. No se trata de considerar que las circunstancias forman parte del injusto y luego decidir si se contabilizan o no como circunstancias modificativas. Se trata de esclarecer ante todo que la circunstancia no forma parte del injusto en sentido estricto²³³.

La regla de la compatibilidad en que se basan las excepciones al régimen general de las circunstancias en los casos de circunstancias específicas e inheren-

²³³ Vid. sobre esta cuestión JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 972. MIR PUIG, PG⁷, 606, entiende que la lectura del precepto sólo excluye la posibilidad de estimar la circunstancia cuando el delito no pueda cometerse *nunca* sin la concurrencia de aquella, aunque acabe admitiendo la desestimación con criterio concursal de *consumción*, siguiendo a ANTÓN ONECA.

cia, es extensible, por analogía (siempre favorable al reo), a las circunstancias modificativas genéricas entre sí; lo que será frecuentemente el caso²³⁴.

200

En su excelente estudio sobre la inherencia, BORJA JIMÉNEZ, ADP, XLV, 1992, 165 ss., después de una breve referencia al origen histórico del principio de inherencia en el derecho español y comparado (Alemania, Italia) [168ss.], aborda la cuestión de su fundamento y naturaleza jurídica. Por lo que se refiere al fundamento [173 ss.], tras exponer cómo en la doctrina alemana se deriva el principio de inherencia del principio *ne bis in idem*, como consecuencia de su sistema de individualización que da mucha libertad al juez, demuestra convincentemente que en el derecho español, con su rígido sistema de agravantes y atenuantes, a ese fundamento se suma también otro de estricta interpretación de las normas legales implicadas, incluido el propio art. 59 a. r., lo que introduce un argumento adicional de carácter lógico. De ahí que BORJA JIMÉNEZ concluya que la lógica es el presupuesto del *ne bis in idem*, que a su vez explica que la división de funciones entre legislador y juez exige tener muy en cuenta esa posible vulneración que infringiría el principio de culpabilidad por el hecho [185]. Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del principio de inherencia, BORJA JIMÉNEZ [185 ss.] lo entiende como regla que soluciona un conflicto aparente de normas en el ámbito de la determinación de la pena [1867], resuelto conforme a la regla concursal (concurso de leyes) de la consunción [191 s.]. La determinación del ámbito de aplicación del principio de inherencia no ofrece problemas según el autor [192 s.] cuando se trata de circunstancias específicas de agravación o atenuación, sobre todo si se circunscriben a determinados delitos. A todas ellas es aplicable el principio de inherencia del art. 59 [195]. Mayores problemas ve en aplicar la inherencia allí donde el presupuesto del precepto se sitúa en alguna circunstancia que puede producir una atenuación final, como en el caso del delito de conducir bajo la influencia de sustancia a cuyo autor se le pudiera aplicar la atenuante de embriaguez habitual [195]. Aunque para el autor la dificultad para aplicar aquí la inherencia estriba en que el art. 59 se refiere sólo a agravantes y su aplicación analógica en este caso sería en perjuicio del reo, llega a la conclusión de que el caso se sigue resolviendo conforme al principio de inherencia: lo mismo que sirve para agravar no puede servir para atenuar [197].— Finalmente, por lo que se refiere al aspecto esencial del criterio conforme al cual resolver la inherencia, BORJA JIMÉNEZ, huye del criterio general y abstracto de CÓRDOBA RODA, según el cual ha de determinarse que en abstracto la circunstancia ya ha sido considerada por el legislador en el injusto²³⁵, inclinándose por una interpretación inspirada en BRUNS que estima se debe aplicar la circunstancia cuando por lo general contribuye a singularizar la infracción en el conjunto de infracciones en que se inserta, lo que le lleva a la conclusión de que mientras que CÓRDOBA RODA diría que puesto que el

²³⁴ Sobre toda la problemática de este apartado *vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, Circunstancias modificativas, 215 ss.; MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito⁴, 264 ss.

²³⁵ En el mismo sentido, la doctrina dominante: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 551; QUINTERO OLIVARES, PG³, 730; SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 120 ss., 129. Así también la jurisprudencia, como pone de relieve OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 67, 782 s., quien, siguiendo a VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 60-67, 397, se inclina por la inherencia relativa (que en concreto no suele estar ausente la circunstancia).

abuso de confianza suele acompañar a la apropiación indebida, no se debe aplicar como agravante, él, BORJA JIMÉNEZ, considerará que éste sigue siendo un caso en el que la consideración de la agravante está especialmente indicado [197 ss.].

Por lo que se refiere a la compatibilidad de circunstancias genéricas entre sí, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 888 ss., sostienen, para fundamentar sólidamente la tendencia jurisprudencial, que la incompatibilidad de circunstancias no la proporciona el mismo hecho, sino el objeto de valoración, que pueden ser varios en el mismo hecho²³⁶. Ejemplo de CÓRDOBA RODA (aunque no muy afortunado): la embriaguez era compatible con la perturbación afectiva del art. 9. 8 r. a., si la perturbación se habría producido igualmente en ausencia de la embriaguez. *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 67, 400 s.

201

c. En función del número de las concurrentes

Completan las reglas básicas del art. 66. 1ª y 2ª: concurrencia sólo de atenuante/es, y 66. 3ª y 4ª: concurrencia sólo de agravante/es, la establecida en el art. 66. 7ª, según el cual, cuando concurren atenuantes y agravantes (pueden ser sólo una atenuante y sólo una agravante), se “valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena”. Si, tras ello, predomina el efecto atenuatorio sobre el agravatorio, se podrá atenuar la pena hasta la inferior en grado. Si ocurre al contrario, predominio del efecto agravatorio, se impondrá la pena en su mitad superior. El legislador es, pues, muy generoso: extendiendo el beneficio de la atenuación y reduciendo el de la agravación.

202

ALONSO ÁLAMO, RCP, I, 2, 1998, 256 ss., defendió, muy oportunamente, siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO, y en el contexto de la tendencia del legislador a flexibilizar la materia [254], redacción de 1995, que la regla del art. 66. 1 era subsidiaria de la del 66. 4 (en contra de lo que podría parecer), y ello por analogía e interpretación hermenéutica en comparación con la regla del art. 68 (eximente incompleta), por lo que se podría atenuar la pena en uno o dos grados (66. 4), aun en el caso de que concurre alguna agravante, en contra de lo sustentado por la Fiscalía General del Estado (Consulta 2/1997, de 19 de febrero)²³⁷.

203

No cabe compensar atenuantes y agravantes genéricas (art. 21-23) con atenuantes y agravantes específicas (p. ej. art. 235.4 con 21.5º), sino sólo aquéllas entre sí²³⁸.

204

²³⁶ En el mismo sentido: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 551; ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 21, 197. De otro parecer RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 691; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 415; CCP, 203; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 78 s.; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Eximentes, atenuantes y agravantes, 128.

²³⁷ *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 905.

²³⁸ *Vid.*, al respecto, CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 61; GÓNZALEZ CUSSAC, Circunstancias modificativas, 223; y en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 66, 392, 393.

205 No obstante, ALONSO ÁLAMO, CPCr, 19, 1983, 5 ss., ha defendido la muy atinada tesis de la posibilidad de compensar circunstancias genéricas y específicas de la PE, al menos en algunos casos en los que no se violenta sino todo lo contrario la finalidad de la circunstancia específica (con la r. a., p. ej., en algún supuesto de robo), avalando su posición con una tendencia excepcional del TS en esa línea, y tras pasar revista a los proyectos de reforma del CP, que no se pronuncian sobre tan importante cuestión, y alusiones al derecho comparado.

206 Compensar circunstancias atenuantes y agravantes no significa contrarrestar unas con otras mecánicamente²³⁹. Compensar es una invitación del legislador español a aplicar una teoría de la determinación de la pena conforme a fines al estilo de la que hemos esbozado en la primera parte de este capítulo; luego, por tanto, una que atienda primero y sobre todo al fin de la resocialización²⁴⁰.

*d. El régimen penal especial de la atenuante muy cualificada*²⁴¹

207 El art. 66. 2ª ofrece la posibilidad de atenuar muy considerablemente la pena cuando no concurriendo agravante y sí varias atenuantes o una muy cualificada, se pueda imponer la pena inferior en uno o dos grados (preceptivo el primero y facultativo el segundo). Este régimen, que se basa sin duda en el principio resocializador, obliga a plantear qué se entiende por atenuante muy cualificada. En este contexto, la idea de reparación del daño puede ser paradigmática.

e. El régimen penal especial de las eximentes incompletas

208 Al estudiar las causas de justificación (*vid. supra* X 83 ss.), sobre todo, y al hacer lo propio con las causas de exclusión de la culpabilidad (*vid. supra* XI 279 ss.), hubo ocasión de mencionar las razones muy poderosas que hablan a favor de proceder a una atenuación muy considerable de la punición cuando falte algún elemento de ellas que impida eximir plenamente (el del “miedo insuperable” es todavía más amplio; *vid. supra* XI 307). La razón estriba en que siendo el injusto el criterio básico de determinación de la gravedad de toda imputación penal, aquellas causas tan poderosas como para eximir de responsabilidad por el injusto realizado

²³⁹ *Vid.* atinadamente SERRANO MAÍLLO, *Compensación de circunstancias*, 23 ss. *Vid.* también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 610.

²⁴⁰ Lo que no siempre es fácil ni está exento de contradicciones: *vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 611.

²⁴¹ Sobre este apartado y el siguiente *vid.* GALLEGO DÍAZ, *Determinación legal de la pena*, 394 ss.; OBREGÓN GARCÍA, *Atenuación de la pena, antes y después de 1995*, 307 ss., 347 ss. (fundamental), con especial atención a los problemas de determinación de la pena cuando concurren otras atenuantes no cualificadas y la naturaleza potestativa o preceptiva de la atenuación que permitía la redacción anterior. *Vid.* también MORILLAS CUEVA, *Consecuencias jurídicas del delito*, 107 ss., sobre la concurrencia simultánea de circunstancias genéricas y específicas; MAPELLI CAFFARENA, *Consecuencias jurídicas del delito*⁴, 258 ss.

es lógico que la atenúen sensiblemente cuando estuvieron presentes no todas, pero sí elementos que las fundamentan.— Con todo, la existencia de dos grados posibles de atenuación, preceptivo el primero y facultativo el segundo y las demás cautelas del art. 68 (respetar las reglas del art. 66 que sean compatibles con el 68), impiden que se pueda abusar injustamente de la generosidad del legislador español.

OBREGÓN GARCÍA, Atenuación de la pena, que ha estudiado minuciosamente la reflexión doctrinal sobre la existencia en el CP de la atenuación de eximente incompleta, llega a la conclusión, en línea con su concepción de la atenuación de la pena (*vid. infra* XVII 215), de que ni está justificada la existencia de una atenuación extraordinaria de eximente incompleta ni tampoco hay un salto cualitativo entre la atenuante ordinaria y la extraordinaria. **209**

f. Problemas comunes a las dos reglas anteriores

En la redacción de 1995, la atenuación de la pena en uno o dos grados en los casos de atenuante muy cualificada y eximente incompleta, era facultativa del tribunal, tanto el primero como el segundo (“podrán imponer”), lo que por cierto ocurría ya en la redacción del CP anterior a 1995 en lo referente a atenuante muy cualificada, pero no en el caso de eximente incompleta (“impondrán”). Ello dio lugar a una amplia polémica doctrinal y jurisprudencial, ya que hubo muchos pronunciamientos a favor de lo preceptivo del primer grado de atenuación a pesar de la clara dicción de la ley (léase como prueba del miedo a la discrecionalidad incluso con garantías). Como consecuencia de ello, la reforma de 2003 zanja la cuestión a favor del carácter imperativo del primer grado de atenuación en ambos casos. **210**

Sobre la regla del art. 68, redacción de 1995, según la cual los tribunales podían atenuar la pena en caso de su concurrencia, en uno o dos grados, se estableció una gran polémica entre quienes sostenían que el primer grado era preceptivo y quienes sostenían que ambos eran facultativos. 1) Para ZUGALDÍA ESPINAR, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 68, 785 ss., autor nada sospechoso de no apostar por la individualización de la pena (*vid. supra* XVIII 33), siempre que se razone en la sentencia, los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad [790] se oponen a una discrecionalidad tan grande como supondría que ambos grados fuesen facultativos en el art. 68, por lo que simpatizaba con la STS de 10 de junio 1997 (ponente CONDE-PUMPIDO TOURÓN) que consideró preceptiva la atenuación en el primer grado y facultativa sólo la segunda [793], aduciendo una paleta de argumentos entre los que destacaba que de otra manera la atenuante cualificada de eximente incompleta podría tener un efecto nulo mientras la simple siempre obliga a atenuar la pena (mitad inferior: 66. 2). 2) Por su parte, PADILLA ALBA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 68, 833 ss. (*vid. también* Responsabilidad por consumo de drogas, 183 ss.), con argumentos semejantes a los de ZUGALDÍA ESPINAR y ejemplo ilustrativo de lo que podía suponer considerar facultativa la atenuación en dos grados en la eximente **211**

incompleta (grado máximo de la pena en la que estuvo presente el trastorno mental transitorio incompleto), sostenía que ciertamente el tenor literal no facilitaba, pero él lo propugnaba, poniendo énfasis en que el tribunal podía elegir entre imponer la pena en el grado inferior o hacerlo en el siguiente [839]. A su vez estimaba, ahora con buen criterio, que el art. 68 excluía las reglas del art. 66. 1-3, aunque también con buen sentido, ello no significaba que no pudiesen ser criterios heurísticos para el juzgador [846]²⁴². 3) Para OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 68, 855 ss., no partidario de someter las eximentes incompletas a régimen punitivo distinto al de las restantes atenuantes, pero sí de contemplar en el CP una atenuación muy cualificada de cualquier atenuante [856 ss.], y después de exponer las discrepancias doctrinales en torno al carácter facultativo o no del primer grado de atenuación del art. 68 [859 ss.], no es sólo que el tenor literal del art. 68 era bien claro, a favor del carácter facultativo de los dos grados de atenuación, sino que además ello era digno de alabar dado el carácter cualificado que pueden alcanzar las eximentes incompletas y a la vez pueden verse contrarrestadas por la presencia de agravantes [866], alterando incluso el régimen general del 66. 4 (redacción de 1995) [867,869]. 4) Finalmente, CASTELLÓ NICÁS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 68, 795 ss., después de hacer una exposición brillante sobre los diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales (inclusión hecha de amplia alusión a la génesis del precepto) en torno al “podrán imponer” del art. 68 [795 ss.], y tras realizar un estudio comparativo de los artículos 68 y 66. 4 [809 ss.], toma posición sobre la cuestión debatida situándose muy inteligentemente no en la generalidad de los casos, en los que lo lógico será que la eximente incompleta obtenga una rebaja muy amplia, sino en el caso excepcional en que a pesar de su concurrencia la globalidad del caso no merezca el privilegio [826], llegando a la conclusión de que es precisamente la posibilidad de que en un caso concurren agravantes muy cualificadas que no aconsejen al tribunal la atenuación lo que estaba detrás de la clara decisión legislativa, cuya elusión sólo sería posible por vía de reforma legal [831].

212 La misma posibilidad de atenuar la pena en uno o dos grados en caso de atenuante muy cualificada o eximente incompleta, planteaba la duda acerca de si una vez decidido el grado de atenuación de los dos posibles, dentro de la pena elegida (la inferior en uno o dos grados) el tribunal podía moverse a discreción o había de respetar las restantes reglas del art. 66 (que, p. ej., no permite imponer la pena en su mitad superior si concurre atenuante y no agravante); lo que ocasionó una amplia polémica doctrinal y jurisprudencial porque según muchos, tal margen de discrecionalidad podría dar lugar a agravios comparativos. La polémica se ha zanjado en 2003 a favor de los detractores de la discrecionalidad, establecién-

²⁴² Sostenían también que en la redacción del art. 68 de 1995, el primer grado de atenuación era preceptivo, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 605; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 68, 1139; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 936 ss.

dose: art. 66. 8, que sólo cuando los tribunales opten por el segundo grado de atenuación podrán aplicarla en toda su extensión, mientras que si lo hacen por el primero siguen vigentes las restantes reglas del 66. Una prueba más del miedo a la discrecionalidad.

También se planteó una gran polémica con la regla del art. 66. 2, y 68 redacción de 1995²⁴³, en el aspecto concerniente al hecho de si cualquiera que fuese el grado que el tribunal decidía atenuar, el preceptivo o el facultativo, dentro del grado elegido jugaba el régimen general de atenuantes y agravantes (el resto de reglas del art. 66). En este aspecto cabe presentar las posiciones contrapuestas de CORTÉS CAMACHO y FELIP I SABORIT: 1) Con buen criterio, CORTÉS CAMACHO, AP, 10, 1991, 153 ss., destacó una STS de 23 de febrero 1988, que dejó a la discrecionalidad del tribunal individualizar la pena dentro del grado (de los dos posibles) inferior elegido sin sujetarse siquiera a los criterios generales de individualización (art. 61 a. r.), por ser la única que permite individualizar la pena sin contradicciones internas, sin que ello, por lo demás, vulnerara la seguridad jurídica²⁴⁴. 2) En cambio, FELIP I SABORIT, ADP, XLIII, 1990-III, 999 ss., defendía muy bien la llamada solución ecléctica para todos los casos (atenuante muy cualificada, eximente incompleta, tipos penales de la PE) en los que existe la facultad de atenuar la pena en más de un grado, conforme a la cual es correcto dejar de aplicar el régimen general de atenuantes y agravantes cuando se opte por el grado facultativo, pero no cuando se opte por el grado preceptivo, ya que en otro caso se producirían agravios comparativos [1022]. Ejemplo de FELIP I SABORIT: si al autor de una tentativa de homicidio con una atenuante se le impone, lo que era posible con la r. a., la pena de prisión mayor en su grado máximo, se le estará tratando peor que al mismo autor de un delito frustrado más atenuante, al que se le aplicaría la prisión menor en su grado mínimo, por aplicación preceptiva del régimen general de atenuación (profundizando en sus argumentos a favor del carácter obligatorio del primer nivel de atenuación en caso de atenuante muy cualificada o eximente incompleta, a pesar de la ambigua redacción legal, BOLDOVA PASAMAR, en: GRACIA MARTÍN [coord.], Lecciones de consecuencias, 193 ss., 196, 197 ss.; en contra, con argumentos contundentes, ALONSO ÁLAMO, RCP, 1, 2, 1998, 260 ss.). En realidad, siendo una incoherencia la situación que denunciaba FELIP I SABORIT, también lo es que para evitarla se le impida al tribunal agravar la pena de una tentativa de homicidio con agravante, siendo más satisfactoria la solución de CORTÉS CAMACHO que, además, permite tener en cuenta el argumento de FELIP I SABORIT como criterio heurístico.— En cualquier caso, el legislador ha resuelto la cuestión en 2003 a favor de la solución ecléctica, es decir, la contraria a la discrecionalidad.

Finalmente, la redacción de 1995, en la que ni para estimar los efectos amplios de la atenuante muy cualificada ni de la eximente incompleta se exige expresamente la no concurrencia de agravantes, lo que sí ocurría en la redacción

²⁴³ Y ya antes, con la redacción de los art. 61. 5 y 66, redacción anterior a 1995.

²⁴⁴ *Vid.* también las muy atinadas consideraciones, en el mismo sentido, de ORAA GONZÁLEZ/ORAA GONZÁLEZ, LL, 1990, 955 ss., tras minuciosa exposición de la evolución jurisprudencial en la materia y la discusión doctrinal, argumentando muy bien la incompatibilidad de los artículos 66 y 61 CP de 1973.

anterior a 1995 al menos para la atenuante muy cualificada (art. 61. 5), según dedujeron algunos (incluso el CGPJ informó positivamente esa amplitud en fase de proyecto), se ha visto modificada en 2003 en el sentido de antes de 1995, es decir, estableciéndose expresamente que el amplio juego de estas dos macro-atenuaciones exige la no concurrencia de agravantes.

- 215** OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 66, 770, argumentó muy bien en favor de la posibilidad de atenuar uno o dos grados la pena en la atenuación cualificada aun en el caso de que concudiesen también agravantes, sin que el art. 66, redacción de 1995, que hablaba sólo de atenuantes, tuviese que dejar de aplicarse en ese caso (lo que sí decía el precepto homólogo en la redacción anterior a 1995: art. 61.5°), argumentando desde la mayor flexibilidad en la materia que inspiró la redacción del CP 1995, inclusión hecha en el caso del informe del CGPJ, que apostó decididamente por la mayor flexibilidad también en la degradación de la pena en uno o dos grados y libertad de movimiento del tribunal dentro del grado elegido sin cortapisa alguna.— Sostenía también que el art. 66. 4, redacción de 1995, facultaba para atenuar la pena en uno o dos grados cuando concudiesen varias atenuantes o una muy cualificada, aun en el caso de que concudiesen también agravantes, y que el primer grado no era facultativo, sin sujeción a restricción alguna posterior, cualquiera que fuese el grado elegido (incluido pues el primero), VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 66-67, 396²⁴⁵.

²⁴⁵ Sobre toda la problemática de los apartados a^o-f^o, *vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, Circunstancias modificativas, 219 ss., y en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 66, 398 ss., com. art. 68, 402 s. (muy convenientemente, ¡leer!); SERRANO MAÍLLO, Compensación de circunstancias, 31 ss.; MORILLAS CUEVA, Consecuencias jurídicas del delito, 106 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 881; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 66-68, 254 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 66, 1119 ss., com. art. 68, 1138 ss. (muy ponderadamente, argumentando además desde la prevención especial ya en el primer escalón de la individualización de la pena: anteposición de la personalidad del autor a la gravedad del hecho); MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito⁴, 257; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 318 ss., quien muy ponderadamente también veía posible armonizar el art. 66. 4 con los restantes números en la redacción de 1973: primero se aplicaría el art. 66. 4, y luego, dentro de su marco, los demás, concretamente, si concurrían, el 66. 3 (agravantes).— Por su parte, BOLDOVA PASAMAR, RDPC, 2^a época, 1, 1998, expuso y criticó la STS de 8 de marzo 1997, que sostuvo, como la propia Fiscalía General del Estado, que ambos grados de atenuación de las eximentes incompletas eran facultativos [246 ss.], contraponiéndoles y ensalzando la STS de 10 de junio 1997, que estimó que el primer grado de atenuación era obligatorio [348 ss.].— PADILLA ALBA, ADP, XLVIII, 1995-II, 505 ss., después de trazar una panorámica sobre el régimen penal de las eximentes incompletas en España [505 ss.] e histórica sobre el tratamiento de su concurrencia con circunstancias atenuantes o agravantes ordinarias [509 ss.], llegaba a la conclusión de que el término “grado” del art. 66. 1, segundo inciso, había de entenderse como grado-extensión, por lo que los tribunales no estaban obligados en ningún caso una vez decidida la degradación al grado [os] inferior [es] por la regla del 61. 1 [515], criticando la postura ecléctica del TS [515 ss.]. En cambio, su conclusión de que pueden acumularse eximentes incompletas [519] no es afortunada (lo mismo puede objetársele a BOLDOVA PASAMAR, en: GRACIA MARTÍN [coord.], Lecciones de consecuencias, 201 s., y a MIR PUIG, PG⁷, 723; con mejor criterio: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG³, 606), como errónea es su pretensión de acumular la atenuación de la tentativa con la de eximente incompleta: PADILLA ALBA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 68, 848 s., 853 s., a no confundir con la posibilidad de tenerlo en cuenta para la determinación de la pena dentro del marco (único) de la atenuación del grado; algo semejante puede decirse de la acumulación de efectos de los artículos 68 y 66. 4.

F. La cuestión de la determinación de la pena con base en la concurrencia de circunstancias en la doctrina científica

216

OBREGÓN GARCÍA, Atenuación de la pena, concibe la atenuación de la pena en sentido estricto y propio [234 ss.]. Tiene un sentido estricto cuando faculta a rebajar la pena por debajo del marco legal, con lo que sólo la atenuante extraordinaria (inclusión hecha de las eximentes incompletas) del CP sería auténtica atenuación [235]²⁴⁶, en tanto que las ordinarias, que no permiten sobrepasarlo, serían otra cosa más tenue. Y tiene un sentido propio cuando no forma parte de un tipo privilegiado con marco penal atenuado (respecto a su tipo básico) [236]. OBREGÓN GARCÍA, para ilustrar el juego de las eximentes incompletas como atenuantes muy cualificadas, reduce las eximentes completas a atenuación del grado de culpabilidad hasta cero, siendo pues de grado la diferencia entre eximentes y atenuantes basadas en la culpabilidad, menor, del autor (cuasiximentes) [238 ss.]. A su vez, a las eximentes incompletas como atenuantes, se contraponen las circunstancias en sentido estricto, de eficacia exigente también limitada y basadas, a diferencia de las eximentes incompletas, en elementos extradelictivos, que ni pueden constituir agravantes, por un extremo, ni pueden reducir la responsabilidad a cero, por el otro [241 ss.]; aspecto en el que se distinguen de las atenuantes basadas en la culpabilidad.— Como consecuencia de lo anterior: 1) La formalización del injusto (elemento valorativo del injusto), cualquiera que sea su signo, debe basarse en un tipo [243 s.]. 2) La formalización de la culpabilidad o elementos valorativos de la culpabilidad [244 ss.] a) no deben contenerse en un tipo [244]; carecen de sentido las agravantes de la culpabilidad, b) sí pueden reflejar una mayor culpabilidad (que es distinto a fundamentar o aumentar la reprochabilidad creada por un injusto) [244] y c) bastaría con las cuasiximentes de las eximentes incompletas (perfeccionando su técnica) [245]. De hecho, a eso parece tender el legislador al parecer de OBREGÓN GARCÍA, con la criba de atenuantes que ha hecho el CP de 1995, pero nada se opone a una regulación matizada de sus efectos atenuatorios [246]. 3) Las circunstancias en sentido estricto (= atenuantes no basadas directamente en la culpabilidad), situadas paradigmáticamente en el comportamiento postdelictivo, aparecen anárquicamente diseminadas en la PE, como causas extradelictivas de exención mientras que las circunstancias de atenuación en sentido estricto aparecen en la PG [247 s.].—OBREGÓN GARCÍA contrapone, finalmente, un modelo que no reconociese la atenuación extraordinaria de la pena a otro que, como el español, lo reconoce, llegando a la conclusión (con un sofisticado argumento que ahora no podemos contrastar) de que la pena resultante debe ser la misma, deviniendo no obstante el sistema de la atenuación extraordinaria: la culpabilidad sólo puede disminuir la responsabilidad, más acertado [248 ss., 252].— OBREGÓN GARCÍA concluye [272 s.], inspirándose en GALLEGO DÍAZ, que ya había apuntado en esa dirección [270], que el sistema español de la división en grados de la pena (paliado con la reducción

²⁴⁶ Abundando en su tesis de que las eximentes incompletas son las atenuantes más genuinas y se traducen en una sensible disminución del grado de exigibilidad, OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, II, com. art. 21, 629 ss., 646 ss.

de tres a dos del número de grados), en el mayor obstáculo para la determinación de la pena²⁴⁷.

G. El error sobre las circunstancias modificativas del marco penal (remisión)

217 Las circunstancias comunicables del art. 65. 2, las relacionadas con la ejecución del hecho y los medios empleados, no tiene por qué realizarlas el partícipe (de propia mano) para que se le imputen, bastando con que las realice el autor, siempre que aquél tenga conocimiento de su concurrencia ya en el momento de su acción de participación (obsérvese que puede no haberse producido todavía: los autores planean cometer el delito en descampado, lo que después hacen). Sin conocimiento de la circunstancia, pues, ésta no puede ser imputada al partícipe. El desconocimiento o error por parte del partícipe, como el error sobre el tipo, vencible o invencible, excluye la imputación de la circunstancia. Esta norma, anterior en cuanto a inclusión en el CP español, puede entenderse como complemento de la establecida, posteriormente incluida en el CP español, en el art. 14. 2.: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre circunstancia agravante, impedirá su apreciación”, pudiéndose entender la del art. 65. 2 como aclaratoria de que mientras que el autor ha de realizar de propia mano la circunstancia para que se le impute, el partícipe basta con que conozca su realización por el autor, sin que haya de haber intervenido en ella de propia mano²⁴⁸.— Sobre esta problemática, *vid.*, más ampliamente *supra* VIII 294²⁴⁹.

H. Comunicabilidad de las circunstancias y aplicabilidad al partícipe

218 Según el art. 65: “1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabili-

²⁴⁷ *Vid.* también OBREGÓN GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, introducción a sec 2ª, cap. 1, libro I, 738.

²⁴⁸ Descarta poner en relación de complementariedad los artículos 14. 2 y 65. 2, SALINERO ALONSO, Teoría general de las circunstancias, 110 ss., 119 s., con desconcierto sobre el tratamiento del error acerca de las atenuantes y el error inverso.

²⁴⁹ Así ya BOLDOVA PASAMAR. Comunicabilidad de las circunstancias y participación delictiva, 377. *Vid.* también las atinadas consideraciones de Díez Ripollés, LL, 1993-2, 907 ss. *Vid.* también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 903. *Vid.* también ALONSO ÁLAMO, CDJ, 1995, VII, 62 ss., 67 s., que extrae de la ambigüedad del CP en materia de error sobre las circunstancias y su extensibilidad al partícipe que su régimen atenta contra la seguridad jurídica, siendo así que el problema es resoluble interpretativamente. Se pronuncia también en términos críticos sobre las diferencias del régimen legal sobre el error acerca de las circunstancias, MAQUEDA ABREU, LH-Cerezo Mir, 863. El problema de las circunstancias en el derecho español es otro.

dad sólo de aquellos en quienes concurren²⁵⁰. Este artículo, redactado en la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, simplifica sensiblemente la redacción anterior en lo que se refiere a la unificación conforme a un único criterio de no comunicabilidad de la circunstancia, “de naturaleza personal”, dejando intacta la redacción dada históricamente a las circunstancias basadas en la ejecución material del hecho o en los medios empleados.

Las normas aquí contenidas son aplicación a las circunstancias genéricas de principio de culpabilidad, dado que si la culpabilidad es responsabilidad individual, el partícipe responderá sólo de la suya²⁵¹, lo que incluye lo realizado fácticamente por el autor (accesoriedad de la participación)²⁵², y no lo que él reúne en su persona (la circunstancia personal), ¡aunque el autor no la posea! (excepción a la accesoriedad), pero no lo que sólo reúne en su persona el autor²⁵³. **219**

Son circunstancias claramente personales²⁵⁴: a) Entre las atenuantes: 1) Las atenuantes de eximente incompleta cuando la eximente completa se fundamente **220**

²⁵⁰ El nuevo párrafo 3. del art. 65 (“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades, o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trata”), y todo lo relacionado con él (incluida su repercusión sobre el partícipe) corresponde a otro lugar (*vid. supra* XIV 333 ss.).

²⁵¹ Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 65, 752; VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 65, 391. *Vid.* ya RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 696.

²⁵² Con buen criterio CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 65, 114, sostiene que basta el conocimiento de su concurrencia en el autor para que le alcance al partícipe la circunstancia objetiva, no necesitándose un elemento volitivo adicional (¡al de querer el hecho cuyo autor lo realiza con esa circunstancia!) para hacerla extensiva. *Vid.* también ya FERRER SAMA, en: CCP, II, com. art. 60, 255 s.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 60, 257 s. QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 357, ya intuía una contradicción entre la incomunicabilidad de las circunstancias subjetivas y la no ruptura del título de imputación en delitos como el parricidio, contraria a relacionar necesidad de circunstancia objetiva con necesidad de su concurrencia en el hecho principal del autor y, por tanto, con accesoriedad de la participación, como hace BOLDOVA PASAMAR. MOLINA BLÁZQUEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 65, 753 s., requiere un elemento volitivo: 754.

²⁵³ Precisamente por basarse en el principio de culpabilidad, la doctrina dominante en España considera extensible su mandato también a las circunstancias específicas de algún delito o grupo de delitos de la PE. *Vid.* CEREZO MIR, PG, III, 237; PÉREZ ALONSO, Circunstancias, 246 ss., con muy sólida argumentación. En contra, restringiendo su ámbito de aplicación a las circunstancias genéricas como asimismo extrayendo consecuencias de él sobre el régimen del error acerca de las circunstancias y la accesoriedad de la participación, con independencia de que sí quepan extraerse del principio de culpabilidad, del que todas estas cuestiones son manifestación, SALINERO GARCÍA, H-Barbero Santos, 1314 ss.

²⁵⁴ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 65, 384 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 60, 253 s.; MOLINA BLÁZQUEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 65, 759; SALINERO GARCÍA, H-Barbero Santos, 1320 ss.

en la culpabilidad: minoría de edad penal, anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio, intoxicación por consumo de droga y alteraciones de la percepción; 2) Adicción a sustancia; 3) Estado pasional; 4) Confesión; 5) Reparación del daño. B) Entre las agravantes: 1) Abuso de superioridad; 2) Precio, recompensa o promesa; 3) Discriminación; 4) Abuso de confianza; 4) Reincidencia²⁵⁵; 6) Parentesco.

221 Son circunstancias claramente objetivas²⁵⁶: A) Entre las atenuantes: Sólo la atenuante de eximente incompleta cuando la eximente completa excluye la anti-juricidad: legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio del cargo; B) Entre las agravantes: 1) Alevosía; 2) Disfraz, lugar, tiempo y auxilio de persona; 3) Ensañamiento; 4) Prevalimiento del carácter público.

222 En caso de duda, como ocurre con el abuso de superioridad, la alevosía, el ensañamiento y el prevalimiento del carácter público, de las que se piensa, incluso, que tienen un carácter mixto, cabe desglosar sus aspectos y modular la pena conforme a los criterios innominados de determinación de la misma, teniendo en cuenta la idea guía: la no comunicabilidad del aspecto personal²⁵⁷.

223 Sobre compatibilidad de las circunstancias, *vid.* también RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 272 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 545; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 317 s.

I. El régimen especial de determinación de la pena en el delito imprudente²⁵⁸

224 Según el art. 66. 2, el régimen rígido que ya hemos criticado del art. 66. 1 en materia de determinación de la pena en función de la concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes, nominadas e innominadas, se exceptúa tratándose del delito imprudente, en el que el tribunal determinará la pena discrecionalmente (sobre su fundamento *vid supra* XV 195).- La discrecionalidad no significa arbitrariedad, debiendo el tribunal motivar la sentencia. A tales efectos, hay que cuestionar, lo que hasta ahora no se ha hecho en profundidad, qué atenuantes y agravantes nominadas e innominadas son aplicables en la

²⁵⁵ Así también MIR PUIG, Reincidencia, 405.

²⁵⁶ *Vid.* también GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 65, 386 ss.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 60, 253 s.; MOLINA BLÁZQUEZ, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 65, 759.; SALINERO GARCÍA, H-Barbero Santos, 1322 ss.

²⁵⁷ *Vid.* ya CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. b 60, 254 s.

²⁵⁸ Sobre esta problemática *vid.* GALLEGO DÍAZ, Determinación legal de la pena, 444 ss.

imprudencia²⁵⁹, sobre la base de que la generalidad del régimen español lo propicia (sin que se oponga ningún obstáculo: el art. 66. 2 no lo es). Así, todo parece indicar que ninguna de las agravantes es aplicable al delito imprudente, ni siquiera la reincidencia²⁶⁰; y apenas si alguna atenuante nominada²⁶¹, como la reparación del daño o la confesión. Dan mucho más juego, en cambio, las circunstancias innominadas de “gravedad del daño” e incluso la “peligrosidad” del autor (a la que por cierto debe reconducirse la reincidencia del autor imprudente).— Todo ello corrobora, al parecer, lo acertado de lo establecido en el art. 66. 2.

J. El régimen especial de determinación de la pena en las faltas²⁶²

Aunque el CP no dice nada de la aplicación del régimen de determinación de la pena del art. 61 ss. a las faltas, la alusión frecuente en el capítulo a “delito”, incluso el artículo más relevante, el 61, habla de “delito doloso” y “delito imprudente”, hace pensar que la levedad de las faltas y la levedad de las penas previstas, no justifica el rigor de la individualización que impera en nuestro sistema respecto al delito; lo que, a su vez, no quiere decir que, de manera informal, las circunstancias (especialmente las innominadas) no ayuden a la concreción de la pena en las faltas. 225

²⁵⁹ Piénsese en las eximentes incompletas.

²⁶⁰ *Vid.* ya BACIGALUPO, PG⁵, 162.

²⁶¹ Es difícil pensar incluso en las eximentes ncompletas.

²⁶² Sobre esta problemática *vid.* GALLEGO DÍAZ, Determinación legal de la pena, 454 ss. *Vid.* también ANTÓN ONECA, Derecho penal, 602.

XVIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS. CONCURRENCIA DE NORMAS Y DE DELITOS

BIBLIOGRAFÍA: Ignacio AYALA GÓMEZ, El delito masa, CDJ, 1995, II, 271 ss.; Francisco Javier BÉJAR GARCÍA, Concurso de leyes en derecho penal, CDJ, 1995, II, 11 ss.; Ángel CALDERÓN CEREZO, El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas, CDJ, 1995, II, 243 ss.; José ANTÓN ONECA, Delito continuado, NEJ, VI, 1954 (separata); César CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, 1951; Rocío CANTARERO BANDRÉS, Problemas penales y procesales del delito continuado, 1990; Juan Carlos CARBONELL MATEU, ¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la sentencia del T.S. de 4 de marzo de 1986), ADP, 1986, 994 ss.; Sergi CARDENAL MONTRAVETA, Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos, ADP, XLVIII, 1995-III, 1009 ss.; Nuria CASTELLÓ NICÁS, El concurso de normas penales, 2000; M^a Teresa CASTIÑEIRA, El delito continuado, 1977; CASTIÑEIRA, El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, LH-Antón Oneca, 139 ss.; José CID MOLINÉ, Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, ADP, XLVII, 1994-I, 32 ss.; Manuel COBO DEL ROSAL, Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales), CDJ, 1995, II, 243 ss.; Joaquín CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal, ADP, 1979, 45 ss., 451 ss.; Antonio CUERDA RIEZU, El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código penal de 1989, ADP, 1991, 821 ss.; CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación de la pena, 1992; CUERDA RIEZU, La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, LH-Roxin, II, 341 ss.; CUERDA RIEZU, La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código penal de 1992, PCRPH-Del Rosal, 299 ss.; CUERDA RIEZU, El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos, LL, 1997, 1806 ss.; CUERDA RIEZU, El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al *caso Herin Parot*. Observaciones legales y constitucionales, CDJ, VII, 2006, 217 ss.; José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, El delito continuado, 1997; CHOCLÁN MONTALVO, Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de infracciones, CDJ, 1995, II, 341 ss.; Isabel DURÁN SECO, Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales). Una revisión de la jurisprudencia del TS, RTSJyAP, 1998, 12, 10 ss.; Estrella ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica, 2004; Ramón GARCÍA ALBERO, Sobre la denominada unidad natural de acción (a propósito de la STS de 23 de junio de 1989), ADP, XLVII, 1994-II, 211 ss.; GARCÍA ALBERO, “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales, 1994; Alicia GIL GIL, Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio (sentencia

del BGH de 30 de abril de 1999 –3 StT 215/98– OLG Dusseldorf). Relaciones concursales entre un delito contra bien jurídico colectivo –el genocidio– y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos en su ejecución, RDPC, 2ª época, 4, 1999, 771 ss.; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba en homicidio, Estudios³, 172 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato), ADP, 1990, 422 ss.; Abelardo GONZÁLEZ PULIDO, El “efecto de cierre” en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto a los delitos cualificados por el resultado, PJ, 14, 191 ss.; Alfonso GUALLART DE VIALA, Parricidio-asesinato: concurso de leyes o concurso ideal de delitos?, AP, XXXVII, 1990, 401 ss.; Gumersindo GUINARTE CABADA, El concurso medial de delitos, EPC, XIII, 1990, 159 ss.; Ujala JOSHI JUBERT, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, ADP, 1992, 613 ss.; Ulrich KLUG, Sobre el concepto de concurso de leyes, Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho, 55 ss.; José Luis MANZANARES SAMANIEGO, El artículo 72 del nuevo Código penal, APen, 30, 1997, 659 ss.; Santiago MIR PUIG, Sobre el tipo subjetivo en el concurso de delitos, ADP, 1987, 203 ss.; MIR PUIG, Sobre la relación entre parricidio y asesinato, ADP, 1988, 997 ss. (= LH-Beristain, 823 ss.); Lorenzo MORILLAS CUEVA, La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal, LH-Cerezo Mir, 463 ss.; A. PELÁEZ DE LAS HERAS, El delito continuado, 1942; Enrique PEÑARANDA RAMOS, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1992; Miguel POLAINO NAVARRETE, Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla segunda del artículo 70 del Código penal, CPCr, 13, 1981, 81 ss.; Federico PUIG PEÑA, Colisión de normas penales, 1955; Antonio REOL SUÁREZ, El sujeto pasivo masa en el delito continuado, ADP, 1958; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, La relación concursal parricidio-asesinato después de la reforma de 1983, LL, 1986, 350 ss. (= EPC, X, 1987, 345 ss.); Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Contrabando y/o tráfico de drogas, EPM-Fernández Albor, 627 ss.; José Antonio SÁINZ CANTERO, El delito masa, ADP, XXIV 1971, 649 ss.; José M. SÁNCHEZ TOMÁS, Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro), ADP, 1993, 679 ss.; Ángel SANZ MORÁN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, 1986; SANZ MORÁN, Concurso de delitos y pluralidad de procesos, Revista jurídica de Asturias, 18, 1994, 1 ss.; SANZ MORÁN, El concurso de delitos en la reforma penal, CDJ, 1995, II, 191 ss. (= versión adaptada al CP de 1995: Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el CP de 1995, LH-Torío López, 505 ss.); SANZ MORÁN, Alternatividad de leyes penales, EPM-Fernández Albor, 663 ss.; Rudolph SCHMITT, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW, 75, 1963, 179 ss. y 435 ss.; Eberhard STRUENSEE, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; José María SUÁREZ LÓPEZ, El concurso real de delitos, 2001; Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, El concurso ideal de delitos: una aproximación doctrinal y jurisprudencial, CDJ, 1995, II, 76 ss.; Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, El delito continuado. Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones contra el patrimonio continuadas, EPM-Valle Muñiz, 183 ss.; Tomás Salvador VIVES ANTÓN, La estructura de la teoría del concurso de infracciones, 1981.

1. LA FUNCIÓN DE LA NORMATIVA CONCURSAL

El supuesto básico de la teoría del delito incluye un sujeto que mediante un hecho lesiona un tipo delictivo, conforme a cuyo marco de pena se determina la aplicable.— Puede ocurrir, sin embargo, que al hecho realizado le sean aplicables en principio varios tipos delictivos, en cuyo caso habrá que dilucidar cuál (o cuáles) de ellos, se aplique y en qué marco de pena.— Y puede ocurrir asimismo que el sujeto haya realizado una pluralidad de hechos por los que es juzgado unitariamente, habiéndose de dilucidar si esos hechos forman una unidad subsumible una única vez en un único tipo delictivo cuyo marco de penal se aplique (intacto o modificado) o son subsumibles, cada uno de ellos, en su respectivo tipo delictivo o en el mismo tipo delictivo por separado (el mismo tipo delictivo se lesiona y aplica varias veces)¹.

ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, insiste reciente y muy oportunamente en destacar que la relación de concurso en derecho penal está muy condicionada (y añadimos: también sus problemas) por la configuración de sus normas en forma de tipos penales (siguiendo a BINDING) [17 ss.], como asimismo por la idea capital (*vid. supra* III 62) según la cual antes de comprobar si hay concurso debe comprobarse si hay pluralidad de leyes penales vulneradas [25 ss., 27], lo que no obstante va a cuestionar después: 241.

La doctrina conoce tradicionalmente estos casos en los que se plantean problemas acerca de si estamos ante una unidad o pluralidad de hechos delictivos o son aplicables sólo uno o varios tipos delictivos (con el problema añadido de cómo determinar el marco penal que se va a aplicar), con el nombre de *concur-rencia*, distinguiendo entre el *concurso de leyes*, también llamado concurso aparente, porque en él, en realidad, lo que se discute es en qué tipo delictivo (uno sólo) se subsume el hecho delictivo único por el que se va a castigar², y los *con-cursos ideal y real* de delitos, o concurso auténtico, en el que sobre la base de que el hecho o los hechos realizados dan lugar a una pluralidad de delitos, se considera que el hecho único del concurso ideal impide, lo que no ocurre en el concurso real, por la pluralidad de hechos³, aplicar plenamente los marcos penales

¹ *Vid.* SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 15; VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 7; MIR PUIG, PG⁷, 632; BACIGALUPO, PG⁵, 417; QUINTERO OLIVARES, PG³, 752; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 73, 1164; PUIG PEÑA, PG, II, 345; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 67-71, 281; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 8, 65; SÁINZ CANTERO, PG, III, 211; JAKOBS, PG, 1043.

² PUIG PEÑA, Colisión de normas penales, 35 s., explica muy bien por qué para referirse al concurso de leyes sería mejor hablar de “colisión de leyes penales”; lo único que ocurre es que esa expresión tan gráfica, no se ha impuesto en la terminología concursal (además de prestarse a confusión con otros institutos penales).

³ *Vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 580, 581.

correspondientes a los tipos delictivos realizados (o el mismo varias veces), pues se vulneraría el principio *ne bis in idem*⁴.

- 4 *La función que cumple la normativa concursal es la de tener en cuenta que cualesquiera que sean el hecho o los hechos realizados y el tipo o los tipos delictivos aplicables, puesto que a quien se juzga es a una única persona cuya libertad, no elástica, se va a restringir con la pena aplicable, ha de formarse una unidad superpuesta, y respetuosa en la medida de lo posible, a los particulares tipos delictivos y sus correspondientes marcos penales, que están pensados como si sólo ellos, aisladamente, cada uno de ellos, existiera* (lo que en consecuencia, se traduce, por emplear términos simplistas, en un rebaja de pena, tal como en el concurso de acreedores mercantil, todos ellos se conforman con cobrar una parte sólo de su crédito)⁵.— Este planteamiento, de una clara connotación político-criminal, pero sólo defendido en materia concursal por los partidarios de una única modalidad de concurso con un marco penal único muy flexible que permita dar cuenta de la diversidad de casos concursales, frente a quienes ven en él un peligro de que no se contabilicen suficientemente los delitos cometidos⁶, es el que mejor permite visualizar las soluciones jurisprudenciales y legales (sobre todo para eludir la norma del concurso real) que chocan con los criterios tradicionales conforme a los cuales se ha intentado diferenciar, infructuosamente, los distintos supuestos concursales, ninguno de los cuales se ha podido resolver hasta ahora con ellos.
- 5 Antes de exponer sistemáticamente la unidad de delito, el concurso de leyes y los concursos ideal y real de delitos, que son los conceptos a llenar de contenido, e incluso antes de exponer los conceptos de unidad y pluralidad de hechos (a efectos concursales), unidad y pluralidad de delitos y sistemas de determinación de la pena en casos de concurrencia, fundamentales para la precitada distinción de modalidades concursales, conviene que nos demoremos en el concepto de

⁴ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, 1995, II, 345 ss.; vid. también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 429 s.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 8, 393, com. art. 77, 1225. Vid. ya QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 373 s.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 71, 354.

⁵ Vid. ya en este sentido, siguiendo a WELZEL, QUINTERO OLIVARES, PG³, 757 (a favor de la pena única). De otro parecer, GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 73, 417; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 919 ss., para quien el principio de proporcionalidad obliga a castigar más severamente la pluralidad de delitos que la unidad, y sólo después, para evitar la desproporcionalidad de la pena, ésta se atenuaría en el caso del concurso ideal, e incluso del real, en la línea de CUERDA RIEZU (vid. *infra* XVIII 23). Con mejor criterio: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 73, 1169; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 302.

⁶ Insisten en la función concursal de “contar” los delitos (si bien desde la óptica de que no se contabilicen “más delitos de la cuenta”), MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 512 ss.

*hecho típico*⁷. Este concepto remite a lo que tiene que acontecer para que se pueda aplicar un tipo delictivo, o, lo que es lo mismo, cuánto de lo acontecido se puede subsumir en un tipo delictivo, que da cuenta suficiente de ello. Figuras problemáticas de la materia concursal permiten ilustrar este concepto. Así, en el delito continuado, el empleado que todos los días se ha apoderado de una pequeña cantidad del material que manipula, ha realizado el hecho típico de la apropiación indebida una vez, aunque haya actuado en sentido naturalístico varias veces. De la misma forma, en los actos copenados, del tipo daños de una cerradura necesarios para robar en el interior de un local, el hecho típico del robo abarca la totalidad de lo acontecido (incluidos los daños). Lo que sustenta estas figuras, cualesquiera que sean los límites en que pueden reconocerse (en cuyo caso ya estaríamos ante otras figuras distintas), es que, a la luz del tipo, hay que ordenar la realidad abarcada, tal como hacemos en todos los ámbitos de la vida: *interpretando la realidad*. Ni que decir tiene que la ordenación de la realidad en un tipo delictivo a efectos de aplicar una pena obliga a tener en cuenta la totalidad del derecho penal. Es más, de no procederse así, esto es, situándose en un tipo determinado, para, desde él, interpretar la realidad a su luz, sólo tendríamos una realidad informe y sin sentido. El hecho aislado de tomar una pequeña cantidad insignificante del material que se manipula no tiene ningún sentido (salvo quizá como manía del trabajador) separado de los restantes actos de las mismas características y contemplados, todos ellos, como unidad, a la luz del tipo delictivo de apropiación indebida (art. 252).— Si se comparten las anteriores premisas: los tipos penales contemplan hechos típicos (delictivos) configurados a su luz, tenemos la unidad mínima necesaria para su aplicación⁸. Lo que, a su vez, aplicado a la regulación concursal, significa que sólo cuando tengamos un hecho típico pleno, a la luz de un determinado tipo penal, tendremos una aplicación de la ley penal; pero, también, que sólo una pluralidad de hechos típicos, a la luz, lógicamente, de tipos penales distintos, o el mismo realizado varias veces, pueden dar lugar a una pluralidad de delitos. De ahí la regla del art. 77, que bajo ningún concepto admite que, p. ej., el lanzamiento de una granada que ha causado dos muertes constituya dos hechos típicos a los efectos del asesinato. Nunca, sin embargo, se ha logrado fundamentar esta clara prescripción del legislador.

⁷ Vid. las muy atinadas consideraciones de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 73, 1164 ss., sobre este punto a la luz de la jurisprudencia del TS (STS de 16 de febrero 1995). Vid. también PUIG PEÑA, PG, II, 346 ss.

⁸ CEREZO MIR, PG, III, 289 ss., caracteriza la unidad de acción como la suma de dos factores, el *finalista* y el *normativo*, o “cortes” de la realidad que el legislador hace en los tipos. En el mismo sentido MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 517 ss., 522, siguiendo a WELZEL, PG, 265 s. Vid. también SÁINZ CANTERO, PG, III, 213.

- 6 Recientemente se están introduciendo en la materia concursal argumentos relacionados con el principio *ne bis in idem*. Todo parece indicar que esta estrategia es muy acertada y, probablemente nos ayude a esclarecer (que no resolver a través de ella sola) en el futuro el enigma de normas como la del art. 77. De momento, tenemos que conformarnos con reconocer, lo que no es poco, que si el art. 77, primer inciso, contempla el supuesto de que un mismo y único hecho constituya infracciones diversas (a la vez, a diferencia del concurso de leyes) o infracción plural de la misma norma, el concepto empleado de “un solo hecho” no puede significarlo en términos absolutos (prueba de ello es que puedo describir el hecho acontecido, lanzamiento de la granada, como causación de la muerte de A y como causación de la muerte de B)⁹, sino en términos de *hecho típico completo*, lo que las dos muertes del ejemplo del lanzamiento de la granada no constituyen. Esto, que se puede fundamentar lógica, dogmática y político-criminalmente, es lo que quizá pueda verse fecundado por el principio *ne bis in idem* a que tan sensible es la discusión jurídico-sancionadora actual.
- 7 La doctrina española que se ha ocupado del concurso en seguida ha sido consciente de lo que el principio n.b.i.i. puede tener de importante para resolver el arduo problema concursal. En este sentido, ninguno de los autores que se han ocupado de la teoría del concurso ha dejado de utilizarlo para resolver algún aspecto del concurso. Ocurre sin embargo que al menos hasta ahora el principio n.b.i.i. ha sido utilizado más para denunciar lo que sería una clara vulneración del mismo que para extraer de él pautas que ayuden a resolver algún problema concursal; es decir, no para evitar su vulneración crasa sino como criterio heurístico que por ejemplo invitara a una solución concursal mejor que otra porque respeta más el principio. En este sentido, muchos de los casos en los que la doctrina española acude al concurso ideal, porque al fin y al cabo *no se lesiona plenamente* el principio n.b.i.i., deben resolverse en el sentido del concurso de leyes porque ésa es la mejor forma de garantizar que *se satisfacen plenamente*.
- 8 Así, CUERDA RIEZU, ADP, XLIV, 1991, 849 (PCRPHM-Del Rosal, 300), utiliza el principio n.b.i.i. para justificar que el concurso real sea castigado con pena superior a la del concurso ideal, dado que de otra manera se vulnerarían los principios de proporcionalidad y n.b.i.i., sin tener en cuenta que como se resuelve el concurso es evitando penas tan graves como las del concurso real y situaciones dudosas respecto al n.b.i.i., en el concurso ideal.
- 9 GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 332, por su parte, llega a la conclusión de que puesto que únicamente en la relación de especialidad en sentido estricto se vulneraría crasamente el principio n.b.i.i., en todas las demás relaciones que tradicionalmente han sido consideradas de concurso de leyes cabe jugar con la posibilidad de resolverlas conforme al concurso ideal.

⁹ Vid. al respecto SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 84 s.

Finalmente, ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 105 ss., que no quiere vulnerar el principio n.b.i.i., pero tampoco el de íntegra valoración del hecho, encontrando armonizables ambos principios a través del de proporcionalidad, utiliza los supuestos del concurso de leyes: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, para poner de relieve que las dificultades doctrinales a la hora de llenar de contenido esos supuestos, distinguiéndolos de los auténticos concursos, evidencian lo poco comprometido que está el principio y lo poco que ayuda a resolver los problemas concursales. En cualquier caso, también se alinea claramente en la defensa del principio en su contenido negativo: lo que ha de evitarse necesariamente, no lo que ha de respetarse para no aproximarse siquiera a su clara vulneración.

10

Sobre la base de lo difícil (quizá imposible) que es determinar cuándo, con regulaciones cada vez más abigarradas, un tipo delictivo comparte con otro u otros algún elemento, de manera que la aplicación de ambos a un único hecho (o hechos diversos que comparten un tramo de su realización: p. ej. art. 77, segundo inciso) pueda constituir una vulneración del principio *ne bis in idem*, lo que ilustra muy bien la dogmática de la PE es la necesidad de proporcionar argumentos para justificar la aplicación de una u otra solución concursal y la amplia discrepancia entre los autores en la materia, hay que hacer un esfuerzo por proporcionar criterios que permitan discernir cuándo basta con la aplicación de un único tipo delictivo, cuándo pueden aplicarse clara y plenamente varios y cuándo ha de tenerse en cuenta más de uno para valorar un único hecho. Aquí, en la teoría general de los concursos sólo se trata de fundamentar las normas generales y realizar una primera aproximación, que no exime del análisis pormenorizado en concreto propio de la PE, a la solución de los problemas concursales más frecuentes y estudiados.

11

Sostienen que las normas concursales pertenecen tanto a la teoría del delito como a la teoría de la pena: ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 104; SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 37; CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, 1995, II, 343 (siguiéndome); PUIG PEÑA, PG, II, 305 s.; CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979, 48.

12

Sostiene que las normas concursales pertenecen a la teoría de la pena, VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 24 ss., 41, fundamentándolo muy sutilmente sobre la base de que en el derecho español el concurso real se limita a acumular sin valoración adicional alguna (naturalísticamente) lo que excluye su pertenencia a la teoría del concurso. De otro parecer, argumentando desde la redacción del art. 77, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 780: pertenencia tanto a la teoría del delito como de la pena (lamentándolo); BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 547.

13

Sostienen que las normas concursales pertenecen a la teoría del delito: MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 878; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 917.

14

15 La norma concursal más difícil de interpretar, dentro de la dificultad de toda esta problemática, es la del concurso ideal. Sobre la base de que incluso es discutida su pertenencia al concurso de leyes o al de delitos¹⁰, la doctrina dominante, en cualquier caso, la utiliza mecánicamente para resolver todos aquellos casos de unidad de hecho en las que un tipo legal no permite abarcar la totalidad de lo acaecido desde el punto de vista penal. Así, casos, que ya conocemos, por concernir también a la temática del error sobre el tipo (*vid. supra* VIII 319 ss.), como el de la tentativa de homicidio doloso que produce un homicidio imprudente por error esencial o *aberratio ictus*, el de la tentativa de un tipo agravado o cualificado (p. ej. asesinato) que determina la consumación del tipo básico (homicidio) o el de la tentativa de homicidio que produce unas lesiones consumadas, los resuelve esa doctrina acudiendo a la norma del concurso ideal, para dar cuenta de que además de la tentativa del delito más grave, se ha producido la consumación del menos grave, lo que no siempre ocurre en la tentativa (una tentativa de homicidio puede dejar intacta la integridad de la víctima). La cuestión es: La norma penal de la tentativa, que permite imponer la pena inferior en grado al delito consumado (en Alemania, incluso, de manera meramente facultativa), ¿no abarca ya posibles secuelas como la del homicidio imprudente?— ¿Existe alguna diferencia que pueda ser esclarecedora para nuestro objetivo de delimitar el concurso ideal entre los casos anteriores y estos otros respecto de los que nadie duda de que caen dentro de la norma del art. 77?: Alguien lanza una granada de mano con la que produce la muerte de dos personas; alguien falsifica un documento que después utiliza para realizar una estafa; por motivos racistas alguien causa el homicidio de varias personas.— Estos casos, sobre todo los dos primeros, no son discutidos como ejemplos de concurso ideal, porque, así parece, está muy claro que en el primer caso el bien jurídico vida está tan individualizado que sin duda ha sido lesionado dos veces por un único hecho, en el segundo caso son tan diferentes los bienes jurídicos atacados (seguridad del tráfico jurídico y patrimonio) a través de hechos superpuestos que se justifica la unidad de hecho y la pluralidad de infracciones y en el tercero es tan elevada la pena del genocidio (la misma del asesinato) y tan individualizado el bien jurídico (vida) a través del cual se comete (homicidio) que no hay necesidad de deshacer la unidad de hecho (efecto abrazadera) propiciada por el genocidio.— De aquí puede extraerse una regla heurística para el concurso ideal: Mientras más individualizado esté el bien jurídico lesionado, más diferentes sean los bienes jurídicos lesionados en unidad de hecho y más próximos en gravedad estén los marcos penales correspondientes a cada uno de los tipos por separado, más justificado estará aplicar la norma del concurso

¹⁰ Sobre si el concurso ideal contiene un único delito o varios (teoría de la unidad *versus* teoría de la pluralidad), *vid.* ampliamente FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 71, 297 ss., insistiendo a favor de la teoría de la pluralidad para el derecho español, siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ, PG, II, 326.

ideal, en detrimento del concurso de leyes, y a la inversa, que es lo que ocurre con el grupo de casos que veíamos al principio.

Por lo que se refiere al marco de pena del concurso ideal, que, como se señala por la doctrina, difiere poco del concurso de leyes (de ahí que pueda parecer bizantina la distinción además de difícil)¹¹, éste se establece acotando a la mitad superior el marco legal del tipo delictivo más grave de los aplicables al hecho. Estableciendo todavía el art. 77 la regla, extraña, según la cual cuando la pena resultante de aplicar la correspondiente al delito más grave en su mitad superior sea mayor que la pena resultante de sumar las correspondientes a las infracciones realizadas por separado se aplicará esta suma. Los principales problemas de esta regulación son los de que, por un lado, el marco penal puede ser muy pequeño en casos emblemáticos como el de la pluralidad de asesinatos en unidad de hecho, en tanto que, por otro, una interpretación literal del 77. 3 convierte al concurso ideal en un concurso real, como ha evidenciado la jurisprudencia y la doctrina en el caso del tráfico de drogas más contrabando¹². Parece, sin embargo, que una ampliación del límite superior del marco penal del concurso ideal hasta el grado superior al máximo de la infracción más grave cometida (en el caso del asesinato: hasta veinticinco años o quizá veintidós años y medio) y, como propuse en 1979, una interpretación de la norma del 77. 3 como límite de referencia al que no aproximarse, daría cuenta de la razón de ser del concurso ideal frente al real y el de leyes.

Con ello podemos todavía tomar postura ante una posición doctrinal reciente que, siguiéndome¹³, aunque no fue eso lo que en su día sugerí exactamente, propone acoger el modelo de derecho comparado que prevé una solución de pena única para cada uno de los concursos, lo suficientemente flexible como para que con ella se resuelvan todos los problemas, si son reales y materiales, que ahora se quieren resolver, haciéndolo insatisfactoriamente, con las normas concursales¹⁴.

¹¹ Sobre las dificultades de distinguir el concurso de leyes del ideal de delitos en el derecho alemán, con la tentación de equiparlos, propugnando la distinción a efectos de hacer cumplir al segundo (concurso ideal) una función de clarificación, y el problema añadido de la dificultad por el efecto de cierre de la sanción más grave del tipo excluido en el concurso ideal, *vid.* STRATENWERTH, PG, 454, 463 s.

¹² *Vid.*, con mejor criterio, RODRÍGUEZ RAMOS, EPM-Fernández Albor, 627 ss., que fue pionero en sostener que la relación tráfico de drogas / contrabando es de concurso de leyes.

¹³ CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979, 73 ss.

¹⁴ *Vid.* VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 42, extrayendo la conclusión sobre la unificación punitiva de ambos concursos de la distinción meramente naturalística, no valorativa, entre ambos. *Vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 329 ss., CDJ, 1995, II, 348 s. Aunque no admite la unificación, aboga por la aproximación de los regímenes punitivos del concurso real e ideal de delitos, SANZ MORÁN, CDJ, 1995, II, 215.

- 18** MORILLAS CUEVA, LH-Cerezo Mir, 463 ss., después de un valioso recorrido por doctrina y legislación comparadas acerca de cómo deben regularse los concursos [465 ss.], deteniéndose especialmente en el derecho español, con su tradicional distinción conceptual y de régimen punitivo para el concurso ideal y real [472 ss.], y tras mostrar convincentemente las debilidades de nuestro sistema y el prácticamente unánime acuerdo doctrinal sobre la necesidad de su reforma, expone las opciones existentes, distinguiendo entre quienes quieren mantener la diferencia, mitigándola, y quienes como él abogan por la pena única [479 ss.], con una propuesta muy valiosa de concreta regulación positiva en estos términos: “Al responsable de dos o más delitos o faltas se le aplicará una pena única que tendrá como límite máximo la suma de las penas correspondientes a cada una de las infracciones concurrentes en su tope máximo, no pudiendo sobrepasar el máximo establecido por la clase de pena de mayor gravedad de entre ellas, y como límite mínimo, o la más grave de las penas en el mínimo de su mitad superior, de las concretamente fijadas para los delitos o faltas concurrentes. Excepcionalmente el límite máximo será: *a*) Cuando exceda del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, la pena resultante a cumplir no podrá exceder de la mitad de la citada suma de las penas correspondientes a cada una de las infracciones concurrentes en su tope máximo. *b*) Cuando el tope máximo de la pena de mayor gravedad concretamente fijada coincida con el máximo establecido para la clase de dicha pena se añadirá a ésta un cuarto de la duración total establecida para la correspondiente clase de pena. *c*) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años. Para la concreta medida de pena, los Jueces o Tribunales, motivándolo en la sentencia, atenderán al número y gravedad de los delitos concurrentes, a su mayor o menor conexión, a los hechos, a los sujetos ofendidos y a la personalidad del sujeto. En ningún caso la pena podrá exceder de la que represente la sumas de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente, en cuyo caso se sancionarán las infracciones por separado”¹⁵.
- 19** Cabe estar de acuerdo con los detractores de la solución de la pena única para todos los casos del concurso, cuando advierten del peligro de que los tribunales no contabilicen ni precisen suficientemente los tipos penales infringidos, armonizando sus marcos penales, pues sería catastrófico para la función de advertencia preventiva del derecho penal, además del peligro de desigualdad en el trato punitivo que acecha en todos los casos de implicación de una pluralidad de tipos penales.— Cabe estar de acuerdo con los defensores de la solución de la pena única, que obliga a tener en cuenta la unidad de la persona que va a ser condenada, con todo lo que conlleva referido a cuándo delinquirió y a cuándo va a cumplir la condena.— En cualquier caso, tanto si se opta por una como por la otra solución: 1. Los tipos delictivos realizados (cuanto sea relevante para su aplica-

¹⁵ Vid. también, siguiéndole, SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 119 s.

ción) han de estar perfectamente comprobados. 2. Debe establecerse la relación entre los tipos delictivos constatados, empezando por la decisión acerca de si se trata de un concurso de leyes o de delitos (infracciones). 3. Debe establecerse el marco de pena, que de manera nominada, como ocurre ahora (perfeccionando el concurso ideal en los términos propuestos más arriba), o de manera innominada, argumente con criterios hermenéuticos por qué el tribunal considera que está ante una única infracción, dos infracciones distintas pero superpuestas o dos infracciones netamente diferenciadas (salvo en la unidad de sujeto activo).

En resumen: Podemos hablar de dos versiones doctrinales sobre la función de la normativa concursal. Según una opinión muy extendida, con la norma concursal se quiere dejar constancia de la pluralidad de infracciones cometidas, aunque la relación entre ellas y con el único autor de ambas obliga a crear un nuevo marco penal, lo que se evidencia sobre todo en el concurso ideal: *función de clarificación*¹⁶. Según otra opinión, en la que nos alineamos, lo que se dilucida en el concurso es reducir a unidad la heterogeneidad de aquello no previsto para su persecución penal en cada una de las infracciones aisladas, como corrobora que las normas concursales de todos los ordenamientos buscan la reducción a unidad que materializa el tipo de injusto aisladamente considerado. Esta concepción, además, no es incompatible con la exigencia de que en el proceso consten todas las infracciones realizadas, antes de determinar la solución penal unitaria.

Con estas consideraciones generales, que dan cuenta de la dificultad, máxima, de la cuestión concursal, podemos pasar a hacer una exposición lo más sencilla y sistemática posible, esto es, eludiendo los extremos a partir de los cuales los conceptos actuales muestran sus límites (que no su incorrección), tanto de los criterios conforme a los que se ordena la materia concursal (II), como de los diversos grupos de casos: unidad de delito, concurso de leyes, concurso ideal de delitos y concurso real de delitos (III).

2. LA TEORÍA DEL CONCURSO EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

SANZ MORÁN, Concurso de delitos, que ha hecho un estudio panorámico excelente (el único existente en España más allá de las obras generales), después de aclarar la ubicación sistemática del concurso en la teoría del delito [19 ss.], exponer los princi-

¹⁶ Vid. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 774. Paradigmático sobre la función de clarificación de la norma del concurso ideal, GIMBERNAT ORDEIG, Estudios³, 266 ss., que somete un caso jurisprudencial en el que el autor realizó dos disparos a matar con alevosía, que no consiguieron su propósito, y un tercero, ya alertada la víctima, que acabó con su vida, a la norma del concurso ideal: tentativa de asesinato y homicidio consumado, lo que permite castigar con pena menos grave que la del asesinato consumado y más grave que la del homicidio consumado [272].

20

21

22

pios de determinación de la pena en el concurso [24 ss.], capítulo en el que muestra muy bien cómo el comienzo de la historia del concurso es el de esfuerzos doctrinales y legales más allá de la suma de delitos cometidos, y después de tratar ampliamente la problemática estudiada en el derecho histórico [39 ss.; derecho español: 173 ss.] y comparado, estudia teóricamente la materia, separando los supuestos de unidad delictiva (incluido el concurso aparente de leyes) [111 ss.], el concurso ideal y el concurso real [142 ss.], y aplica después el mismo esquema al caso particular del derecho español [190 ss.], todo lo cual habrá de ser aludido en cada punto concreto de nuestra exposición sistemática del concurso. Siendo de particular interés el último capítulo de su obra [243 ss.], donde, después de hacer recapitulación de las conclusiones obtenidas, realiza sugerencias *de lege ferenda* que resumen muy bien su planteamiento conceptual sobre el concurso [251 ss.], que puede sintetizarse así: 1. El concepto de unidad de acción sólo es relevante para distinguir el concurso ideal del concurso real, pero fuera de eso no cumple ninguna función en el sistema; antes bien, no tenerlo en cuenta salvo para aquella distinción, ese concepto de unidad de acción, es lo que le permite a SANZ MORÁN considerar que no son de concurso, pese a las apariencias, los casos de unidad típica de acción, concurso de leyes y realización sucesiva del mismo tipo básico o unidad típica en sentido amplio y delito continuado, según sea mayor o menor la distancia en el tiempo de las sucesivas acciones, a pesar de que en todos ellos hay pluralidad de acciones (“típicas”). 2. El concepto de unidad de acción, aunque se reduzca a que una pluralidad de acciones se superpongan sólo en parte, sirve para diferenciar el concurso ideal del concurso real de delitos, excepción hecha del efecto abrazadera, que, como todos los casos de pluralidad de acciones independientes, dan lugar, según SANZ MORÁN, a concurso real. Unidad de acción, en el sentido aludido, da lugar a concurso ideal (de las varias infracciones cometidas a través del mismo hecho); el resto es concurso real. 3. En el derecho español, el concurso ideal sigue el sistema de la absorción con agravación y el concurso real el de la acumulación material de penas, alabando SANZ MORÁN el primer criterio y criticando el segundo. 4. La reforma anunciada en el momento de escribir el autor incluía en la redacción legal el delito continuado y el delito masa, como unidades delictivas junto al concurso de leyes, como asimismo el concurso de leyes; se contemplaban dos modalidades de concurso ideal de delitos, el propio y la relación medial; y, como ya se ha dicho, se acumulaban las penas en el concurso real. Y, puesto que estas reformas entonces anunciadas, prácticamente se han convertido en derecho legislado, las reflexiones vertidas por SANZ MORÁN son válidas para el derecho actual. Son, en resumen, estas: a) Las unidades delictuales y el concurso de leyes no deben regularse expresamente por el legislador, debiendo quedar en manos de la práctica, y sus criterios. b) A pesar de la dificultad de distinguir entre unidad y pluralidad de acciones, debe mantenerse la distinción entre concurso ideal y concurso real de delitos, con diferentes marcos legales y mayor arbitrio judicial (*vid. infra* XVIII 119 ss., 125 ss.). c) Es totalmente errónea la acumulación de penas del concurso real, como asimismo, d) la figura de la conexión. e) Debe flexibilizarse la determinación de la pena en el concurso, dando entrada al arbitrio judicial (tener en cuenta el número de delitos cometidos y su conexión, carácter ocasional o habitual de los mismos, etc.) f) Debe seguirse siempre el principio de la combinación a la hora de estable-

cer el límite mínimo de la pena. g) El concurso ideal debe siempre (límite máximo) seguir el principio de la absorción más agravación. h) En el concurso real debe regir el principio de la asperación.

CUERDA RIEZU, ADP, 1991, por su parte, arrancando de la premisa básica de que las normas concursales en derecho penal lo que persiguen es, ante todo, “contar delitos”, aborda la problemática concursal revisando críticamente la doctrina proclive a prescindir, a efectos punitivos, de la distinción entre concursal real y concurso ideal de delitos, concretamente la existencia en los códigos penales de marcos de pena y sistemas de su determinación en concreto distintos para el concurso real e ideal de delitos [822 ss., 830 ss.]. En este sentido, después de demostrar que en un sistema que sigue el principio de la combinación (como el alemán), aunque mantenga la distinción concurso real-concurso ideal, el interés en superar la distinción es relativo, y el precio muy alto (porque el sistema de la pena única omitiría contar delitos y, en su lugar, determinaría la pena por características del autor, no de los hechos típicos imputados), frente a quienes abogan por la superación de la distinción debido a la dificultad de mantenerla conforme al principio de unidad o pluralidad de hechos, lo que sería más nocivo, defiende el mantenimiento de la distinción concurso real-concurso ideal de delitos, argumentando en materia concursal desde el principio constitucional *ne bis in idem*, metodología de la que es pionero; lo que le lleva a la conclusión de que si se equiparan punitivamente el concurso real y el ideal se vulneraría el principio *ne bis in idem*, en concreto en su manifestación de principio de proporcionalidad que impide la doble valoración de un único hecho, el del concurso ideal, cosa que no ocurre con el concurso real. De ahí que el marco penal del concurso ideal deba ser uno distinto y menos grave que el del concurso real, sin que ello quiera decir que el concurso real admita la acumulación, como en el CP, uno de cuyos objetores más contundentes ha sido el propio CUERDA RIEZU [836 ss., 846 ss.]¹⁷.

23

Aunque la minuciosa obra de GARCÍA ALBERO, “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales, está dedicada a fundamentar los distintos supuestos del concurso de leyes, y, en general, a todo lo relacionado con esta modalidad concursal, la necesidad delimitativa, tan importante y difícil en esta materia, le lleva a desarrollar, en cierta medida, una teoría del concurso.— La premisa metodológica y conceptual de GARCÍA ALBERO va a ser la del principio *ne bis in idem*. El autor quiere huir tanto de poner en relación el principio con el substrato fáctico del concurso (unidad o pluralidad de acciones en sentido naturalístico), como con las relaciones tradicionales del concurso de leyes, de especialidad, subsidiariedad y consunción, a las que se limitase a dar cobertura [35 s., 36 ss.]. En lugar de eso, GARCÍA ALBERO, expone exhaustivamente la doctrina constitucional sobre el principio, desde su reconocimiento en la relación ilícito penal-ilícito

24

¹⁷ Tildando a nuestro sistema de acumulación para el concurso real de inconstitucional [851 ss.; *vid.* también PCRPHM-Del Rosal, 302 s., y CDJ, VII, 2006, 219 ss., con demoledora crítica a la STS 197/2006, de 28 de febrero, en base a las extralimitaciones que permite, más las que se toman los tribunales al aplicar el concurso real de delitos en nuestro derecho].

administrativo, hasta su aplicabilidad en materia de colisión de normas dentro del derecho penal [53 ss.], exposición en la que ya apunta que la virtualidad del principio constitucional no puede limitarse al reconocimiento del principio de proporcionalidad en casos de superposición de hechos y valoraciones [72], sino que debe servir para algo más, concretamente, lo que le interesa, para fundamentar así que distintas normas penales, en principio aplicables, no deben serlo por tener el mismo contenido disvalorativo [44 s.].— Para proceder a la correcta captación de las valoraciones contenidas en tipos que, en principio, son aplicables a los mismos hechos, y ver si basta con uno de ellos, debiéndose excluir la aplicación del otro para no incidir en la vulneración del principio *ne bis in idem*, huye GARCÍA ALBERO [181 s.], ya se ha dicho, de las exigencias logicista y naturalista que requieren necesariamente un único hecho como substrato de la valoración, que, además, no permiten distinguir al concurso de leyes del concurso ideal de delitos, y excluyen que una pluralidad de hechos formen una unidad valorativa, entendiendo que la perspectiva a adoptar ha de ser una normativa, referida a una contextualidad espacio-temporal que, después, permitirá una nueva consideración de la conducta como unitaria en una contextualidad a veces más amplia que la contextualidad anterior: ej., los actos preparatorios. No obstante, GARCÍA ALBERO es consciente de las cautelas que hay que tener en casos de pluralidad de hechos [183].— Para argumentar su tesis principal sobre la fundamentación del concurso de leyes en el principio *ne bis in idem*, contrapone GARCÍA ALBERO al entendimiento que del principio tiene CUERDA RIEZU, reduciéndolo a substrato fáctico al que, inicialmente, son aplicables varias normas penales: un solo hecho, p. ej., lanzamiento de una granada de mano, excluye el concurso real y obliga a reducir proporcionalmente la pena, entendiendo el principio referido no al substrato fáctico sino a las valoraciones de las normas aplicables, su compatibilidad o no, con independencia del substrato fáctico, concurrencia de una acción o una pluralidad de acciones [232 ss., 239, 256, 258]. De aquí extrae GARCÍA ALBERO la conclusión de que sólo los supuestos de estricta especialidad son directamente amparables en el principio *ne bis in idem*, en tanto que los restantes casos del concurso de leyes presentan problemas fronterizos con el concurso ideal de delitos, que no son otros sino los derivados de la necesidad de armonizar la prohibición de la doble valoración con la íntegra valoración de lo ocurrido [256, 258, 258 ss.].— Para completar la panorámica, procede GARCÍA ALBERO a verificar si la regulación española del concurso ideal permite explicarlo como manifestación del principio *ne bis in idem*, llegando a la elocuente conclusión de que su teoría, de que el *ne bis in idem* no se refiere al substrato material del concurso, sino a las valoraciones, iguales o diversas, de los tipos concurrentes, lo que le lleva, con cautelas, a relativizar la diferencia entre el concurso ideal y el real, el sistema de determinación de la pena en esa figura, de no absorción plena por la pena del delito más grave de la del menos grave, sobre la base de la no identidad de valoraciones que sí caracteriza al concurso de leyes, aunque no llega a celebrar el sistema alternativo de determinación de la pena, punición por separado = concurso real, lo que considera una excepción, como forma de corroborar su teoría del concurso [286, 290].

25

CID MOLINÉ, ADP, XLVII, 1994-I, 29 ss., se ha propuesto revisar la idoneidad de las definiciones del concurso para el fin perseguido, que no es otro que el crear un

segundo nivel, superpuesto al de los tipos legales, para determinar la pena en casos difíciles, hablando con MAURACH del “papel creativo de la dogmática en este campo” [31]. Para ello, en primer lugar, va a optar por la definición amplia del concurso, que es aquella que incluye también el concurso de leyes [33], con lo que resulta el siguiente modelo concursal: 1) Concurso aparente, 2) concurso ideal; 3) concurso medial; 4) delito continuado; 5) concurso real. Obtenida así la clasificación, el paso siguiente es analizarla conforme a dos criterios fundamentales: el de la adecuación formal y el de la adecuación material, dentro de la cual (la material) juegan los criterios de *racionalidad*: se debe aplicar el concurso aparente cuando una única norma del primer nivel es suficiente para dar cuenta de la gravedad de lo acontecido, y justicia: cuando los anteriores, formal y de racionalidad, sean insuficientes. El análisis de la adecuación formal, que CID MOLINÉ aborda conforme al esquema de KLUG, de especialidad, alternatividad y subsidiariedad expresa, supuestos en los que no hay problemas (aunque se incluyan en ellos algunos situados más allá de la consideración puramente formal: en tipos especiales, cualificados, *sui generis*, etc), para poder seguir hablando de adecuación formal [43], y subsidiariedad tácita y consunción, en los que sí los hay, de cara a la distinción entre concurso aparente y concurso ideal [46]. El análisis de la adecuación material comienza con la distinción entre el concurso ideal y el resto de los concursos, para lo que el legislador ha creado el criterio de la unidad o pluralidad de acciones, y después si es racional exigir en ellos la aplicación de varias normas, frente al concurso aparente, en que basta con una. Por lo que se refiere a la primera cuestión, CID MOLINÉ toma partido por la tesis de una unidad del lenguaje común que es el natural, con margen para incluir otros casos que lo amplíen [51], con criterios de racionalidad, es decir, de justicia, con lo que pasamos al siguiente aspecto: Para CID MOLINÉ, la racionalidad en este campo se asegura con los principios de *vigencia* (que se tomen en cuenta todas las propiedades resaltadas por el legislador) y *ne bis in idem*, lo que ocurre claramente con todos los casos de concurso aparente, menos con la subsidiariedad tácita y la consunción, invocando para la consunción la idea de justicia, lo que para él es posible con criterios de prevención general, que hacen innecesario aplicar también la pena correspondiente a la ley consumida [60].

CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas, después de ocuparse de la ubicación sistemática [9 ss.] y la evolución histórica de la regulación del concurso, incluido el derecho proyectado [21 ss., 185 ss.], aborda la cuestión de la delimitación concurso de leyes/concurso ideal de delitos [35 ss.], basándola en que mientras el concurso ideal implica la vulneración de varias leyes penales, el concurso de leyes implica la vulneración de una sola, con lo que tras cuestionar el “efecto de cierre” de la ley penal dejada de aplicar [44 s.], se atreve a sostener que la buscada distinción es de compatibilidad (entonces concurso ideal) o incompatibilidad (entonces concurso de leyes) entre los preceptos penales cuestionados, cifrando en el bien jurídico¹⁸, su pluralidad, o, mejor (por decirlo en contra de sus detractores): la necesidad de su protec-

¹⁸ Vid. también VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 8, 68; MAURACH/GÖSEL/ZIPF, PG, 2, 552 (criterio del bien jurídico en armonía con la regulación jurídico-positiva).

ción exhaustiva, su razón de ser, para así no vulnerar el principio n.b.i.i. [48 ss.], demostrándolo con la consunción [50 ss.] e ilustrando con supuestos problemáticos, entre ellos la relación delito de contrabando/tráfico de drogas [65 ss.], las dificultades de la delimitación buscada.

27 SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 39 ss., tras contraponer a los autores proclives a mantener la distinción entre concurso ideal y real de delitos y los que nos inclinamos por una solución concursal única, susceptible de modulación según los casos, toma partido por esta última posición [58 s.], argumentando que ni la distinción unidad de acción/pluralidad de acciones es nítida ni el concurso real muestra mayor contenido de injusto.

28 Aunque también proyectada sobre todo al concurso de leyes [2 s.], como la obra de GARCÍA ALBERO, si bien ahora con un propósito más amplio, establecer las bases de la distinción entre el concurso de leyes y el concurso de delitos, en el capítulo III [272 ss.] de su obra Teoría del concurso de leyes y del delito, ESCUCHURI AISA desarrolla una macroteoría general de todo el concurso, cuyas características más relevantes son las siguientes.— Tras descartar los intentos de fundamentación de la distinción entre las diferentes modalidades de concurso en el bien jurídico [222 ss.], como representa CASTELLÓ NICÁS, por entender que el bien jurídico puede ser un instrumento de ayuda en la delimitación buscada pero no la resuelve, dado que lo importante son los contenidos de injusto de los tipos en conflicto, aunque protejan el mismo bien jurídico, como en el *ne bis in idem*, concebido en el sentido de que no es posible llevar a cabo una duplicación de la misma valoración (principio de identidad) y no en el sentido (doctrina anterior) de prohibición de valorar dos veces el mismo hecho, tesis de GARCÍA ALBERO, por considerar que el principio de íntegra valoración del hecho (el otro gran principio en material concursal), entendiendo, pues, su teoría como una teoría más completa que la de GARCÍA ALBERO, sostiene que los principios de íntegra valoración del hecho y *ne bis in idem* no sólo no son principios antitéticos sino que son complementarios, disponiendo además de un referente común dado por el principio de proporcionalidad [246], conforme al cual, además, deben considerarse las tres modalidades concursales a la vez (no, por un lado, concurso de leyes frente a concurso de delito, y después concurso ideal y concurso real) [241].— ESCUCHURI AISA le asigna al principio de valoración unitaria dos facetas: una negativa, en la que el principio de proporcionalidad adopta la forma de prohibición de exceso, y otra, positiva, que adopta la forma de pena justa, oponiéndose la primera a una pena superior al injusto acreditado en los hechos, y la segunda a una pena no adecuada al injusto [246 s.].— Así resulta que en el concurso de leyes, puesto que un tipo absorbe ya la totalidad del injusto, aplicar algo más de lo que corresponde a un único tipo vulneraría la vertiente positiva del principio que rige en la materia [249]. Cuando no se da un concurso de leyes existe un concurso de delitos [250], de manera que mientras que el castigo separado de las infracciones concurrentes cuando la relación de los hechos es de concurso real no infringe el principio de proporcionalidad en su vertiente negativa, hacer lo propio con el concurso ideal, que

es un concurso de leyes, porque a diferencia de éste sí requiere que se tenga en cuenta más de uno de los tipos en concurso para proceder a la valoración total de lo acontecido, por eso su pena puede ser mayor a la del concurso de leyes, supondría vulnerar el principio de proporcionalidad en su vertiente negativa [250 s.]; lo que hace necesario (según ESCUCHURI AISA, siguiendo a CUERDA RIEZU) que la pena del concurso ideal “se tenga que mover entre dos extremos: puede ser superior a la pena prevista para la unidad de delito (concurso de leyes) y debe ser inferior al sistema de penalidad regulado para el concurso real”, que por cierto (tesis de CUERDA RIEZU; *vid. supra* XVIII 23) hace necesario, a su vez, mantener la distinción entre concurso real y concurso ideal de delitos [251], a lo que no se opone la regla residual del art. 77. 2 y 3 CP español para el concurso ideal [251 s.].

3. CONCEPTOS CONCURSALES BÁSICOS

A. Unidad y pluralidad de delitos

Puesto que la pluralidad de tipos delictivos que, en principio, pueden ser aplicados al mismo hecho o hechos realizados no siempre van a serlo, y presupuesto que la consideración de la materia se hace desde las valoraciones del legislador recogidas en los tipos penales, lo primero que debe establecerse es si estamos ante un supuesto de *unidad de delito* o *pluralidad de delitos*, bien entendido que cuando se habla ahora de pluralidad de delitos no se alude a pluralidad de hechos realizados sino a pluralidad de tipos penales, todos los cuales deben ser aplicados para dar cuenta de la gravedad del hecho o de los hechos.— En este aspecto, el *concurso de leyes*, del art. 8, en cuanto determina la aplicación, conforme a los criterios allí establecidos, de un único tipo delictivo de los susceptibles de aplicación, constituye un supuesto claro de *unidad de delito* a pesar de la realización de una pluralidad de tipos delictivos, pues a la postre uno solo se aplica. En cambio, el *concurso real*, del art. 73, y el *concurso ideal*, del art. 77, constituyen supuestos claros de *pluralidad de delitos*, en el sentido antes mencionado de tener que acudir a más de un tipo delictivo para dar cuenta de la gravedad del hecho o hechos realizados¹⁹. Se explica, así, que se hable frecuentemente de *concurso aparente* o *inauténtico* para referirse al concurso de leyes, dado que, a la postre, en él la resultante no es una plural aplicación de tipos delictivos, lo que sí ocurre en las restantes modalidades del concurso ideal y real de delitos, o *concurso auténtico*.

29

¹⁹ *Vid. ya* CEREZO MIR, PG, III, 303; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 881; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 549 s., 551; WELZEL, PG, 273; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1014; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 77, 419.; JAKOBS, PG, 1083; SANZ MORÁN, EPB, 267 s., 271.

B. Unidad y pluralidad de acciones²⁰

30 Una segunda dualidad conceptual importante en materia concursal es la que obliga a distinguir entre *unidad o pluralidad de acciones* o de hechos, necesaria, entre otras cosas, para distinguir el concurso real del art. 73 (“pluralidad de acciones”: art. 74. 1) y el concurso ideal del art. 77. 1: “un solo hecho”). La cuestión es: ¿Con qué criterios se pueden perfilar estos conceptos, decisivos para determinar la pena conforme a la norma del concurso real o a la del concurso ideal?— Los criterios elaborados a tal fin por la doctrina, de buena parte de cuyas conclusiones se ha apoderado el legislador (ejemplo paradigmático: el delito continuado), se pueden reducir a dos. La unidad de acción, a efectos concursales, se puede basar en un criterio *naturalístico* o en un concepto *jurídico*.— El prototipo del criterio naturalístico lo proporciona la *acción en sentido natural*. Existe acción en sentido natural cuando sólo se ha producido una única manifestación de voluntad del autor, con independencia del número de resultados producidos por aquélla, que pueden ser varios. *Ejemplo*: El terrorista que ha lanzado una granada de mano contra una embajada, como resultado de lo cual se ha producido la muerte del embajador, lesiones graves de sus acompañantes y cuantiosos daños materiales, ha realizado un único hecho a efectos concursales, con el que ha cometido una pluralidad de infracciones (asesinato, lesiones y daños); y ello porque sólo existe una única acción en la forma de movimiento corporal retrotraíble a una única manifestación de voluntad también, a pesar de la pluralidad de bienes jurídicos lesionados.— El prototipo de la *unidad jurídica* de acción lo proporciona, una vez más, el *delito continuado*, en el que una pluralidad de acciones en sentido natural se reúnen en una acción única en sentido jurídico si entre ellas existe un nexo de continuidad, referido tanto a lo espacio-temporal, la forma comisiva, la generalidad del bien jurídico y el dolo. *Ejemplos*: El cajero de un Banco sustrae de la caja pequeñas cantidades de dinero a lo largo de un año. El empleador abusa sexualmente de su empleada a lo largo de una relación laboral prolongada. En estos casos, las diversas manifestaciones de voluntad (los diversos actos de apropiación o abuso) en sentido natural, que además, por separado, constituirían cada una un único delito perseguible como tal, se refunden en una unidad conforme a un criterio valorativo de continuidad.— Como contrapartida al concepto de unidad de acción, obtenido a través de los criterios de la unidad natural y jurídica de acción, quedaría el concepto de *pluralidad de acciones*, como concepto residual²¹ referido a los supuestos en los que, sobre la base de una

²⁰ *Vid.* al respecto SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 69 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, 1995, II, 351 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG³, 76 3 ss., inclusión hecha del delito imprudente y omisivo, fundamental (!leer!); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 301 s.; STRATENWERTH, PG, 448 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 488 ss.; CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979, 50 ss.; SANZ MORÁN, EPB, 268 s.

²¹ Así STRATENWERTH, PG, 464, para caracterizar al concurso real.

pluralidad de acciones en sentido natural (la acción única en sentido natural nunca puede determinar una pluralidad de acciones o de hechos a efectos concursales)²², *no cabe construir una unidad jurídica de acción*.

En ADP, XLV, 1992-II, 613 ss., JOSHI JUBERT se ha propuesto precisar qué significa en nuestro derecho *unidad de hecho*, sosteniendo que existe una doctrina mayoritaria que entiende la unidad de hecho como unidad de acción en sentido natural [614], mientras que otra, minoritaria, incluye en el concepto de unidad de hecho o acción también al resultado [615]; ambas doctrinas discuten después cuándo puede hablarse de unidad de acción más allá de la unidad de acción en sentido natural (unidad jurídica). Pero según JOSHI JUBERT, este proceder es absurdo porque cabe dudar de que el concepto clave en la materia sea el de unidad de acción [617], pues nuestro derecho no habla de unidad de acción sino de hecho, lo que según ella facilita que el resultado se tenga también en cuenta a efectos de distinguir entre unidad y pluralidad de hecho [622]. A continuación, enriquecido el concepto de hecho (acción) con el resultado, se plantea JOSHI JUBERT las alternativas concursales que caben y cómo resolverlas. A tal efecto construye tres macrogrupos: 1º Varios hechos típicos dan lugar a diversos resultados materiales [622]; este caso no plantea problemas: salvo que se trate de un concurso de leyes (concurso real aparente), es un concurso real [624]. 2º Un único hecho produce un único resultado material que lesiona dos bienes jurídicos distintos [623]; tampoco causa problemas este caso: concurso ideal. 3º Supuestos de “coinci-

31

²² Vid. ya WELZEL, PG, 266, enfáticamente; como ANTÓN ONECA, Derecho penal, 490; VALLE MUÑOZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 73, 409. Vid. las atinadas consideraciones de BACIGALUPO, PG⁵, 422, y la transcripción de parte de la STS 1335 bis, de 23.04.92, de la que fue ponente (¡leer!). Vid. también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 530 (de forma particularmente clara, 533 s.: “A todas luces, lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a realización de varias acciones [*quot acciones, tot crimina*], ya que entonces la distinción entre concurso ideal y concurso real y su incidencia en la determinación de la pena ni tendría sentido”). En el mismo sentido JAKOBS, PG, 1079 s., con muy atinadas consideraciones sobre esta cuestión. Vid. también las atinadas consideraciones de MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 881 ss., 885; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 547; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 523 ss., 530; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 948. VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 10, muestra muy bien que el concepto concursal legal de hecho posee un significado naturalístico mínimo indeclinable (de otro parecer, compartiendo el de MIR PUIG, y en contra de GARCÍA ALBERO, amparándose en la letra del art. 77, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 772 ss.). En contra MIR PUIG, PG⁷, 635. A este peculiar, y poco a poco cada vez más influyente (pese a lo errado) posicionamiento de MIR PUIG, en la doctrina española, pudo contribuir poderosamente el parecer de su maestro CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 422, quien a pesar de reconocer el énfasis de la regulación española en la unidad de hecho caracterizadora del concurso ideal y de leyes, lo entiende, el hecho, en el sentido de la acción finalista, que requiere unidad de hecho exterior y unidad de voluntad, no conformándose sólo con lo primero (como parece lo adecuado), en lo que coincidía con el TS al sostener que si en la muerte de la embarazada la voluntad del agresor se dirigió tanto a la suya misma como a la del feto, no estaremos ante un caso de unidad de hecho, sino de pluralidad (con mejor criterio en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, antes del art. 68 ss., 314 s.). La posición de CÓRDOBA RODA, de estimar concurso real cuando a pesar de la unidad de acción hubo pluralidad de resultados delictivos (además de la defendida por otros autores, de que la relación medial es un concurso real convertido legalmente en ideal), procede de autores como CUELLO CALÓN, a quien sigue FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 69-71 último inciso, 284 ss.

dencia *parcial*” en la terminología de JOSHI JUBERT, con cuatro variantes: a) acciones parcialmente coincidentes con resultados materiales distintos y, a su vez, referentes al mismo bien jurídico o a bienes jurídicos distintos: p. ej. violencia que da lugar a yacimiento y lesiones y lesión de bienes jurídicos distintos: libertad sexual e integridad física; b) acción única que produce resultados materiales distintos, con dos variantes en cuanto al bien jurídico: a’) éstos son idénticos, p. ej., bomba que produce diez muertos, y b’) son diversos: bomba que mata a una persona y daña cosas. 3º Única acción que produce una pluralidad de resultados parcialmente coincidentes: utilización ilegítima de vehículo más conducción bajo sustancia. 4º Varias acciones parcialmente coincidentes con varios resultados materiales también coincidentes: utilización ilegítima de vehículo con violencia o intimidación e influencia de sustancia [623]. Pues bien, tras exponer cómo resuelve la doctrina dominante (incluidas sus discrepancias) sus problemas concursales, en los que no vamos a entrar por razones de espacio, sostiene JOSHI JUBERT que deben ser resueltos en coherencia con su concepto de unidad de hecho de la siguiente manera, conforme a los criterios básicos de consideración individualizada del bien jurídico y presupuesto un tipo subjetivo de concurso [629 ss.]: Todos ellos son de pluralidad de hechos, por existir bien una pluralidad de acciones bien una pluralidad de resultados materiales, y además pluralidad de delitos: lesión de varios bienes jurídicos o el mismo varias veces [632]. Todos ellos son subsumibles en el art. 69 r. a. (concurso real), pero también en el 71. 2 (concurso medial o conversión de un concurso real en otro ideal). Cuándo deba aplicarse este régimen más benigno que el del concurso real, último punto del que se ocupa JOSHI JUBERT, es un problema específico del concurso ideal (*vid. infra* XVIII 115).

32

En el capítulo IV de su profunda investigación, ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 353 ss., después de considerar los presupuestos mínimos de un fenómeno concursal (más importante de lo que ella cree, y algo más que meras “condiciones de posibilidad” de un concurso), constituidos por la unidad de sujeto, la concurrencia de varias realizaciones típicas y la unidad de enjuiciamiento [355 ss.], aborda el problema crucial de qué entender por unidad y pluralidad de acciones a efectos concursales. Para ello, descarta los criterios tradicionalmente utilizados para caracterizar tales conceptos, los de unidad natural de acción y unidad típica [369 ss.], por conceder excesiva importancia a la acción en sentido natural [393], frente a lo que se atreve a concluir que debemos dejar de lado el concepto de acción a la hora de dilucidar si estamos ante una unidad o una pluralidad de realizaciones típicas [395], que es el único y decisivo concepto en materia concursal [397]. Descarta también cualquier relevancia de la unidad o pluralidad de acciones (en sentido naturalístico) para determinar la pluralidad o unidad de realizaciones típicas, con especial alusión al llamado efecto abrazadera del concurso ideal, que rechaza siguiendo a GIL GIL [398 ss., 412 ss.], y simpatizando con la tesis de MIR PUIG, de poner el acento no en la unidad o pluralidad de acciones sino en la unidad o pluralidad de bienes jurídicos lesionados igualmente con una o varias acciones [420 ss.], y llega a su conclusión, que concibe, en la línea de SANZ MORÁN, en los siguientes términos [425]: “Habrá un solo hecho cuando la actividad final del sujeto realice simultáneamente los requisitos típicos de

varias figuras delictivas. Esta simultaneidad no va referida al aspecto temporal de la actividad desarrollada por el sujeto sino que resulta de la *coincidencia de las acciones típicas de dos figuras delictivas*”, con pautas para su averiguación [430].— Este planteamiento es a la postre puramente tautológico. Precisamente, de lo que se trata con la teoría del concurso, es de encontrar pautas conforme a las cuales resolver la presencia en unos hechos de varias normas aplicables simultáneamente, para lo que hay que aportar criterios, todo lo normativos que se quiera. ESCUCHURI AISA, sin embargo, sólo aporta una buena crítica de los parámetros que proponemos otros.

C. La determinación de la pena en los distintos supuestos de concurso²³

Correlato de la distinción entre unidad o pluralidad de delitos y entre unidad o pluralidad de hechos es la distinción conforme a los criterios a que acudir para determinar la pena en uno y otro supuesto de concurso.— Cuando en la aplicación de la ley penal han de tenerse en cuenta tipos penales diferentes, con posibles penas diferentes, como asimismo diferentes marcos y posibles penas accesorias no coincidentes, cabe determinar la concreta pena aplicable conforme a diferentes principios de los que se hacen eco los ordenamientos jurídicos, estando todos ellos representados en derecho comparado.

a. Según el *principio de la acumulación*, se establece una pena independiente para cada una de las lesiones de la ley penal llevadas a cabo, sumándose las penas resultantes. Este principio, del que se conservan vestigios, está prácticamente descartado en la actualidad, entre otras razones por su dureza. Así, aplicado p. ej. a la pena privativa de libertad, hay que tener en cuenta que la gravedad de esta sanción no aumenta de manera lineal, en proporción aritmética, a medida que crece su duración, sino que, siguiendo con la metáfora matemática, aplicada al padecimiento humano, la prolongación del tiempo de privación de libertad aumenta en proporción geométrica. El primer año de privación de libertad no equivale al que se cumple después de haber cumplido ya dos, produciendo pues la adición un salto cualitativo (no cuantitativo) de la escala gradual. Las legislaciones penales, por ello, no lo siguen, habiéndolo sustituido por alguno de los siguientes principios.

²³ *Vid.* la amplia exposición sobre el sistema de determinación de la pena en el concurso del CP español de GALLEGO DÍAZ, Determinación legal de la pena, 423 ss.; MORILLAS CUEVA; BOLDOVA PASAMAR, en: GRACIA MARTÍN (coord.), Lecciones de consecuencias, 202 ss.; MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito⁴, 267 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Individualización judicial de la pena, 139 ss.; GARCÍA ARÁN; *vid.* también SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 105 ss., concurso real: 108 ss.; SANZ MORÁN, CDJ, 1995, II, 215 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, CDJ, 1995, II, 355 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, antes art. 73, 1167 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 849 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 492; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 73, 405 ss.; JAKOBS, PG, 1044 ss. (muy esclarecedor, ¡leer!); SANZ MORÁN, EPB, 269 s.

- 35 b. En el extremo opuesto al principio de la acumulación se encuentra el *principio de la absorción*, según el cual sólo se impone una pena, concretamente la correspondiente a la infracción más grave de las cometidas. El principal inconveniente de este principio estriba en que, cuando p. ej. se ha violado varias veces la misma norma mediante una única acción (lanzamiento de una granada que ocasiona varias muertes), puede no dar cuenta suficiente de la gravedad de lo ocurrido (al no poder sobrepasar el límite máximo del marco legal pensado para una única infracción; en el ejemplo, una muerte) y, además, lleva a soluciones absurdas si, cuando las penas correspondientes a las distintas infracciones realizadas presentan marcos y consecuencias accesorias distintas, la aplicación de la infracción con límite de la pena superior más grave impide imponer el límite mínimo o la consecuencia accesoria más grave de la infracción descartada. Por eso, en la actualidad imperan los dos principios siguientes.
- 36 c. Según el *principio de la asperación*, se establece una pena para cada una de las infracciones cometidas, en función del marco penal previsto por la infracción en particular. Sin embargo, la pena a aplicar definitivamente no consistirá en la mera suma de cada pena así establecida, como hace el principio de la acumulación, sino que el legislador habilita una fórmula que permite elevar la pena correspondiente a la de la infracción más grave de las cometidas, en atención a las restantes infracciones también cometidas; sin que en ningún caso pueda alcanzar la suma de todas las penas individuales previamente determinadas. Este principio tiene la virtud de permitir y obligar a constatar todos los hechos, determinando su gravedad (con el establecimiento de la pena correspondiente para cada infracción), sin, por otra parte, impedir que la pena resultante se determine a su vez con criterios de justicia y de política criminal racional.
- 37 d. Conforme al *principio de la combinación*, que no es incompatible con el anterior de la asperación, se unifican las sanciones correspondientes a los distintos tipos penales realizados por el autor, de tal manera que, tomado el límite máximo de la pena a imponer del correspondiente a la infracción más grave cometida (que se puede incrementar conforme al principio de la asperación), nada impide que se tenga en cuenta lo establecido por las restantes infracciones, en lo que se refiere a límite mínimo de la pena más grave que el de la infracción que contenga el límite máximo más grave, penas accesorias y otras consecuencias, etc. De esta forma, se evita que el autor se beneficie, injustamente, como consecuencia de haber realizado algo más grave que si sólo hubiese lesionado las otras normas.
- 38 La obra más importante y exhaustiva sobre los sistemas de determinación de la pena en el concurso es la de CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación de la pena. El autor estudia en primer lugar el principio de la acumulación que inspira en

nuestro derecho al concurso real²⁴. Para ello, expone sus modalidades, acumulación sucesiva y acumulación simultánea [25 ss.], precisando cuándo en nuestro derecho se acude a una y a otra [28 ss.], realizando una valiosa crítica del sistema en la que resalta la inconstitucionalidad que supone aplicado a la pena privativa de libertad [36 ss.]. CUERDA RIEZU alude después a la peculiar regla que en la norma de determinación de la pena en el concurso ideal, presenta como su límite el de que sus efectos punitivos fuesen peores que los del concurso real, en cuyo caso se deshará aquél y se aplicará éste [49 ss.]. En apartado separado, se ocupa el autor detalladamente de los límites a la simple acumulación que prevé la norma del concurso real o acumulación mitigada [60 ss.], procediendo a criticar la doctrina recaída en aplicación de esa idea [70 ss.] y criticando a la misma norma que no reuelve el problema de la acumulación en los casos de acumulación simultánea y a veces ni en los de sucesiva [95 s.].— Estudia a continuación CUERDA RIEZU el sistema de la exasperación, previsto por el legislador español para los casos de delito continuado y delito masa [97 ss.], del que destaca su aspecto novedoso en el derecho español frente a los de acumulación y absorción, distinguiendo entre la exasperación facultativa del delito continuado y la obligatoria del delito masa [101 ss.].— Por lo que se refiere al sistema de la absorción, válido en nuestro derecho para el concurso de leyes y el concurso ideal, CUERDA RIEZU, después de exponer su concepto y modalidades, aborda la absorción con agravación del concurso ideal [167 ss.], con especial y exhaustiva alusión a su técnica de aplicación, rechazando enfáticamente la posición de quienes hemos intentado introducir en la norma del concurso ideal el principio de la combinación [204 ss.]. Aborda a continuación la absorción simple del concurso de leyes [213 ss.], criticando también a quienes incluso en el concurso de leyes aplicamos el principio de la combinación, y haciendo una amplia alusión a la relación entre la norma general que regula la determinación de la pena en el concurso de leyes con reglas específicas de la PE [228 ss.].

4. LAS DISTINTAS MODALIDADES DEL CONCURSO EN PARTICULAR

Con las consideraciones anteriores sobre la problemática concursal, referentes tanto a los presupuestos de dicha normativa como a sus consecuencias a efectos de determinación de la pena, se pueden abordar las distintas modalidades de concurso, que darán cuenta de los principios seguidos en cada caso. Pero, antes de eso, y aunque no sean en puridad supuestos concursales, por requerirlo la delimitación de su problemática y por el hecho de que algunos de sus aspectos están regulados dentro del capítulo del concurso en el CP (es el caso del delito continuado y del llamado delito masa), deben abordarse los casos de unidad de delito, frente a los casos genuinamente concursales (por eso el concurso de leyes es un concurso inauténtico), o de pluralidad de delitos.

39

²⁴ Vid. también VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 73, 409, 410.

A. Unidad de delito

40 Puesto que toda interpretación de la ley penal y, por consiguiente, la determinación de la pena correspondiente, ha de comenzar por los tipos del CP, en aquellos casos en que una pluralidad de actos sean subsumibles en un único tipo (*vid. supra*, XVIII 15), no estaremos ante un problema concursal, sino ante un caso simple de unidad de delito. Conforme a este criterio se resuelven los siguientes supuestos²⁵.

a. Unidad natural de acción

41 Existe unidad natural de acción cuando dándose una pluralidad de acciones en sentido natural (*vid. supra* XVIII 30), éstas, sin embargo, aparecen de tal manera entrelazadas a través de una consideración también natural que resultaría artificial separarlas para valorarlas jurídicamente como una pluralidad de acciones.

42 *Ejemplo:* Lesiones producidas mediante varios golpes: un único delito de lesiones (art. 147 ss.). Apoderamiento de varios objetos ajenos en el hurto: un único delito de hurto (art. 234 ss.).

43 Estos casos se consideran “como una unidad natural de acción”, siempre y cuando los actos particulares que componen la unidad hayan sido abarcados por una voluntad unitaria y se encuentren estrechamente unidos temporal y espacialmente, lo suficiente como para que, desde un punto de vista naturalístico, puedan ser tenidos como unidad por un tercero. Precizando, incluso, un poco más, puede decirse que habrá de estimarse la unidad natural de acción bien cuando el autor endereza sus actos a la realización de un tipo penal o bien cuando lo realiza mediante varias manifestaciones de voluntad de las que una de ellas habría ya bastado para su realización, sin que las restantes incrementen el injusto.

44 *Ejemplo:* El declarante repite varias veces a lo largo de su declaración en el mismo proceso el mismo testimonio falso (art. 458 ss.)

45 No cabe estimar esta figura en aquellos casos en los que la realización de un plan unitario mediante una pluralidad de manifestaciones volitivas determina la vulneración de una pluralidad de tipos penales distintos (*ejemplo:* estafa [art. 248 ss.] cometida mediante una falsedad en documento privado [art. 395]), ni cuando se trate de bienes jurídicos personalísimos.— *Ejemplo:* Golpear sucesivamente a personas distintas: tantos delitos de lesiones como personas agredidas.— Incluso en los casos de unidad natural de acción se puede relajar un tanto la unidad espa-

²⁵ *Vid.* al respecto BACIGALUPO, PG⁵, v 428 s.; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 918 ss.; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 77, 420 ss. (ampliamente, ¡leer!); JAKOBS, PG, 1074 (excelente exposición, ¡leer!).

cio-temporal, siempre que se respete la exigencia fundamental de la equiparación de los delitos cometidos, admitiendo una cierta interrupción del discurrir de los hechos siempre que subsista la decisión volitiva única, también esencial; lo que sin embargo iría demasiado lejos sería admitir la figura allí donde se renunció a continuar la realización volitiva para hacerlo después con base en una nueva decisión.

Precisamente por los abusos a que se presta la interpretación de la unidad natural de acción, comienza a descartarse la figura, alojando sus más claros supuestos en la siguiente²⁶.

46

Comentando la STS de 23 de junio 1989, en la que el TS casó la sentencia recurrida que había estimado homicidio frustrado y lesiones graves en la conducta del acusado que había disparado varias veces contra la víctima, que evitó le alcanzaran bajando la cabeza y siendo herida después por el mismo agresor con una botella, sustituyendo la calificación por la de delito frustrado, aplicando la doctrina de la unidad natural de acción que da lugar a unidad de delito en función del *animus necandi*, GARCÍA ALBERO, ADP, XLVII, 1994-II, 212 ss., quiere comprobar si el concepto de unidad natural de acción permite trazar una divisoria entre los conceptos de unidad de delito-pluralidad de delitos (= concurso real homogéneo) [213]. A tales efectos, y tras mostrar cómo la jurisprudencia alemana ha jugado con un concepto excesivamente amplio de unidad natural de acción, no respetando ni la presencia de bienes jurídicos personalísimos (estimando unidad de acción en varios disparos a varias personas = concurso ideal), llegando a estimar unidad de acción en conducir sin permiso, causar lesiones imprudentes, resistencia a la autoridad y huida del lugar de los hechos [215 ss.], analiza GARCÍA ALBERO los supuestos más frecuentes de unidad natural de acción. Comenzando con los supuestos de intensificación cuantitativa del mismo contenido de injusto, entiende el autor que, siendo válido el principio, habría que matizarlo en función del bien jurídico, de manera que tratándose de bienes jurídicos personalísimos, la unidad no será natural sino jurídica, permitiendo en todo caso la unidad de la pluralidad de agresiones a la misma víctima [221]. Por lo que se refiere a la progresión delictiva, siendo válido el principio, el supuesto de los diversos intentos fallidos necesita que la solución, que GARCÍA ALBERO ve en el sentido de la unidad de acción, se base en una consideración sobre la intensificación (también desde el punto de vista de las tentativas fallidas sucesivas) del ataque al bien jurídico más que en una consideración del tipo voluntad del autor [225]. A su vez, cuando por el considerable lapso temporal entre los sucesivos intentos no cabe estimar unidad de acción, la doctrina estima posible considerar los intentos anteriores como actos copenados [227]; otros autores

47

²⁶ Caso paradigmático en España: CUERDA RIEZU, LH-Roxin, II, 344 ss., quien tras exponer el criterio delimitativo del TS sobre la unidad natural de acción, cuestiona la naturaleza prejurídica o jurídica del concepto y quién deba decidirlo, el juez o la sociedad, con lo que, como se comprenderá, el concepto, y su función (resolver un problema jurídico con “naturalidad”), se disipan; por eso no es extraño que CUERDA RIEZU prefiera verlo sustituido por el de unidad típica de acción [352].

hablan de casos entre la unidad natural de acción y el concurso real (MAURACH/GÖSEL/ZIPF). Pero GARCÍA ALBERO, siguiendo a JAKOBS, no estima suficiente el elemento subjetivo, requiriendo una cierta unidad objetiva de realización, que no se da en estos casos; luego concurso real [228 s.]. A su vez, los casos de cambio de dolo durante la ejecución: el autor comienza a golpear brutalmente a alguien; después, por no parecerle bastante, decide matarle [229]. En estos casos, sostiene GARCÍA ALBERO que sería absurdo castigar más severamente a quien primero quiso sólo lesionar y después matar que a quien desde el principio quiso matar y causó heridas brutales con esa finalidad; pero esa es una cuestión valorativa, no naturalística [230 s.].— Finalmente, los casos de sustrato natural abarcable por dos tipos, uno consumado y otro intentado, del tipo tentativa de homicidio/lesiones consumadas, los resuelve GARCÍA ALBERO con el concurso ideal, básicamente por la función de clarificación, pero por los efectos tan drásticos de la regulación española del concurso ideal, él es proclive a estimar concurso de leyes cuando la pena de las lesiones cometidas no sea al menos tan grave como la del homicidio intentado [237 s.].— GARCÍA ALBERO, comparte el parecer del TS en la sentencia comentada, pero no los términos empleados de unidad natural de acción, cuando la unidad ha de ser normativa, típica [238]. Precisamente, para GARCÍA ALBERO el interés del concepto unidad natural de acción lo es uno no abordado en el comentario, y referido a cuándo hay unidad de hecho a pesar del concurso que permite aplicar la norma del concurso ideal y no la del real [239].

b. Unidad típica de acción

48 En estos casos, la unidad de delito la determina la configuración del tipo penal. La amplitud dada a la redacción del tipo es la decisiva para admitir la unidad de delito pese a la pluralidad de acciones en sentido natural.— Supuestos característicos los representan los denominados *delitos complejos* (*ejemplo*: el robo del art. 242 se compone de al menos una acción de violencia y otra de apoderamiento), los *delitos divididos en varios actos* (*ejemplo*: el delito de falsificación de moneda del art. 386 se compone de las acciones de fabricar, introducir en el país y expender la moneda falsa) y los *delitos permanentes* (*ejemplo*: el delito de detenciones ilegales [art. 163]), cuya característica esencial estriba en crear y mantener un estado antijurídico en que el injusto del hecho aumenta a medida que pasa el tiempo (a diferencia de lo que ocurre en los delitos de creación de un estado: lesiones, p. ej.). Aquí, los actos que en particular sirven para crear y mantener el estado antijurídico forman un único delito.

49 Algunos autores que rechazan la unidad natural de acción, incluyen aquí los casos en que el autor, sobre la base de una decisión única, intensifica el injusto típico mediante varios actos, aunque uno de ellos habría bastado para realizar el tipo (JESCHECK en JESCHECK / WELGEND, PG⁵, 767, habla aquí de “unidad típica de acción en sentido amplio”).— *Ejemplo*: Varios golpes se consideran como un único delito de lesiones.

c. *Delito continuado*

El supuesto más importante de unidad jurídica de delito lo constituye el delito continuado²⁷. Aquí, una pluralidad de acciones en sentido natural se reúnen en una única unidad jurídica, un único delito, si entre ellas existe un *nexo de continuidad*.— Se trata de una figura de origen jurisprudencial²⁸, aunque el legislador español la introdujo en el CP en 1983 (otros países, como Alemania, han preferido, con mejor criterio, dejarla en manos de la jurisprudencia)²⁹, que entre otras razones obedece a razones de economía procesal³⁰ y, sobre todo, al deseo de evitar tener que aplicar la norma más severa, del concurso real.

50

a'. Naturaleza jurídica

El delito continuado es una de las construcciones, primero jurisprudencial y después legalizada, más controvertidas del derecho penal, habiendo dado lugar en tiempo reciente a una discusión constitucional bastante desafortunada.— Es cierto que en sus orígenes, e incluso en su aplicación actual, ha sido utilizado para ahorrar que los tribunales tuvieran que probar numerosos hechos dentro de un sumario, con la consiguiente tediosidad, como cierto es que en España, en el CP de 1973, sobre todo en los delitos patrimoniales, con su pintoresco sistema de construcción de los tipos en función exclusiva de la cuantía del perjuicio, ha podido servir para agravar la pena (como consecuencia de la unidad construida) por encima de lo que sería un concurso real de pequeños hurtos. Ahora bien, si se

51

²⁷ Sobre la naturaleza jurídica del delito continuado (teoría de la realidad/teoría de la ficción), *vid.* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁷, 783 s. *Vid.* ya CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 33 ss.; ANTÓN ONECA, NEJ, VI, 1954, 4 s. (separata), ampliamente: ¡leer!; CANTERO BANDRÉS, Delito continuado, 33 ss.

²⁸ Sobre los orígenes históricos del delito continuado *vid.* DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 444 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 21 ss. (excelente); SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 195 ss. (excelente también), 202 ss.: regulación legal; COBO DEL ROSAL, CDJ, 1995, II, 243 ss., 260 ss.: derecho comparado; DE VICENTE MARTÍNEZ, EPM-Valle Muñiz, 184 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1174; CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 9 ss.; ANTÓN ONECA, NEJ, VI, 1954, 1 s. (separata); CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 19 ss., derecho comparado: 203 ss.

²⁹ Sobre el delito continuado en derecho comparado *vid.* también: DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 447 ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 109 ss.; ANTÓN ONECA, NEJ, VI, 1954, 3 s. (separata). Sobre el alcance de las reformas introducidas en 1995, CASTIÑEIRA PALAU, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 74, 1054 s.

³⁰ *Vid.* ampliamente CASTIÑEIRA, Delito continuado, 173 ss. Sobre la naturaleza jurídica del delito continuado *vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 450 ss., 453., quien curiosamente [454 s.] ve el fundamento del delito continuado en la menor culpabilidad del autor que aprovecha idéntica ocasión y mayor culpabilidad en el delito masa por lo indefinido de las personas dañadas, delito masa al que se aproximaría el delito continuado con plan preconcebido. *Vid.* ya CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 41.

exige la prueba fidedigna de cada uno de los hechos que forman la unidad jurídica constituida por el delito continuado, y se desglosa, como ha ocurrido, también primero de forma jurisprudencial y después legal, el llamado delito-masa, que no sólo no es una modalidad de delito continuado sino casi su opuesto (*vid. infra* XVIII 67 ss.), entonces debe quedar claro que lo que inicialmente es, y algunos quieren denodadamente que siga siendo³¹, un concurso real de delitos, se convierta en un único delito, si concurren sus requisitos (que por cierto no son arbitrarios), por las razones en que venimos insistiendo desde el principio, que lo que aisladamente soporta y justifica un efecto: la pena correspondiente a un único delito cometido por un sujeto que por ello es privado de libertad, debe relativizarse cuando sobre un único sujeto son aplicables varios tipos o uno varias veces sin que en principio se excluyan sus efectos. Con lo que el delito continuado pasa a convertirse en la prueba más clara (¿y más lograda?) de que siempre que se pueda se debe eludir tener que aplicar la norma del concurso real.— Que el delito continuado convierta a un concurso real en una unidad de delito, a su vez, no quiere decir que no sea posible ni conveniente tener en cuenta la pluralidad de acciones, en su caso, para dar cuenta de su mayor gravedad (frente al mismo resultado causado por una única acción) permitiendo agravar la pena como el CP admite, e, incluso, como hizo algún Proyecto, y hace el CP actual con el delito-masa, aplicar el principio de la asperación, permitiendo imponer la pena superior en grado en su mitad superior, que fue lo que sugerí en 1979³², como para el concurso ideal de delitos.— Nada de esto es creación libre del derecho³³, y lo contrario sí jurisprudencia conceptual, aunque lo defienda un iuspublicista de la talla de GARCIA DE ENTERRÍA. Es más, el delito continuado, y su incorporación a nivel incluso legal (aunque habría sido mejor mantenerlo abierto a la creatividad de la jurisprudencia), pese a sus detractores, es la mejor prueba de que la materia concursal tiene que estar a mitad de camino entre la norma de determinación de la tipicidad y la norma de determinación de la pena, lo que sólo se asegura ofreciéndole al intérprete por parte del legislador alternativas para que elija la más adecuada al caso, habiendo de hacerlo el intérprete entre las que se ofrecen (no pudiendo introducir una nueva, lo que sólo ocurre con las normas específicas de determinación de la pena, lo que en nuestro derecho únicamente lo constituyen las circunstancias genéricas innominadas) (*vid. supra* XVII 1)³⁴.

³¹ *Vid.* JAKOBS, PG, 1098 s.

³² CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979.

³³ *Vid.* CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979, 459 ss.

³⁴ En contra de la regulación legal del delito continuado: SANZ MORÁN, CDJ, 1995, II, 204. *Vid.* también SANZ MORÁN, EPB, 346 s. Aboga por su desaparición y la del delito masa con un sistema mejor de determinación de la pena, CUERDA RIEZU, ADP, XLIV, 1991, 855 (PCRPHM-del Rosal, 305 ss.).

CASTIÑEIRA, Delito continuado, 203 ss., muy condicionada por la regulación legal del momento en que escribe, en el que la aplicación del delito continuado unas veces privilegiaba, delitos no patrimoniales, y otras perjudicaba, delitos patrimoniales, consideraba que no sería conveniente ni necesario introducir la figura del delito continuado en la regulación legal ya que sus efectos se lograrían mejor con otras reformas en el sistema de determinación de la pena que estuviesen más atentas al disvalor-acción que a la cuantía del resultado. En última instancia, lo que más condicionaba el pensamiento y las reticencias de esta autora frente a la figura, además del aspecto procesal y el ya aludido de las cuantías, era que la voluntad de continuidad delictiva no siempre debe beneficiar: p.ej., cuando desde un principio hubo propósito de atentar repetidamente contra el mismo bien jurídico frente a quien sólo repite después el mismo hecho, o cuando se fraccionó la acción ante la posibilidad física de realizar el propósito de una sola vez frente a la búsqueda de la mera mayor facilidad o para asegurar la impunidad.

52

CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 45, entiende que la norma legal del delito continuado pretende que no se aplique el concurso real, por su efecto meramente acumulativo, a favor de la justicia material, favorezca o perjudique al reo, dado que su fundamento no tiene una causa pietista.

53

Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, después de exponer la evolución histórica del delito continuado [21 ss.] y ubicarlo en el conjunto de la teoría del concurso [47 ss.], aborda su estudio particularizado dentro de la distinción unidad de acción / pluralidad de acciones [88 ss.] y unidad/pluralidad de realizaciones típicas [118 ss.], considerándolo un caso de unidad jurídica de acción [127 ss., 139 ss.], llegando a la por lo demás muy pobre conclusión según la cual “la unidad de acción por continuación es un supuesto de unidad jurídica de acción que por las razones que sea ha considerado el legislador penal conveniente mantener en nuestro derecho positivo” [148]; de donde resulta fácil colegir que al abordar las funciones materiales y procesales del instituto [149 ss.], CHOCLÁN MONTALVO, después de descartar que se base en razones de benignidad [150 ss.], menor culpabilidad del autor [152 ss.], político-criminales [164 ss.] o de simplificación procesal [166 ss.], estime que sólo puede basarse en la correcta apreciación y valoración a efectos de pena del injusto típico acreditado [173 ss.], dudando de que el mismo objetivo no se hubiera podido obtener con la simple interpretación del tipo o los tipos realizados [175 s.].

54

Con mejor criterio que los autores antes citados, COBO DEL ROSAL, CDJ, 1995, II, 251, 254 (*vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 783), muestra que el origen del delito continuado está en razones pietistas, de eludir el concurso real homogéneo, que en el derecho histórico habría llevado a la pena de muerte tras el tercer hurto; con profunda crítica [262 s.] de la distorsión que después ha experimentado la figura. *Vid.* también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 788 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 536; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 74, 420, 421; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1173.

55

b'. Elementos constitutivos

56 Se discute todavía mucho sobre los elementos constitutivos del delito continuado.— Según la doctrina dominante, varias acciones en sentido natural, cada una de las cuales realiza por sí misma el tipo delictivo, pueden convertirse en un delito continuado bajo los siguientes presupuestos³⁵:

57 *a. Pluralidad de acciones*³⁶: la base del delito continuado la constituyen una pluralidad de acciones en sentido natural³⁷ (de ahí que se diga —JAKOBS— que el delito continuado deshace un concurso real)³⁸: una pluralidad de acciones, si concurren los presupuestos que hacen típica cada una de ellas y, además, las que fundamentan el delito continuado a que a continuación se alude, pueden fundamentar un delito continuado³⁹. La figura se puede dar también en el delito imprudente, no sólo en el doloso (sobre la cuestión del elemento subjetivo global típico del delito continuado en el delito imprudente *vid. infra* XVIII64).

58 *b. Continuidad espacial y temporal*: Entre los actos en particular debe existir una continuidad temporal y espacial⁴⁰.— *Ejemplo*: El apoderamiento de los objetos de un almacén durante varias noches sucesivas. La sustracción por parte del cajero de un banco de pequeñas cantidades de la caja a lo largo de varios meses.

³⁵ *Vid.* también COBO DEL ROSAL, CDJ, 1995, II, 251 ss., 255 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, EPM-Valle Muñiz, 188 ss.; CEREZO MIR, PG, III, 292 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 637 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG7, 785 ss.; BACIGALUPO, PG⁵, 430 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 536 s.; QUINTERO OLIVARES, PG⁵, 754 s.; MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 894 ss.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 770 ss., quienes ponen de relieve la tendencia del TS alemán a aplicar el delito continuado en el futuro de forma excepcional; en el mismo sentido, STRATENWERTH, PG, 451; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 74, 421 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1175 ss. (excelente); RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 862 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 229 ss.; VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 74, 412 ss.; JAKOBS, PG, 1091 ss.; CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 45 ss., 127 ss.; PELÁEZ DE LAS HERAS, Delito continuado, 15 ss., 38 ss.; ANTÓN ONECA, NEJ, VI, 1954, 9 ss., 13 s. (separata); SANZ MORÁN, EPB, 346 s.

³⁶ *Vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 460 s.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 186 ss.; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 89 ss.

³⁷ *Vid.* al respecto CASTIÑEIRA, Delito continuado, 45 ss.

³⁸ En el mismo sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 781.

³⁹ *Vid.* al respecto CASTIÑEIRA, Delito continuado, 37 ss. En: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 74, CASTIÑEIRA PALAU hace una excelente revisión sobre la pluralidad de acciones y sus repercusiones en la unidad o pluralidad de infracciones a efectos de continuación en delitos tan comprometidos como los delitos contra la libertad sexual en la jurisprudencia del TS, sumamente esclarecedora.

⁴⁰ *Vid.* al respecto CASTIÑEIRA, Delito continuado, 165 ss., que habla de este elemento como elemento secundario; en realidad, más que de secundario, que parece menos importante, habría que hablar de elemento esencial pero a interpretar ampliamente. *Vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 471 s.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 191 ss.; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 77 ss.

c. Misma forma comisiva: Tal será el caso por lo general cuando se realiza el mismo tipo delictivo, no desempeñando papel alguno el modo comisivo cuando no lo especifica el tipo. También es indiferente si en el caso particular se ha realizado el tipo básico o un tipo cualificado.— *Ejemplo:* Delito continuado de hurto y de apropiación indebida. Delito continuado de lesiones y mutilaciones. No, en cambio, hurto y robo (delitos distintos).— El delito continuado no requiere necesariamente que se trate de delitos consumados; también las formas imperfectas pueden fundamentarlo (teniendo en cuenta al determinar la pena que son menos graves que el delito consumado)⁴¹. Lo mismo cabe decir de las formas de participación: no sólo la autoría única en todos los delitos que forman la unidad continuada fundamenta el delito continuado⁴². Inducción o complicidad en un delito y autoría o coautoría en otro, p. ej., unidas, claro está, por los restantes elementos de la continuidad, pueden fundamentar un delito continuado, siempre que la calificación se haga en base a elementos del tipo que estuvieron presentes en todos los actos de la unidad. La concurrencia de circunstancias genéricas puntuales no interrumpen la unidad del delito continuado⁴³.

59

CASTIÑEIRA, Delito continuado, 51 ss., que realizó un estudio excelente y unificado del elemento de la identidad de tipo penal violado junto con el siguiente requisito de la unidad y exclusividad del bien jurídico lesionado, con especial referencia a la línea evolutiva del TS, ya propuso una fórmula muy flexible y realista de solucionar la cuestión: “Homogeneidad de actos, unidad de conducta, idéntico modo de comisión típica, etc., representan la identidad de la acción como complemento de la unidad de bien jurídico, ésta no resulta ni demasiado amplia, ni superflua. De la conclusión de esta identidad con la forma, necesariamente semejante, en que se realiza la acción delictiva, surge una configuración de este elemento que se puede considerar correcta” [72 s.]⁴⁴.

60

d. Mismo bien jurídico: los actos particulares deben dirigirse contra el mismo bien jurídico y, en los casos de bienes jurídicos personalísimos, p. ej. integridad de las personas, contra el mismo titular⁴⁵.— *Ejemplo:* No es posible estimar el

61

⁴¹ De otro parecer CASTIÑEIRA, Delito continuado, 90. *Vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 396 ss.

⁴² De otro parecer CASTIÑEIRA, Delito continuado, 90, 149 ss., 154. *Vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 469 s.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 246 ss., 400 ss.; CEREZO MIR, PG, III, 296.

⁴³ Así ya CASTIÑEIRA, Delito continuado, 86 s. *Vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 479; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 393 ss.; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 151 ss.

⁴⁴ Sobre el requisito de la unidad de precepto penal violado *vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 462 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 224 ss.; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 91 ss.

⁴⁵ *Vid.* ampliamente CASTIÑEIRA, Delito continuado, 154 ss. *Vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 464 ss., 470 s. (unidad de sujeto pasivo); CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 269 ss. (ampliamente); CEREZO MIR, PG, III, 295; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 114 ss.

delito continuado en el delito de agresión sexual (art. 178 ss.) contra distintas personas, ni en el homicidio ni en las lesiones. Sí, en cambio, el hurto contra distintas víctimas⁴⁶.

- 62 En su excelente estudio sobre la exclusión en el delito continuado de los delitos contra bienes jurídicos personalísimos y el alcance de la excepción de los delitos contra la libertad sexual del mismo sujeto pasivo, DURÁN SECO, RTSJyAP, 1998, 12, tras exponer la división de la jurisprudencia en torno a la admisión o no del delito continuado de agresión sexual [11 ss., 14 ss.] y hacer mención del origen histórico de este peculiar aspecto del delito continuado [17 ss.], llega a la sensata conclusión de que, guste o no guste, la ley admite el delito continuado en las agresiones sexuales [21] y lo único que queda por deslindar es cuándo, en qué casos, las agresiones sexuales contra la misma víctima ya no pueden constituirlo, llegando a la conclusión, igualmente acertada, según la cual ese límite viene dado por el empleo de la violencia física [22], con lo que surge el problema de que si toda agresión sexual constituye *ex definitione* una agresión física (integridad sexual) (cualificada, por lo demás, podemos añadir), no se explica cómo hay un sector de la jurisprudencia que admite a veces el delito continuado [23].
- 63 *e. Dolo continuado*: Junto a los requisitos objetivos acabados de mencionar, se exige también del autor algo más que el simple dolo referido a cada uno de los actos constitutivos del delito continuado. Se discute, sin embargo, si el hecho continuado requiere un dolo global o basta un dolo continuado.— Existe dolo global si el autor ha concebido desde un principio un dolo concretado en cierta medida, que se dirige a todos los actos particulares de la ejecución posterior.— *Ejemplo*: A planifica aprovisionarse de combustible para el mantenimiento de su calefacción durante todo el invierno mediante seis hurtos en un almacén de combustible.— En esta línea, se acusa una tendencia encaminada a no exigir que el dolo vaya referido a la totalidad del resultado, lo que significa que se estima suficiente el dolo cuando el autor está decidido a lesionar el mismo bien jurídico en un corto espacio de tiempo y siempre de la misma forma “todo el tiempo que sea posible” (hasta que, p. ej., se acabe el objeto o surja algún problema).— *Ejemplo*: A planea introducir por avión desde Suiza tantos relojes de oro como le sea posible, en diferentes ocasiones, para venderlos en España sin pagar impuestos.— De esta manera, se amplía el ámbito del dolo del delito continuado considerablemente. Pero todavía se amplía más si, con una

⁴⁶ Muy críticamente contra la ambigüedad de la exclusión de la continuidad en los delitos contra el honor y la libertad sexual según los casos, SANZ MORÁN, CDJ, 1995, II, 209. En contra también, siguiendo a CASTIÑEIRA (quien sin embargo en COBO DEL ROSAL [dir.], CCP, III, com. art. 74, realiza una excelente y esclarecedora exposición de la jurisprudencia del TS recaída sobre esta controvertida norma desde 1995), CUERDA RIEZU, PCRPHM-Del Rosal, 308 s. *Vid.* también DE VICENTE MARTÍNEZ, EPM-Valle Muñiz, 192 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 74, 426, habla de que la regla del párrafo tercero del art. 74 no “tiene el más mínimo fundamento racional”. Con mejor criterio, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1177 s.

doctrina dominante, se estima suficiente un dolo continuado, para cuya estimación no se exige que el autor estuviese decidido desde el principio a la comisión de varios hechos, siendo suficiente que cada decisión posterior conecte con la anterior, de tal manera que los dolos en particular formen una mera línea psicológica continuada, apareciendo el nuevo dolo posterior como continuación del anterior.— *Ejemplo*: A, que en un principio había previsto cometer un sólo hurto, se decide, después de cometerlo con éxito, a cometer otro, ante la buena perspectiva de que todo vuelva a ser igual de fácil.— Esta doctrina va demasiado lejos, ampliando desmesuradamente el ámbito del delito continuado, con el inconveniente procesal añadido de que, de ser consecuentes, juzgada una parte conocida del nexo de continuidad, no podría volverse a juzgar otra parte del mismo no conocida con anterioridad (cosa juzgada).

Una excelente e imprescindible exposición sobre el elemento subjetivo del delito continuado en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia del TS es la ofrecida por CASTIÑEIRA, Delito continuado, 91 ss., 97 ss., 130 ss., 141 ss., que pone de relieve sus dudas y dificultades, si bien puede resaltarse la tendencia del TS a exigir un elemento subjetivo específico de continuidad próximo al propósito, con sus inconvenientes (¿cómo puede privilegiar a veces lo que supone —propósito— una voluntad reforzada?) [120], aunque a veces se ha conformado también con una voluntad renovada [129 s.].— Por lo que se refiere a su propia concepción del elemento subjetivo del delito continuado, CASTIÑEIRA, Delito continuado, 142 ss., 146 s., sostiene la interesante tesis de que debiéndose poner el acento en el aspecto objetivo de la identidad o semejanza de situaciones en las que actúa el autor de estos delitos, y en la situación homogénea cuya representación sería lo constitutivo de la peculiaridad del delito continuado en su aspecto subjetivo, lo que permite hablar de culpabilidad homogénea, no hay inconveniente en estimar también el delito continuado en la imprudencia [141]⁴⁷.

*f. Determinación de la pena*⁴⁸: En el caso de estimarse el delito continuado, la pena a aplicar será la correspondiente a la infracción más grave de las cometidas en su mitad superior (art. 74. 1)⁴⁹.— Dentro de esa mitad superior, o marco legal nuevo para lo que no deja de ser un problema concursal, cabe plantear la ardua

⁴⁷ En contra CEREZO MIR, PG, III, 296. En: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 74, CASTIÑEIRA PALAU entiende que la alusión actual a “plan preconcebido” y “aprovechando idéntica ocasión”, contempla dos posiciones contrapuestas del elemento subjetivo; sobre su aplicación jurisprudencial: 1058 ss. Sobre el elemento subjetivo del delito continuado *vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 455 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 253 ss. *Vid.* también CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 57 ss.

⁴⁸ *Vid.* MIR PUIG, PG⁷, 639; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1178 s.; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 141 ss.

⁴⁹ Apuntó ya en esta dirección, criticando la r. a., que impedía entender el delito continuado como una situación intermedia entre la unidad de acción y el concurso de delitos, CASTIÑEIRA, Delito continuado, 200. *Vid.* también DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 331 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, EPM-Valle Muñiz, 191 s., 194 ss. *Vid.* ya CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 6.

labor acerca de si la pluralidad de acciones que hay en todo delito continuado puede ser tenida en cuenta (si lo actos han sido muchos, agravando la determinación de la pena con criterios de prevención general, y si han sido pocos atenuándola, con criterios de prevención especial; lo segundo es sin duda posible y obligado, lo primero más que dudoso en aplicación del *ne bis in idem*)⁵⁰.

- 66 Sobre el delito continuado *vid.* también PUIG PEÑA, PG, II, 349 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 857 ss.; CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 641 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 259 ss.; CCP, 376 ss.; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 69-71 (último inciso), 287 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 225 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 265 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, PG, 155 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 307 ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 550 s.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, antes del art. 68, 317 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, v535 ss.; WELZEL, PG, 268 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 497 ss.; NEJ, VI, 1954, 14 ss. (separata); CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 71 ss.: efectos del delito continuado: derecho transitorio, en la imprudencia, circunstancias modificativas, consumación, continuidad con frustración, prescripción, delito continuado en las faltas, cosa juzgada, omisión; PELAEZ DE LAS HERAS, Delito continuado, 28 ss.

d. Delito masa

- 67 Como una submodalidad del delito continuado aparece esta figura⁵¹, que, circunscrita a los delitos contra el patrimonio, permite que en los casos de pluralidad de acciones, en el sentido del delito continuado anterior, se considere un único delito con la particularidad, específica frente al delito continuado, de que su resultado estará constituido por la suma total del daño patrimonial ocasionado^{52/53}.— Si,

⁵⁰ Sobre la aplicación de la ley penal en el espacio y el tiempo, prescripción y otras cuestiones procesales relacionadas con el delito continuado, DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 403 ss., 419 ss. *Vid.* también CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 169 ss., sobre los aspectos procesales del delito continuado.

⁵¹ Sostienen que prácticamente no hay diferencia alguna entre el delito continuado y el delito masa, DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 487; sobre sus elementos y notas características: 489 ss., punibilidad: 493 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 867. Sostiene que entre ellos hay un diferente sistema de determinación de la pena, CEREZO MIR, PG, III, 297 s.; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 74, 265. Ve muy bien las diferencias entre el delito continuado y el delito masa CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1179. *Vid.* también BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 552. CASTIÑEIRA PALAU, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 74, 1056, que considera el delito masa una submodalidad del delito continuado, se da cuenta de que ello determina una contradicción en el sistema de determinación de la pena en la materia. En el mismo sentido VALLE MUÑIZ, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 74, 411, 412. *Vid.* ya CAMARGO HERNÁNDEZ, Delito continuado, 6.

⁵² Para CUERDA RIEZU, ADP, XLIV, 1991, 854 (PCRPHM-del Rosal, 308), este criterio de sumar el daño vulnera el principio concursal de la acumulación (propio del concurso real).

⁵³ Sobre los aspectos históricos del delito continuado *vid.* también AYALA GÓMEZ, CDJ, 1995, II, 272 ss., en la doctrina científica: 279 ss.

además, los perjudicados fuesen personas diferentes (y los hechos revistieren notoria gravedad) y numerosas (una “generalidad”), el art. 74. 2 prevé la pena superior en uno o dos grados a la resultante de la fijación del delito por el monto total del daño.— Aquí puede verse ya una nueva fórmula de determinación de la pena alternativamente a la forma concursal (ejemplos semejantes lo muestran el art. 13 LORRPM y la forma agravada de violencia doméstica —la habitual— del art.173.2 y 3). Lo que evidencia la conexión de la norma concursal con la de determinación de la pena y la relativa libertad del legislador para resolver problemas de pluralidad de infracciones, bien con las normas concursales generales, bien con soluciones típicas *ad hoc*⁵⁴.

SÁINZ CANTERO, ADP, XXIV, 1971, el gran sistematizador del delito masa (después de los estudios pioneros de REOL SUÁREZ⁵⁵ y DÍAZ PALOS), tras mostrar que los fraudes colectivos no podían ser abarcados con la figura del delito continuado [651 ss.], haciendo hincapié en el fundamento pietista de este último [653], que se opone al fin de la mejor persecución de aquéllos, hace un extraordinario y pionero estudio sobre el surgimiento del delito masa en la jurisprudencia del TS [655 ss.] y la evolución del propio delito continuado, que le permite concluir proponiendo un sencillo y preciso concepto de delito masa que lo caracteriza muy bien y lo diferencia igualmente del delito continuado⁵⁶, poniendo énfasis en el perjuicio de muchas víctimas previsto desde el principio y desarrollado en una única acción o varias acciones, todo lo cual debe agravar la responsabilidad (por eso ve conveniente la intervención del legislador), frente al delito continuado, que requiere siempre pluralidad de acciones y no necesariamente pluralidad de víctimas, con efecto atenuatorio siempre [664 ss., 668 ss.: elementos].

Por su parte, CASTIÑEIRA, LH-Antón Oneca, 139 ss., después de exponer la amplia casuística de los fraudes en masa producidos en España en torno a la década de los sesenta del siglo pasado, que admitiendo la calificación de delito o falta de estafa caracterizada por el mantenimiento del engaño en el tiempo (no instantáneo, en una ocasión) y abarcar el perjuicio a un número elevado de personas [142], que por el sistema de determinar la pena entonces (cuantía del perjuicio) constituía una responsabilidad muy leve [143], muestra cómo el TS para evitar esa desproporción siguió varias vías ya existentes: un único delito sin más por la suma del perjuicio ocasionado, el delito continuado, el concurso a pesar de la pena insignificante resultante, e ideó una nueva, constituida por el delito masa [144 ss.], que como modalidad del delito continuado y con los requisitos de (1) pluralidad de acciones, (2) unidad de precepto penal violado, (3) dolo único y (4)

⁵⁴ Sobre el delito masa *vid.* también DE VICENTE MARTÍNEZ, EPM-Valle Muñiz, 203 ss.

⁵⁵ REOL SUÁREZ, ADP, 1958, 21 ss., tuvo el mérito de presentar desde la práctica un conjunto de resoluciones del TS que consideraban la necesidad de crear una figura nueva para resolver un problema no abordado (sino todo lo contrario) por el delito continuado.

⁵⁶ Posteriormente, PG, III, 233 ss., sostiene que la regulación legal del delito continuado y el delito masa ha aproximado mucho sus respectivas estructuras.

sujeto pasivo masa o pluralidad de personas naturales unidas por el perjuicio común o característica específica frente al delito continuado, dan lugar a un solo delito que por la acumulación del resultado, permite una pena más adecuada a la gravedad de lo acontecido [149 ss.]. Analiza a continuación CASTIÑEIRA la aplicación que del delito masahizo el TS y llega a la conclusión de que a pesar de que aplicó a veces la nueva doctrina, otras no lo hizo, e, incluso, a veces, por la ambigüedad de la distinción del delito continuado, aplicó a los mismo hechos la doctrina del delito continuado para evitar los efectos propugnados precisamente con el delito masa [155 ss.]. Todo lo cual lleva a la autora a defender la misma conclusión que en su escrito sobre el delito continuado: que se trataba de figuras extralegales perjudiciales para el reo (antes de su legalización, que es cuando CASTIÑEIRA escribe) y que sus efectos se podían conseguir con el ya reconocido delito continuado, o mejor todavía, con normas de determinación de la pena más flexibles [161 s.].

70 CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 365 ss., después de exponer el origen histórico del delito masa [366 ss.], acierta al plantear que las dos cuestiones a que enfrenta son las de si requiere, igual que el delito continuado, pluralidad de acciones, y la correlativa de si la unidad de acción con pluralidad de perjudicados es suficiente para constituir el delito masa, llegando a la conclusión de que elemento caracterizador del delito masa es la pluralidad de acciones, alineándose pues con quienes ven en él una submodalidad del delito continuado [374 s.], que no debe cobijar la unidad de acción con pluralidad de perjudicados [388].

71 Finalmente, AYALA GÓMEZ, CDJ, 1995, II, que ha estudiado con cierta profundidad la relación entre el delito masa regulado en el libro I CP y las modalidades agravadas de estafa por pluralidad de perjudicados en algún momento previstas en el CP [285 ss.], llega a la conclusión de que no había diferencia alguna salvo la pluralidad de acciones del delito masa y la unidad de acción de la estafa agravada [294], criticando el sistema de acumular los resultados del delito masa por contrario al principio de legalidad [297], postulando que en el futuro se reserve el delito masa para la defraudación que se dirige contra un número indeterminado de personas, por la alarma social [300 s.].

72 Sobre el delito masa *vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 300 ss. (críticamente); BACIGALUPO, PG⁵, 433 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 74, 424 s.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 74, 1179 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 267 s.

B. El concurso de leyes⁵⁷

73 Existe concurso de leyes cuando, aunque en principio el hecho delictivo sea subsumible en más de un tipo penal, basta con uno de ellos para dar cuenta de la

⁵⁷ Una excelente revisión conceptual y jurisprudencial del concurso de leyes puede verse en BÉJAR GARCÍA, CDJ, 1995, II, 11 ss.

total gravedad de lo acontecido, con lo que el otro, en principio, deja de aplicarse⁵⁸. Por eso se habla también de concurso aparente de normas (aparente, porque aunque aparentemente pueden aplicarse varios tipos al mismo hecho, en realidad sólo se aplica uno).

En Concurso de leyes, PEÑARANDA RAMOS, ha defendido convincentemente la tesis según la cual, en contra de un extendido parecer doctrinal en el que destaca GIMBERNAT ORDEIG, la ley penal que se deja de aplicar en el concurso de leyes también ha sido vulnerada por el autor, lo que justifica, también en contra de un parecer ampliamente extendido en coherencia con lo antes dicho, que la norma desplazada puede producir determinados efectos correctores de lo que en lo fundamental se aplica, especialmente en lo referente a la determinación del marco penal, aun reconociendo que la cuestión ha de ser todavía mejor estudiada en España [33, 35 ss., 76 s.]⁵⁹. De ahí extrae PEÑARANDA RAMOS a continuación la conclusión coherente, también en contra de una tesis muy extendida en la doctrina española como consecuencia de la tesis inicial del desplazamiento del precepto excluido en el concurso de leyes, según la cual el error sobre el elemento del tipo cualificado permite aplicar el tipo básico incluido en aquél, ejemplificándolo el autor en la relación homicidio-parricidio, por desconocimiento del vínculo parental [77 s., 147 ss.]⁶⁰. La segunda tesis que defiende PEÑARANDA RAMOS en Concurso de leyes es la de que la solución de los casos de concurso de leyes ha de hallarse en atención a cada partícipe, no globalmente (con referencia exclusiva al autor), demostrándolo con el tratamiento del error del partícipe acerca del hecho principal en que el autor se excede más allá de lo previsto por el partícipe [153 ss., 162].

74

a. *Las reglas del concurso de leyes*

Los casos de concurso de leyes, o relación entre los tipos penales del CP aplicables a los mismos hechos, son los siguientes (*vid. supra* III 61 ss.)⁶¹.

75

⁵⁸ *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 788; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 68, 282.

⁵⁹ *Vid.* al respecto ya CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979, 469 ss.

⁶⁰ *Vid.* al respecto ya CUELLO CONTRERAS, ADP, 1978, 70 ss.

⁶¹ *Vid.* al respecto SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 192 ss., que propone incluso un orden de prelación: 1) especialidad, 2) subsidiariedad y consunción, 3) alternatividad más pena más severa; EPB, 272 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 553 ss., complementan los criterios clásicos de especialidad, subsidiariedad y consunción, con los acuñados por KLUG, de identidad, subordinación e interferencia, extrayendo la conclusión, a efectos de determinación de la pena en el concurso de leyes, de que sólo los casos de interferencia permiten el efecto oclusivo del tipo dejado de aplicar. JAKOBS, PG, 1048 ss., concibe el concurso de leyes como plasmación del principio de especialidad, al que reduce a intensificación de la concreción del ataque, mientras que los otros casos de concurso de leyes que reconoce, subsidiariedad y consunción, constituyen asimilaciones legales a la forma de la especialidad (¡leer!). *Vid.* también QUINTERO OLIVARES, PG³, 761 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 8, 394 ss. Favorables a la regulación expresa del concurso de leyes: CUERDA RIEZU, ADP, XLIV, 1991, 861 ss. (PCRPHM-Del Rosal, 313 ss.); VIVES ANTÓN, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 8,

a'. Relación de especialidad

76 Ésta es la relación menos problemática y más diáfana. En relación de especialidad se encuentran dos tipos penales cuando uno de ellos posee todos los elementos constitutivos del otro y, además, alguno más que no comparte con aquél⁶². Cuando ocurre así, el tipo especial desplaza al tipo común.

77 *Ejemplo:* El asesinato se encuentra respecto al homicidio en una relación de especialidad, dado que el tipo del art. 139 contiene un homicidio del art. 138 (muerte de una persona por otra) y alguno más, no necesario para que se dé homicidio (alevosía, precio o ensañamiento).

78 Sobre la especialidad, ampliamente, GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 321 ss. *Vid.* también CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas, 116 ss., con alusión a la exclusión del criterio de la pena superior [126 ss.] y casos jurisprudenciales problemáticos [136 ss.]; PUIG PEÑA, Colisión de normas penales, 97 ss.

b'. Relación de subsidiariedad

79 Existe esta relación cuando cada uno de los tipos penales posee algún o algunos elementos comunes pero también otros que no comparten. (Mientras que la representación gráfica pura de la especialidad [subordinación] serían dos círculos concéntricos, la de la subsidiariedad o interferencia serían dos círculos secantes⁶³).

80 La subsidiariedad es *expresa* cuando la ley establece expresamente el repliegue de uno de los tipos en favor del otro, que, automáticamente, deja de aplicarse.— *Ejemplo:* Según el art. 18. 2. II, la provocación al delito, si el delito se ha comenzado a perpetrar, se convierte en inducción, castigándose como tal (art. 28), momento a partir del cual deja de castigarse ya como provocación⁶⁴.

67, 68 ss.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 8, 63 s. Contrarios a la regulación legal del concurso de leyes: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 539; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 789 (enfáticamente), sobre los grupos de casos del concurso de leyes: 789 ss.; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 68, 283 s.; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 8, 66 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 263 s.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 309 s.; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. srt. 68, 327 ss. (ampliamente); STRATENWERTH, PG, 453 ss.; WELZEL, PG, 276 ss.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 495 ss. *Vid.* también CEREZO MIR, PG, III, 316 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 648 ss.; BACIGALUPO, PG⁵, 419 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 8, 46 ss.

⁶² *Vid.* JAKOBS, PG, 1055 ss., con amplia casuística del derecho alemán [1056] y alusión al delito complejo como la manifestación genuina de la especialidad [1056].

⁶³ KLUG, Problemas, 68 s. Sobre la concepción (lógica) del concurso de leyes de este autor, *vid. supra* III, 63 ss.

⁶⁴ Sobre la subsidiariedad expresa *vid.* GARCÍA ARBERO, “Non bis in Idem”, 335 ss., criticando las fórmulas de la subsidiariedad expresa del CP español, aun reconociendo su menor presencia que en otros códigos penales como el italiano.

La subsidiariedad es *tácita* cuando distintos tipos penales protegen el mismo bien jurídico en distintos estadios o comprenden ataques de diversa gravedad contra el mismo bien jurídico, en cuyo caso, sin necesidad de que lo diga expresamente la ley, se supone que el ataque en un estadio posterior y el más grave absorben al ataque anterior y al menos grave, que son subsidiarios de los primeros, es decir, que sólo se aplican si no se produce el ataque posterior más intenso ni el más grave.

81

Ejemplos de subsidiariedad por constituir protección del mismo bien jurídico en distintos estadios: El acto preparatorio de la participación, de proposición, es subsidiario del acto preparatorio de la conspiración (art. 17), y éste, a su vez, del acto ejecutivo de la coautoría (art. 28). El delito de peligro para la vida, de conducción temeraria (art. 381), es subsidiario respecto al de lesión, de homicidio imprudente (art. 142). Las lesiones de que prácticamente va precedido todo homicidio, constituyen ley subsidiaria respecto al homicidio.

82

Ejemplos de subsidiariedad por constituir grados distintos de intensidad del ataque al mismo bien jurídico: Quien ha inducido a un homicidio y ha proporcionado el arma homicida, realiza los tipos de inducción y complicidad, pero entonces la norma de la complicidad es subsidiaria (menos grave) respecto a la de la inducción⁶⁵. Quien ha sido coautor y, además, ha inducido al otro coautor, sólo responde como coautor; como inductor (norma subsidiaria) sólo puede responder quien no responde como autor. Quien ha lesionado con propósito homicida y antes de que sobrevenga la muerte no hace nada por salvar a la víctima, en principio cumple el tipo de homicidio por comisión y homicidio por omisión, pero sólo responde por homicidio activo, forma más grave de realización de tipos que protegen el mismo bien jurídico. *Caso problemático:* Quien induce a un homicidio activo y mata (autor) por omisión responde por inducción⁶⁶.

83

GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 339 ss., después de ubicar la subsidiariedad en un contexto de concurso de leyes que distingue entre casos resueltos por un criterio incontrovertible lógico-abstracto, lo que sólo ocurre en la especialidad, y casos que apelan a un criterio valorativo, y después de ver la relatividad de la distinción, negada por algunos, y la disparidad de casos incluidos en cada grupo, subsidiariedad y consunción, que estiman otros, y distinguir también entre unidad y pluralidad de acciones dentro del concurso de leyes a efectos de separar subsidiariedad y consunción, procede a resolver la subsidiariedad, en un contexto único común a la subsidiariedad y la consunción, con el criterio de la relación “*minus-maius*” de las formas de agredir a un mismo bien jurídico. Conforme a esta pauta analiza la relación tentativa-consumación y acto preparatorio-acto ejecutivo, incluso en los casos de tipificación autónoma (*Durchgangsdelikte*), e incluso la relación homicidio-lesiones que le prece-

84

⁶⁵ Vid. GÓMEZ RIVERO, Inducción, 95.

⁶⁶ Vid. la amplia casuística de JAKOBS, PG, 1059 ss., en el derecho alemán.

den en unidad de contexto. Y también conforme a la pauta “*minus-maius*” ubica en la subsidiariedad a los delitos de lesión frente a los de peligro, y a los casos de intensificación de la participación en el hecho punible. Añadiendo el delito imprudente frente al doloso, en tanto que para él la relación omisión propia-omisión impropia es de especialidad (por incluir el deber de garante al deber de auxilio).

- 85** Sobre la relación de subsidiariedad *vid.* también ampliamente ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 297 ss., que en la misma línea que GARCÍA ALBERO, aunque acentuando la posibilidad del concurso ideal cuando el tipo “subsidiario” (del estilo de las lesiones consumadas frente a la tentativa de homicidio, delito de peligro frente a delito de lesión) incorpora elementos específicos de disvalor, no ve dificultad alguna en asumir la relación de subsidiariedad como caso del concurso de leyes. *Vid.* también CASTELLÓ NICÁS, CONCURSO de normas, 149 ss.

c'. Especial consideración de las relaciones concursales entre los tipos básicos y modificados

- 86** GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, ha estudiado muy oportunamente, tras analizar las relaciones de especialidad y subsidiaridad, como casos problemáticos de ambas los siguientes:

a”. Tentativa del tipo modificado y consumación del tipo básico

- 87** El problema concursal que generan estos casos estriba en que, mientras la consideración de que ambos tipos deben ser aplicados en concurso ideal podría significar una vulneración del principio *ne bis in idem*, por compartir ambos tipos muchos elementos, la exclusión de uno de ellos (por la vía de la alternatividad) (*vid. infra* XVIII 102 ss.) supondría no tener en cuenta la íntegra valoración de todo lo acontecido. Ante esta antinomia irresoluble, la solución no debe ser la mayoritaria: la del concurso ideal en su función esclarecedora (*vid. infra* XVIII 88 ss.), sino la de aplicar únicamente el tipo que permite la mayor pena.— Ejemplos de esta problemática, a resolver conforme al criterio, de los dos controvertidos abordados, que se estime pertinente son: la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas; la tentativa de asesinato y el homicidio consumado; la tentativa de lesiones cualificadas y las lesiones básicas consumadas (incluso el homicidio imprudente); etc.

- 88** GIMBERNAT ORDEIG, Estudios³, 172 ss., analiza una STS en la que el autor intentó matar a la víctima con alevosía, a cuyos efectos realizó dos disparos que no le alcanzaron, por lo que después realizó uno nuevo, esta vez ya sin alevosía, que causó la muerte, estimando que sólo el concurso ideal: asesinato frustrado más homicidio consumado, permite cumplir la función esclarecedora de la normativa concursal.

GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 362 ss., por su parte, sigue la doctrina dominante, de aplicar en principio a estos casos el concurso ideal, por no estimar que se vea en entredicho el principio *ne bis in idem*, aunque con JAKOBS, inspirado en su misma línea, ha de reconocer que, con independencia de que la otra alternativa, la mía, tampoco resuelve el problema, algo en entredicho sí queda el *ne bis in idem*.

89

CARDENAL MONTRAVETA, ADP, XLVIII, 1995-III, se ha planteado, 1º, si existe una diferencia valorativa entre intentar matar sin lesionar e intentar matar y causar lesiones, y, 2º, qué solución darle al segundo caso (sobre la base de tal diferencia valorativa) [1011] y previo reconocer que el TS no ve diferencia entre un caso y otro. Por lo que se refiere a la 1ª cuestión, para cuya dilucidación se vale de la distinción entre el dolo de matar y el dolo de lesionar [1014 ss.], entre tentativa y frustración [1019 ss.] y de los casos de tentativa cualificada [1023 ss.], para llegar a la conclusión [1025 ss.] de que puesto que la tentativa de homicidio no excluye que se ha realizado también el injusto de las lesiones consumadas, lo que supone un *plus* de desvalor (frente a la tentativa de homicidio que no ha ido acompañada de lesiones consumadas), la situación es una concursal, que permite plantear la 2ª cuestión que se propuso al inicio. A tal propósito, y tras exponer las posiciones doctrinales proclives al concurso de leyes en estos casos [1030 ss.] y las que propugnan el concurso ideal [1040 ss.], con comparación de los marcos penales en uno y otro supuesto, llega a la conclusión favorable al concurso ideal por adaptarse mejor al desavalor acreditado y precisar más la pena que el concurso de leyes [1050].

90

b’’. Realización de varias características de las que convierten al tipo básico en modificado

El problema que generan estos casos es que la realización única del tipo básico impide estimar que todos los tipos cualificados se den completos, por lo que difícilmente, en contra de lo que algunos pretenden, cabe construir un concurso ideal de delitos. Por esa razón, debe prevalecer la existencia de un único delito construido con base en una de las varias características cualificantes concurrentes, con independencia del juego que se dé a las restantes (quizá circunstancias modificativas de la responsabilidad).— Ejemplo paradigmático: concurrencia en una sola muerte de varias características del asesinato⁶⁷.

91

CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación de la pena, 267, propone para la concurrencia de tipos cualificados una regla legal específica que permita imponer la pena de uno de ellos en su mitad superior, por no considerar adecuado aplicar la regla del concurso ideal sin más ni la regla de la simple absorción.

92

⁶⁷ Resuelto expresamente por el legislador español en 1995: “Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior (139: asesinato), se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años” (139: prisión de quince a veinte años).

c". Concurrencia de tipo cualificado y privilegiado

- 93 Como se ha visto en otro lugar (*vid. supra* VIII 94 ss.), éste es un caso claro de alternatividad, ¡que no es un principio concursal sino lo contrario: su exclusión! La “concurrencia” en la r. a. del CP de un infanticidio y un asesinato, daba lugar a la aplicación de un infanticidio, con exclusión total del asesinato.
- 94 GARCÍA ALBERO, “Ne bis in Idem”, 376 ss., ha argumentando muy bien contra la doctrina que quiere ver aquí un concurso de delitos, sobre todo GRACIA MARTÍN, pero también CUERDA RIEZU, pero yerra al pensar que sí hay un concurso de leyes resuelto a favor del tipo privilegiado; todo ello, claro está, de forma coherente con su concepción del concurso de leyes según la cual el de alternatividad es un principio concursal⁶⁸.
- 95 CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación de la pena, 265, propone para estos casos que el legislador imponga la pena superior en grado a la del delito privilegiado (con cautelas), frente a GIMBERNAT ORDEIG, que propuso aplicar el tipo privilegiado con la cualificación como agravante.

d'. Relación de consunción

- 96 Aunque, en realidad, la consunción no es sino un supuesto específico de subsidiariedad (se trata, pues, de la figura de la interferencia) que abarca, a su vez, casos muy heterogéneos (lo que contribuye a dificultar su delimitación), puede caracterizarse genéricamente, con Rudolf SCHMITT (ZStW, 75, 1963, 50), desde un punto de vista de fenomenología criminal: “Existe por tanto *consunción* cuando un tipo más severo no se da necesariamente, pero, sin embargo, concurre de manera regular y típica”. Se da, pues, la consunción cuando la punición sobre la base de la norma que consume abarca todo el disvalor de la lesión de la norma consumida. De consunción se habla en los siguientes casos:
- 97 *a. Actos simultáneos típicos*: Hay que estimar consunción cuando la comisión de un delito supone por lo general, aunque no siempre, la comisión de otro menos grave (si lo fuese siempre la relación sería de especialidad; *vid. supra* XVIII 76) y que, como tal, cuando se produce autónomamente, está tipificado. Entonces, la amenaza penal de la ley que consume ya tiene en consideración el contenido de injusto de la ley consumida.— *Ejemplo*: El robo con fuerza en las cosas (art. 238) consume al posible allanamiento de morada (art. 202) y los posibles daños ocasionados para su realización (art. 263).

⁶⁸ *Vid.* también ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 254 ss., quien siguiendo a GRACIA MARTÍN, ve en el supuesto del homicidio consentido más alguna característica del asesinato un concurso ideal.

b. Actos posteriores impunes: Se aplica la regla de la consunción cuando la lesión del bien jurídico posteriormente no posee un contenido de injusto que vaya más allá del lesionado con anterioridad. Para que ello ocurra, el ataque posterior se ha de dirigir contra el mismo bien jurídico, sin que ello contribuya a aumentar el daño causado por el delito anterior u ocasionarle uno nuevo. Esta figura opera sobre todo en los llamados delitos de aseguramiento o materialización.— *Ejemplos:* Daños de las cosas previamente robadas. Primera receptación (*vid.* art. 298. 1) por quien fue autor del robo anterior. Téngase en cuenta que, para quien no actuó como autor o como cómplice, el acto posterior sigue siendo un acto punible sobre el que es posible participar. **98**

Sobre la consunción, sus dos grupos de “hechos acompañantes típicos” y “actos posteriores copenados o impunes”, basada en el criterio de la “normalidad en la conexión de los ilícitos”, ampliamente, GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 382 ss. **99**

Sobre la relación de consunción *vid.* también ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 325 ss., que resuelve la relación como de concurso ideal o de inexistencia de cuestión concursal, es decir, negándola salvo que lo diga expresamente el legislador; CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas, 157 ss.; PUIG PEÑA, Colisión de normas penales, 45 ss. **100**

Una concepción particular sobre los actos copenados o consunción, es la de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 583 ss., quienes los entienden como casos de pluralidad de acciones sin los efectos punitivos del concurso real (hablando de semejanza con la subsidiariedad) determinante de que la norma sancionadora del tipo principal desplace a la de los tipos excluidos, con criterio restrictivo en la interpretación de los actos posteriores copenados.— Distinguiendo también entre actos concomitantes y actos posteriores copenados, en el derecho alemán, JAKOBS, PG, 1061 ss. **101**

e³. Relación de la alternatividad y de exclusión formal, delito “*sui generis*” y concurso de leyes

Como consecuencia de aplicar los criterios de interpretación de la ley penal en casos en que un mismo hecho presenta los elementos de varias de aquéllas, se habla de relación de alternatividad, que algunos, erróneamente (*vid. supra* III 67), dan como un criterio adicional de concurso de leyes, para referirse a los casos en que cumpliendo el supuesto de hecho los tipos de cada norma respectiva, sin embargo la presencia de los elementos de la otra norma, *incompatibles* con la también aplicable, hace que nunca pueda cumplir el tipo de las dos *a la vez*, que es la hipótesis del concurso de leyes (alternatividad por tanto equivale a exclusión del concurso de leyes)⁶⁹.— Por su parte, como consecuencia de la existencia en los ordenamientos **102**

⁶⁹ *Vid.* ya MIR PUIG, PG⁷, 651.

jurídicos de tipos básicos y tipos modificados (cualificados = agravados o privilegiados = atenuados), se plantea a continuación si el tipo modificado incluye también al tipo básico, o como consecuencia de la naturaleza del elemento cualificante, su presencia excluye la posibilidad de aplicación del tipo básico, en cuyo caso se habla de *delictum sui generis* (vid. *supra* VIII 98 s.). El delito *sui generis* es por tanto un caso de alternatividad.— Lo que determina la relación de alternatividad, como consecuencia de todo lo anterior, como bien dice GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 411, es que a pesar de que los hechos cumplen los elementos de dos tipos y éstos además no se encuentran en relación de especialidad, sin embargo, no cabe concluir sino todo lo contrario que estemos ante un concurso ideal; quien además con buen criterio, no ve obstáculo alguno para ello (para que la relación de alternatividad produzca sus efectos: un tipo excluye al otro) en la regla del art. 8. 4 y su alusión al tipo que imponga la pena más grave [420 ss.].— ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 278 s., por el contrario, no ve inconveniente en aplicar a los casos de alternatividad del tipo concurrencia de tipos cualificados de un mismo tipo básico la norma del concurso ideal.

103 Sobre la relación de alternatividad, ampliamente, GARCÍA ALBERO, “Non bis in Idem”, 401 ss.; ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 267 ss.; CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas, 168 ss.; PUIG PEÑA, Colisión de normas penales, 87 ss.

104 Como consecuencia de la reforma del CP 1983, que agravó la pena del asesinato: de reclusión mayor en toda su extensión a reclusión mayor en su grado máximo, se derivó la consecuencia de que este delito fue a partir de entonces delito más grave que el de parricidio: que antes y después de la reforma se castigaba con reclusión mayor en toda su extensión. De esta manera, cuando en los hechos concurrían las circunstancias de ambos delitos, se planteaba el problema que se le suscitó a la Audiencia provincial de Las Palmas, que en sentencia de 8 de noviembre 1984, calificó los hechos de asesinato con la agravante de parricidio, mientras que la STS de 4 de marzo 1986 la casó, considerando que el asesinato sólo es aplicable en ausencia del parricidio, que siendo ley especial respecto al homicidio, impide que la presencia de las características del asesinato rompa esa relación de especialidad.— CARBONELL MATEU, ADP, 1986, 994 ss., que tiene el mérito de haber llamado la atención sobre esta STS, aborda su comentario sosteniendo que siendo así que la relación del asesinato y el parricidio ni es de especialidad (entre ellos), ni de subsidiariedad tácita, ni de alternatividad, debe resolverse con el criterio legal del tipo que impone la pena más grave, que es el asesinato (con la agravante de parentesco), que es lo que había hecho la sentencia casada [997 s.].— RODRÍGUEZ MOURULLO, EPC, X, 1987, 349 ss., por su parte, que considera absurdo que se castigue más severamente el asesinato que el parricidio, descarta sin embargo la tesis del TS, de la especialidad a favor del parricidio, con argumentos muy semejantes a los de CARBONELL MATEU, igual que descarta la tesis de la subsidiariedad a partir de 1944 (ya que antes el asesinato era ley subsidiaria del parricidio: subsidiariedad formal, que se derogó en esa fecha), con lo que sólo queda la alternatividad que el CP siempre

ha resuelto de forma muy clara con la preferencia de la ley que contiene la pena más grave.— Por su parte MIR PUIG, ADP, XLI, 1988-III, 988 ss., cuestiona las soluciones de CARBONELL MATEU (consunción impropia) y RODRÍGUEZ MOURULLO (alternatividad) porque estima que la relación entre el parricidio (con alevosía) y el asesinato (con parentesco) no es de concurso de leyes sino de delitos (el art. 59 r. a. impedía considerar circunstancias a los elementos de un tipo como la alevosía en el asesinato y el parentesco en el parricidio), por lo que la calificación correcta habría sido la de concurso ideal [1996], que es la que mejor permite que no se pierda ningún elemento agravatorio⁷⁰.— Para GUALLART DE VIALA, AP, XXXVII, 1990, 404, 414 ss., 421, 423 s., la solución ha de ser la de la alternatividad legal (con independencia de que se deseara otra, si fuese compatible con la ley), habiéndose de calificar los hechos de asesinato con la agravante de parentesco, con el único defecto (menor), de justicia material, de que se equiparan parientes de diversa importancia (los parientes del 405 r. a. son más próximos que los del art. 11 r. a.).— Según GIMBERNAT ORDEIG, ADP, XLIII, 1990, 421 ss., 438 SS., puesto que la relación de los delitos contra la vida y las agravantes genéricas presenta un perfil que permite clasificar a las agravantes en leves, como p. ej. la nocturnidad (que mantenían en la r. a. la pena del homicidio en la de reclusión menor en su grado medio o máximo), intermedias, como el parentesco (que permitía elevar la pena del homicidio [parricidio] a reclusión mayor en toda su extensión), e hiperagravantes, como la alevosía (que permitían [asesinato] elevar la pena a reclusión mayor en su grado máximo), las soluciones del TS y de MIR PUIG no eran válidas: 1) La del TS (parricidio con la agravante de alevosía p. ej.), porque si la muerte con agravante leve se castigaba menos (reclusión menor en su grado medio o máximo) que si concurría agravante intermedia (parentesco): reclusión mayor en toda su extensión, lo mismo debía regir (menor pena para la agravante leve que para la intermedia) cuando concurrían en una muerte alevosa. Pero si en una muerte alevosa además concurría la nocturnidad, la única pena posible: grado medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo, la concurrencia además del parentesco, lejos de agravar la pena, la atenuaba si se seguía el parecer del TS: grado medio o máximo de reclusión mayor, con lo que frente a una muerte sin más el parentesco actuaba como agravante intermedia y si concurría además alevosía como agravante leve. 2) La de MIR PUIG (concurso ideal entre parricidio y asesinato = reclusión menor en su grado máximo), porque si la concurrencia en una muerte del parentesco (intermedia) tenía menos efectos que la de p. ej. premeditación (hiperagravante), entonces no podía ser que cuando concurriese además del parentesco y la premeditación alevosía, p. ej., entonces de pronto matar alevosamente al pariente (reclusión mayor en su grado máximo: art. 71 r. a.) se castigase menos que matar a otro con dos hiperagravantes (grado medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo). Lo que avala su tesis (de GIMBERNAT): En este caso de alternatividad la calificación correcta es la de asesinato con la agravante de parentesco, con el único inconveniente (menor) de que no se puede graduar (equiparándose todas ellas) las agravantes genéricas.— Como se ve claramente, ésta es una argumentación (correcta) desde el principio del efecto oclusivo del grado mínimo del tipo dejado de aplicar (*Sperrwirkung der*

⁷⁰ A la tesis de MIR PUIG se ha adherido ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 261 s.

milderer Tatbestandes) (vid. *infra* XVIII 107).— Sobre esta problemática vid. también CASTELLÓ NICÁS, Concurso de normas, 174 ss.

105 Otro caso de alternatividad es el llamado de exclusión formal, estudiado por SÁNCHEZ TOMÁS, ADP, XLVI, 1993-II, 681 ss., al hilo de la relación estupro-violación (de menor de edad) r. a., y caracterizada porque en ella, a pesar de que ambos tipos tienen elementos comunes, hay al menos uno que impide “que alguno de ellos agote con su descripción el injusto total desvalorado en el otro” [682]. En el ejemplo: Mientras que estupro y violación (de menor de edad) tenían en común el acceso carnal, la violación requería minoría de edad de la víctima, menos de doce años, y el estupro, expresamente, que la víctima tuviera más de doce. Lo más característico de esta relación, como bien dice SÁNCHEZ TOMÁS [683], es que no se resuelve convirtiendo la relación en una de especialidad (de la violación respecto al estupro). Cuestión distinta, y esto es quizá lo específico de la exclusión formal frente a la alternatividad genuina, es que las posibles dificultades interpretativas de la exclusión formal son resolubles mediante interpretación teleológica a costa del tenor literal de la ley, mientras que en la alternatividad no hay más remedio que dejar de aplicar una ley pese a que se han dado sus presupuestos. En el ejemplo: Si el estupro castigaba el acceso con mujer mayor de 12 años y menor de 16/18 = estupro consumado, es lo justo castigar con la misma pena (estupro consumado) el yacimiento con mujer menor de doce años creyendo que tenía más de doce y menos de 16 (vid. *supra* VIII 289).

106 Con buen criterio, asignan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 541, al criterio de la determinación de la pena basado en la alternatividad la función de evitar que el reo se beneficie de errores legislativos de redacción.— Justamente lo contrario que pretendió SANZ MORÁN, EPM-Fernández Albor, 663 ss., quien, tras una ilustrativa exposición doctrinal sobre el principio en el pensamiento de BINDING, VON LISZT, HONIG, FINGER y KLUG [664 ss.], entendía que la alusión del art. 68 a. r., tenía el sentido de “corregir” los errores del legislador: los hechos son subsumibles en dos tipos sin que ninguno de ellos tenga preferencia sobre el otro, que sobre la base de que debería desaparecer del CP (lo que no ha ocurrido), supondría un especie de *in dubio contra reum* [669 ss.]⁷¹; quien, a su vez, resuelve el problema de la relación parricidio-asesinato en la r. a. conforme al criterio de la subsidiariedad, siendo de carácter preferente el parricidio (art. 405 r. a.), dentro del cual jugaría la circunstancia caracterizadora del asesinato concurrente en el caso como agravante [671 ss.].

b. La determinación de la pena en el concurso de leyes

107 Según el art. 8. 4.^a, la regla general del concurso de leyes es que el delito cometido se castigará conforme al precepto penal más grave, que excluirá a “los que castiguen el hecho con pena menor”. De aquí se deduce la idea de que la

⁷¹ Vid. también SANZ MORÁN, EPB, 273. Con mejor criterio, ya PUIG PEÑA, Colisión de normas penales, 113 s.

pena habrá de tomarse del tipo penal predominante, no estimándose la pena correspondiente al tipo que cede ante el predominio de aquél. Este segundo tipo, se dice, queda excluido.— Ahora bien, en contra de quien pudiera pensar que el tipo excluido no produce ningún efecto, debe decirse que, en el caso de que éste posea un marco penal con el límite mínimo inferior más severo que el tipo predominante, o contenga efectos penales, penas accesorias o medidas de seguridad que éste no contemple, deberá tenerse en cuenta la ley “excluida”, es decir, que la pena a imponer no podrá ser inferior a la pena mínima del tipo excluido, imponiéndose, si procede, la pena accesoria, la medida o el efecto que pueda contener. También, pues, en el concurso de leyes se sigue el principio de la *combinación*⁷².— A su vez, si el tipo predominante no puede aplicarse porque, p. ej., concurre una causa personal de exclusión de la punibilidad, o porque se trata de un delito sólo perseguible a instancia de parte y la víctima no quiere hacer uso de la facultad que la ley le otorga, no habrá inconveniente en castigar al autor con base en el tipo excluido.— Tan sólo en los casos en que el tipo predominante sea un tipo *privilegiado* dejará de producir efectos en absoluto el tipo excluido. La razón es la misma que justificaba el efecto en el caso anterior, sólo que al revés. Allí se decía, para justificar la aplicación del tipo excluido, que es absurdo no castigar al autor por el simple hecho de que también haya realizado algo más grave. Aquí, por contra, sería injusto perjudicar al autor porque el precepto penal que primariamente debería aplicarse no puede serlo.— *Ejemplo*: Quien no puede ser castigado como autor de tentativa, por haber desistido (tipo privilegiado) (art. 16. 2), no puede serlo tampoco por los actos preparatorios de conspiración, proposición o provocación (art. 17 y 18).

GONZÁLEZ PULIDO, PJ, 2ª época, 14, 1989, 191 ss., comenta muy oportunamente una STS de 6 de abril 1988, de la que fue ponente una vez más BACIGALUPO ZAPATER, en la que el TS aplicó el efecto oclusivo del tipo dejado de aplicar en el concurso de leyes, en un caso de contrabando de drogas, dado que si bien la norma del contrabando era la más grave, por eso se aplicó correctamente, no debió hacerse usando la facultad que ofrecía de rebajar la pena en grado, por impedirlo la norma del CP que dejó de aplicarse; recordando todavía GONZÁLEZ PULIDO [194] que la sentencia mencionada de pasada que este efecto oclusivo es también aplicable al concurso ideal de delitos, lo que muy certeramente celebra.

Distinta a la cuestión de la determinación del marco superior e inferior de la pena en el caso del concurso de leyes, es la de cómo determinar la pena en concreto, aspecto en el que al régimen general de atenuantes y agravantes, innomina-

⁷² En el mismo sentido ya MIR PUIG, PG⁷, 646 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 794; STRATENWERTH, PG, 458; JAKOBS, PG, 1067 ss. En contra, enfáticamente, CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación de la pena, 209 ss.; siguiéndole, ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 202; SANZ MORÁN, EPB, 271.

das y específicas, presentes sobre todo en la infracción más grave de referencia (¿pero también de la, por menos grave, no objeto de referencia para el marco legal?; cabe pensar en algún caso en que sea ello posible, siempre que cuando así ocurra no se tenga en cuenta la circunstancia dos veces, una por cada infracción, con el mismo sentido en ambas o contrapuesto), jugará conforme a su régimen general. En cambio, en aquellas formas del concurso de leyes que resuelven un concurso real (inauténtico), consunción, subsidiariedad, la pluralidad de acciones puede constituir una circunstancia agravante (innominada).

C. El concurso ideal de delitos⁷³

110 Si se realizan dos o más tipos delictivos en cualquiera de las formas de unidad de acción que antes se veían, y no se da ninguna de las modalidades del concurso de leyes, entonces los distintos tipos realizados se encuentran en relación de concurso ideal de delitos⁷⁴.

a. Modalidades

a'. La relación de homogeneidad y heterogeneidad

111 El concurso ideal de delitos es *homogéneo* si la acción lesiona varias veces el mismo precepto penal.— *Ejemplo*: El lanzamiento de una granada de mano produce el asesinato de dos personas.— El concurso ideal de delitos es *heterogéneo* cuando los preceptos lesionados son distintos⁷⁵.— *Ejemplo*: El falso testimonio prestado ante un tribunal de justicia (art. 458. 1) en una demanda civil, ocasiona un perjuicio económico a una de las partes (estafa procesal) (art. 248. 1).— El CP, a diferencia de

⁷³ Una excelente revisión conceptual y jurisprudencial del concurso ideal puede verse en TORRES-DULCE LIFANTE, CDJ, 1995, II, 76 ss.

⁷⁴ De otro parecer CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 650, que a la unidad de acción añade la unidad de propósito o fin para que la unidad de acción con pluralidad de infracciones dé lugar a concurso ideal; en otro caso, concurso real. Con mejor criterio QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 381.

⁷⁵ *Vid.* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 532; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 775; PUIG PEÑA, PG, II, 356 s.; CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 447 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 213; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 548. El argumento de MIR PUIG, PG⁷, 640 s. (en términos semejantes GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN [coord.], CCP, I, com. art. 77-77, 432, 440, siguiendo a VIVES ANTÓN; *vid.* ya CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 656 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 357, 360), según el cual el CP podría no contemplar el concurso ideal homogéneo (“pena prevista para la infracción más grave”) por considerar que no es un concurso ideal sino real, no se sostiene: no se explica que lo más: unidad de acción + tipos delictivos distintos fundamente el concurso ideal y no lo haga lo menos: unidad de acción + mismo tipo lesionado. *Vid.*, con mejor criterio, SÁINZ CANTERO, PG, III, 219; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 565; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1016; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 77, 270, siguiendo a SANZ MORÁN; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 77, 1226 s.

lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, no alude expresamente al concurso ideal homogéneo (así el § 52 del StGB alemán, que habla de la lesión a través de la misma acción de varios preceptos penales o de la lesión del mismo precepto penal una pluralidad de veces, para caracterizar al concurso ideal)⁷⁶, pero ello no impide estimar incluido en su seno a este concurso ideal sin necesidad de acudir a criterios de analogía o semejanza, bastando el amplio marco del tenor literal del precepto contenido en el art. 77. 1 (“un solo hecho constituya dos o más infracciones”).

b⁷. La relación medio-fin

El art. 77. 1, *in fine* alude a la relación medio-fin (“una de ellas sea medio necesario para cometer la otra”).— *Ejemplo*: Alguien falsifica primero un documento (art. 395), que después utiliza para realizar una estafa (art. 248).— Puede, incluso, ocurrir que uno de los extremos del nexo, o ambos, esté constituido por un delito continuado⁷⁷.— *Ejemplo*: Serie de falsedades para una estafa. Uso de documento falsificado para varias estafas. Serie de falsedades para serie de estafas.— Y puede ocurrir, también, que se trate de varias relaciones mediales encadenadas entre sí a través de un tercer tipo.— *Ejemplo*: Allanamiento de morada (art. 202), que se ocasiona para lesionar (art. 147), lesiones que, a su vez, se causan para agredir sexualmente (art. 178)⁷⁸.

Característica común a todos estos casos de concurso ideal, por eso lo son, es que las acciones delictivas realizadas se superponen, al menos en parte (*Teilidentität*), aunque sea a través de un tercer tipo que sí se superpone, en parte, con los otros dos (“efecto abrazadera”: *Klammerwirkung*)⁷⁹.— El límite para estimar esta

⁷⁶ Vid. JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 773 s.

⁷⁷ Vid. CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II,v com. art. 71, 360 ss., 366 ss. (decisivo en la materia: ¡leer!). Vid. también, siguiéndole, CUELLO CONTRERAS, ADP, 1979, 473 ss.

⁷⁸ Vid. las atinadas consideraciones de GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1038 ss., en pro de un único concurso (ideal) de delitos en estos casos, a pesar de no compartir los conceptos de la ley, distanciándose, por coherencia, en este punto de la doctrina dominante tendente a acumular conexiones en estos casos.

⁷⁹ En contra SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 214, 219 s.; MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 888; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), CCP, com. art. 77, 270: concurso real sometido al régimen penológico del concurso ideal; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 306 s. En contra también MIR PUIG, PG⁷, 642; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 77, 425 ss., aunque confesando lo irresoluble del problema y eligiendo la menos mala de las soluciones, en la línea de MIR PUIG, SANZ MORÁN y GUINARTE CABADA, de la relación medial (concurso ideal más concurso real con los restantes delitos). Con mejor criterio CUERDA RIEZU, ADP, XLIX, 1991, 860 (PCRPHM-del Rosal, 312), que no simpatiza con la figura, la reconoce en los casos de superposición al menos parcial de los hechos, lo que no hace la doctrina claramente proclive a ver siempre aquí concurso real (todo lo más unidos [la pluralidad de hechos] por la unidad de voluntad: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO [dir.], CP, I, com. art. 77, 1228; PUIG

última modalidad de *acción enlazada* será aquel en el que los delitos comprendidos por el delito común sean ambos de mayor gravedad que éste⁸⁰. Entonces habrá que aplicar la norma del concurso real entre ambos, pues sería injusto otorgar un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el simple hecho de que, además, se han realizado en unión de otro leve.— *Ejemplo*: El autor ha cometido dos asesinatos sucesivos, para lo cual se ha desplazado del lugar de comisión del primero al del segundo conduciendo un automóvil bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379).— En tales casos, los asesinatos se encontrarán en relación de concurso real entre sí, y el concurso real así formado en concurso ideal con el de conducción bajo influencia de estupefaciente.

- 114** GUINARTE CABADA, EPC, XIII, 155 ss., tras tomar partido por la doctrina que estima que el concurso medial es un concurso real [162] y tras no admitir [164] que la identidad parcial pueda producirse a través de un tercer hecho que sí se superponga a los otros dos, aborda muy oportuna y profundamente el problema de la relación medial, sus términos legales [165 ss.] y sus elementos [172 ss.], el objetivo: “conexión instrumental real y objetiva”, cronológica e instrumental, del delito medio para el delito fin, sin necesidad de que ambos coincidan ni parcialmente respecto al sustrato fáctico [179], y el subjetivo: reconociendo que la doctrina exige un elemento de esa naturaleza, además del objetivo, pero inclinándose por su suposición [187], añadiendo todavía el requisito de la *necesidad* de la relación medial⁸¹ que entiende

PEÑA, PG, II, 357; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 263). Y con mejor criterio aún JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 776 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 565 ss. (¡leer!); STRATENWERTH, PG, 460 ss., aunque a la postre aboga con JAKOBS (PG, 1107) por construir un concurso real entre los delitos unidos y un concurso real de cada uno de ellos con el enlazante, reconociendo la falta de pulcritud de cualquier solución; WELZEL, PG, 273 s. Especialmente contundente, ANTÓN ONECA, Derecho penal, 491 s. (¡leer!) *Vid.* CEREZO MIR, PG, III, 304, 306; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 772; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 77, 440; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1030. Por su parte, SÁINZ CANTERO, PG, III, 214 s., distingue entre el efecto abrazadera, que admite cuando ninguno de los delitos abrazados es más grave que el delito abrazadera, del caso en que a dos delitos seguidos (disparos sucesivos a A y a B) se suma un nuevo delito en unidad de acción (concurso ideal) con cada uno de ellos (el disparo a B alcanza también a C), en cuyo caso se deshace el concurso ideal; lo que se distingue a su vez de la relación medial contemplada en el CP, que a pesar de tal relación no constituye un concurso ideal sino un concurso real tratado como concurso ideal.

⁸⁰ *Vid.* JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 777, que se inclina por deshacer el efecto abrazadera cuando uno de los tipos abrazados sea más grave que el abrazante.

⁸¹ *Vid.* también ya MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 534; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 77, 442 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 77, 1229 (“hecho acompañante” en la terminología del TS); QUINTANO RIPOLLÉS, CCP, 382 s. (con atinadas consideraciones sobre los delitos en relación medial); SÁINZ CANTERO, PG, III, 224, que gráficamente cita una STS, de 2 de noviembre 1984, en que se caracteriza la necesidad medial como “*infracciones estrechamente entrelazadas*” (el subrayado es nuestro, JCC); BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 549; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 71, 362 ss. (medio-fin: 364 ss.); GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1034: la necesidad de la conexión ha de ser objetiva y subjetiva, y en concreto; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 77, 425: la necesidad medial ha de ser concreta y *ex ante* = dificultad de perpetración de un delito sin pasar por otro en concreto”.

como que el delito medio sea imprescindible a efectos de “posibilitar, facilitar o asegurar la comisión del otro” [192], con exclusión de los excesos. Finalmente, GUINARTE CABADA toma posición sobre el difícil problema de la posible pluralidad de delitos en cada uno de los dos términos de la relación medial [193 ss.], admitiendo que el delito medio o el delito fin o los dos pueden constituirlo un delito continuado, pero negándolo cuando no se trata de un delito continuado sino de un concurso ideal, real o medial, en cuyo caso, éste último, defiende con MIR PUIG y SANZ MORÁN la existencia de una de las relaciones mediales, que entraría en concurso real con el delito o las conexiones mediales restantes [200]. A la postre, se inclina GUINARTE CABADA [206] por resolver todo este “galimatías” conforme al criterio que vengo propugnando de la pena única⁸².

Por su parte, JOSHI JUBERT, ADP, XLV, 1992-II, 632 ss., en el debate entre quienes entienden que para el concurso medial basta la coincidencia parcial de las acciones y quienes en ese caso ven un concurso real, se inclina por lo segundo, con GUINARTE CABADA, por lo que el paso siguiente para resolver el problema concursal surgido es, tras descartar que se trate de un delito continuado, determinar cuándo la relación es medial y cuándo de concurso real. Para ello, para determinar el ámbito del concurso medial, propone varias pautas: 1) La finalidad del autor no constituye relación medial: robar una pistola para cometer un asesinato no es relación medial. 2) “Medio necesario” no significa imprescindible, en cuyo caso estaríamos ante un concurso de leyes. El medio es necesario en dos ocasiones: a) cuando hay una coincidencia parcial de las acciones, o, b), cuando un delito no se puede cometer de otra manera que llevando a cabo un segundo delito: para violar el autor tiene que entrar en casa de la víctima. 3) Aun así, el carácter personalísimo de los bienes jurídicos lesionados también rompe la relación medial a favor del concurso real. Ejemplo paradigmático: bomba que mata a varias personas.

GIL GIL, RDPC, 2ª época, 4 1999, 771 ss., en un comentario a la primera STS alemán condenando por un delito de genocidio, que aplicó la norma del concurso ideal entre el delito de genocidio y los sucesivos homicidios que lo integraron (treinta), estima que el TS alemán estuvo acertado al aplicar la norma del concurso ideal, pero discrepa de él por haber llegado a esa conclusión por la vía del efecto abrazadera que en el derecho alemán (por vía extralegal) permite enlazar en unidad de acción delitos independientes (en este caso los homicidios) a través de otro que coincide al menos parcialmente con todos ellos (en nuestro caso el genocidio). Y ello porque GIL GIL es contraria a esta figura, con diversos argumentos, entre los que figura el de que los delitos enlazados entre sí es un caso claro de concurso real, además de determinados inconvenientes relacionados con el absurdo privilegio penológico del autor que ello supone; lo que le lleva a proponer la solución del concurso ideal por vía, no de efecto abrazadera o unidad de acción enlazada, sino por la vía, propuesta en derecho español por CUERDA RIEZU, del llamado concurso de concurso,

115

116

⁸² Vid. críticamente CUERDA RIEZU, ADP, XLIV, 1991, 860 (= PCRPHM-del Rosal, 312).

conforme al cual, en el caso: primero, se formaría un concurso real con los homicidios, y, segundo, el concurso resultante sería el que a su vez entraría en concurso ideal, ahora sí, con el delito de genocidio.

- 117** CÓRDOBA RODA, en: MAURACH, PG, II, 402 s. (¡leer!), el gran artífice de la incorporación de la idea de la *Klammerwirkung* a la intelección de la relación medial característica del derecho español, nunca prescindió de la exigencia de que los hechos unidos por el efecto abrazadera habían de superponerse al menos en parte. Los que después hemos abundado en esta línea de pensamiento tampoco hemos dejado de exigir esa superposición ¡aunque sea a través de un tercer hecho que se superponga a los otros dos! Son los defensores de la tesis del concurso real los que tienen dificultades con estos casos (por no tratarse de los hechos netamente separados en que piensa el art. 70 a. r.). *Vid.* las muy atinadas reflexiones de GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. srt. 73 y 75 a 78, 1017 ss., sobre la superposición parcial y la conexión medial, incluido el efecto abrazadera tratado como concurso ideal en el CP español, a pesar de su oposición a tal construcción.

c'. ¿Existe un tipo subjetivo de concurso?

- 118** MIR PUIG, ADP, 1987, 203 ss., ha planteado la cuestión de que es posible que, dándose los tipos objetivos de dos delitos, sin embargo no se dé la relación concursal por ausencia de representación subjetiva de circunstancias que tienen que darse para que surja una relación concursal.— En realidad, lo único necesario para que se dé relación concursal es que haya dos delitos con su correspondiente tipo subjetivo. No existe un tipo subjetivo de concurso a pesar de lo afirmado por MIR PUIG [2108]. Ejemplo construido por este autor al efecto [207]: A dispara contra B que se encuentra escondido en la maleza, pero alcanza a C, que también está allí oculto: creyendo A haber alcanzado a B, dispara de nuevo para rematarle. Según MIR PUIG, aunque objetivamente podía haber la puesta en peligro de una persona y la lesión de otra (concurso ideal), puesto que lo que A se ha representado ha sido una progresión delictiva, sólo hay concurso de leyes. En realidad, lo único que hay (*vid. supra* VIII 335), es un error *in personam* irrelevante (¡precisamente por *desconocimiento* de su presencia!) y un profundizar el ataque a la *misma* persona (con confusión sólo de su identidad en ambos actos pero *conocimiento* de que se trata de la misma persona).

b. *La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos*

- 119** El art. 77. 2 (“se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave”) sólo contiene una referencia al límite máximo que se pueda imponer, que, según su tenor literal, estará constituido por la mitad superior de la pena correspondiente al delito más grave, es decir, el que imponga la pena más severa.— No es lo mismo ver en este precepto la indicación de una pena que *necesariamente* ha de ser impuesta que un límite hasta el cual el juez *puede* llegar.— Por otra parte,

el hecho de que el art. 77. 3 permita acudir a la sanción de cada delito por separado en estos casos, no significa una remisión a la norma del concurso real (y menos una exigencia de que se sumen absolutamente las penas, lo que ni siquiera es posible en el concurso real: *vid infra* XVIII 123 ss.). Más bien se refiere a la necesidad de determinar *en concreto* la pena unitaria del concurso ideal, que seguirá siendo la correspondiente al delito más grave, que podrá llegar al límite máximo de su pena en concreto⁸³.— El art. 77. 2 y 3, en suma, contiene un *límite relativo* de determinación de la pena en el concurso ideal, y nada más. Aunque el legislador español no hubiese estimado oportuno o necesario fijar este límite relativo de la ley, el juez, por un elemental principio de hermenéutica jurídica y de aplicación racional de la pena, habría estado vinculado por él.— Por su parte, por lo que se refiere al límite mínimo, vale todo lo dicho para el concurso de leyes (*vid. supra* XVIII 107 ss.), ya que lo allí mencionado es precisamente extrapolación al concurso de leyes de lo que está asumido mayoritariamente para el concurso ideal: el límite mínimo del marco penal del concurso ideal viene dado por el de la infracción que lo establezca más elevado, que no tiene que ser aquella de la que se toma el máximo, que es la que lo establece más agravadamente⁸⁴.

Como se veía también ya en el concurso de leyes, distinto al establecimiento del marco legal del concurso ideal es la determinación de la pena en concreto, juego de atenuantes y agravantes, nominadas e innominadas, afectantes a cualquiera de las infracciones realizadas, evitando la doble estimación, más criterios específicos, e innominados (como criterios de medición de la pena), de esta modalidad concursal, fundamentalmente la pluralidad de hechos en los casos en que realmente se dé (motivo agravatorio), p. ej., en la relación medial; pero también, p. ej., el número de víctimas (lanzamiento de granada que mata a más de dos personas).

120

Una exposición exhaustiva sobre la determinación de la pena en el concurso ideal puede verse en GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1043 ss. (¡leer!).

121

Sobre la determinación de la pena en el concurso ideal *vid.* también SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 221 ss., CDJ, 1995, II, 224 ss.; CUERDA RIEZU, ADP,

122

⁸³ La tesis que defendí en ADP, 1979, 471, según la cual la única forma de que la suma de los delitos por separado sea inferior a la del delito más grave en su mitad superior, como rezaba la fórmula del entonces equivalente al actual 77. 2, era entender la pena en abstracto, pues sólo así la parte puede ser superior al todo, no la defiendo ya. En delitos de gravedad muy diversa, si el más grave además tiene un marco muy amplio, la resultante de la aplicación en su mitad superior puede permitir una pena más grave que la pena en concreto de ese delito más grave sumada a la del delito mucho menos grave, determinadas en concreto ambas.

⁸⁴ *Vid.* la excelente defensa del principio de la combinación en el concurso ideal que hace CHOCLÁN MONTALVO, Delito continuado, 316 ss.

XLIV, 1991, 857 ss. (PCRPHM-Del Rosal, 309 ss.); CEREZO MIR, PG, III, 307 ss.; MIR PUIG, PG⁷, 643 s.; MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 890 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 77, 444 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, com. asrt. 77, 1230 s.; PUIG PEÑA, PG, II, 358 .; SÁINZ CANTERO, PG, III, 215 ss. (ampliamente); RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 265; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 305 s.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 509; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, CCP, II, com. art. 71, 368 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 573 ss.; STRATENWERTH, PG, 463 s.; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 77, 428 ss. (ampliamente).

D. El concurso real de delitos⁸⁵

a. Definición

123 El concurso real de delitos es el supuesto más claro de pluralidad de hechos delictivos y de delitos, que, por lo tanto, permite imponer las penas correspondientes a las distintas infracciones en los límites en los que, por tratarse de un único y mismo sujeto que va a cumplir de forma unitaria las penas correspondientes a las distintas infracciones (pensadas, recuérdese, por el legislador a la hora de fijar la pena como infracción única) (*vid. supra* XVIII 1), y debido a la teoría de los fines de la pena –lo más opuesto a la pena retributiva– el legislador tenga a bien fijarla. De ahí que ningún sistema actual se inspire en el principio de la acumulación para el concurso real; y de ahí, también, la generosidad con que el mismo legislador aplica el *principio de conexión*: Cabe formar un concurso real con delitos objeto de condena en procedimientos diferentes (*vid. infra* XVIII 131).

b. Función

124 La búsqueda de una función a la norma del concurso real se ha visto eclipsada en los últimos tiempos por la obsesión reinante en la doctrina, de encontrársela al concurso ideal. En efecto, la dificultad que sin duda supone determinar cuáles son los casos genuinos del concurso ideal, huyendo de los dos extremos representados por la posible vulneración del *ne bis in idem*, si el concurso ideal se aproxima al concurso real, de una parte, y por la posibilidad de no tener en cuenta una de las infracciones realizadas, si el concurso ideal se aproxima al de leyes, de otra, ha llevado a asignar al concurso ideal la denominada *función aclaratoria*; justo lo que ha convertido al concurso real en un concepto residual según el cual cuando

⁸⁵ Una excelente revisión conceptual y jurisprudencial del concurso real puede verse en CALDERÓN CEREZO, CDJ, 1995, II, 137 ss.

los hechos no son abarcados ya por un único tipo delictivo (concurso de leyes) ni se superponen en parte (concurso ideal)⁸⁶, lo que queda es acumular sanciones. Frente a esto, como hemos defendido desde el principio, todas las normas concursales persiguen el mismo fin: reducir a unidad la pluralidad de consecuencias que van a recaer sobre un único individuo, también el concurso real.

c. Determinación de la pena

De lo establecido en los artículos 73 y 76 parece deducirse, al menos así lo ha pensado siempre la doctrina, que en el concurso real, en principio, las penas se acumulan, interesando destacar en este momento que cuando las penas no sean susceptibles de cumplirse simultáneamente, lo que ocurre con la pena paradigmática de la prisión, se cumplirán de forma sucesiva, esto es, para entendernos, la correspondiente al delito menos grave después de la correspondiente al más grave, con los límites del art. 76: esto es, que la suma absoluta se detendrá una vez que se alcancen los veinte años o el triplo de la pena correspondiente a la infracción más grave.— Pues bien, es precisamente esta lectura la que, además de revelar la extrema dureza del CP, evidencia una crasa confusión entre lo que es el marco legal (nuevo y superpuesto a los respectivos marcos penales de las infracciones en concurso real) del concurso real y la determinación de la concreta pena dentro de ese nuevo marco.— Por decirlo en unos términos someros, como corresponde a una obra general: Sumar penas en términos absolutos, aun dentro de los límites absolutos del concurso real, no puede haber sido la voluntad del legislador al regular esta materia, dado que nunca lo ha dicho, y sí lo contrario: a través de las normas de determinación de la pena en caso de una única infracción, que en algún caso se pueda prescindir de las normas de determinación de la pena en concreto, lo que es vulnerado por la lectura aludida del concurso real.— Por decirlo en términos polémicos: En un concurso real nunca podrán imponerse en su grado máximo y sumados los marcos penales de dos o más infracciones, por la sencilla razón de que, si es verdad lo que decimos los defensores de la pena única, para defenderla, la suma de dos penas privativas de libertad produce un efecto devastador de la libertad superior a la mera adición, y más parecido al efecto multiplicador.— Por lo tanto, la determinación de la pena en el concurso real ha de poseer necesariamente algún límite más allá de los expresamente mencionados en el art. 76. Ese límite al que no aproximarse en concreto se podría formular, de cara a su inserción, como específico del concurso real, entre los generales criterios de medición de la pena, en los siguientes términos: la pena correspondiente a la segunda o ulterior infracción debe atenuarse con base en el efecto contrario a la resocialización de la acumulación que permite el concurso real.

125

⁸⁶ Vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 581, 582.

- 126** El sistema de determinación de la pena y sus límites en el concurso real está exhaustiva y brillantemente expuesto en GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 951 ss. (¡leer!).
- 127** Sobre el régimen punitivo del concurso real *vid.* también SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 234 ss.; CDJ, 1995, II, 228 ss.; SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 121 ss.; CEREZO MIR, PG, III, 311 ss., 313 ss.; QUINTERO OLIVARES, PG³, 752 s.; MAQUEDA ABREU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 892 s.; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, 783 ss., 785 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 76, 433 ss.; PUIG PEÑA, PG, II, 360 ss.; CUELLO CALÓN, PG14, 652 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 562 s.; CCP, 379 s.; FERRER SAMA, CCP, II, com. art. 68-71, 295 ss.; SÁINZ CANTERO, PG, III, 221 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, PG, 269; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, PG², 303; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 547 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 596 ss.; STRATENWERTH, PG, 465 s.; WELZEL, PG, 279 s.; ANTÓN ONECA, Derecho penal, 505 ss., con toma de postura pionera sobre la pena única [508]; JAKOBS, PG, 1108 ss.

a'. Criterio

- 128** Al igual que ocurría con el concurso ideal y de leyes, para evitar que la realización de una pluralidad de infracciones en pluralidad de acciones suponga un privilegio inmerecido del autor, mientras que el marco penal del concurso real lo marca el triplo de la pena correspondiente a la infracción más grave cometida, y veinte años (en algunos delitos veinticinco, treinta o cuarenta) (art. 76), el límite inferior lo marcará el inferior más elevado de cualquiera de las infracciones cometidas.— Dentro de ese marco, la pena en concreto se determinará conforme a los generales, atenuantes y agravantes, nominadas e innominadas, más las específicas derivadas de la situación de concurso real (pluralidad de acciones) presente. Es cierto que, en este sentido, la pluralidad de acciones es motivo agravatorio, aunque no se debe tener en cuenta lo ya tenido en cuenta para establecer marco superior tan grave como el de esta modalidad concursal. En cualquier caso, nada se opone a imponer una pena por debajo incluso del límite máximo de la pena correspondiente a la infracción más grave cometida, si concurren atenuantes muy cualificadas y no se oponen argumentos de prevención general de signo contrario.

b'. Restricciones⁸⁷

- 129** Por mucho que se haya extremado la prudencia a la hora de determinar la pena en el concurso real con los criterios generales de determinación de la pena,

⁸⁷ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, CPCr, 13, 1981, 81 ss.

como quiera que en principio las penas en él pueden acumularse, aunque nunca en términos absolutos, y como quiera que las infracciones pueden ser muchas y graves, en función de la teoría de los fines de la pena, que marca un límite absoluto irrebasable en nombre del principio de humanidad (excepción de derecho comparado): función simbólica de la reclusión perpetua en algunos delitos en la órbita del asesinato; y, aun así con limitaciones, también de humanidad), el legislador español pone el límite ya mencionado del triplo de la pena correspondiente a la infracción más grave y el de veinte años, cualquiera que sea el número y gravedad de las infracciones cometidas en concurso real⁸⁸.

c'. Ejecución de la pena: cumplimiento íntegro

En los casos en los que los límites absolutos del triplo de la pena de la infracción más grave y los veinte años determinasen el cumplimiento de una pena inferior a la mitad de lo que representaría la suma total de las penas correspondientes a todas las infracciones, el cómputo de tiempo de pena cumplido exigido para obtener los llamados beneficios penitenciarios (permisos de salida, paso al tercer grado y libertad condicional) se calculará sobre esa suma total, lo que puede llevar a que no se obtengan nunca (por eso se habla de *cumplimiento íntegro de la pena*)⁸⁹.

130

d. Los límites de concurso real: delito conexo

Una última manifestación de que el legislador siempre trata de reducir la pluralidad de infracciones a unidad la proporciona la norma del art. 76. 2, según el cual se formará un concurso real de distintas infracciones en pluralidad de acciones aún en el caso de que las acciones ya hayan sido juzgadas y condenadas por separado, siempre y cuando se trate de delitos conexos o puedan serlo atendiendo al momento de su comisión. De las diversas modalidades del delito conexo definido en el art. 17 LECr, la más interesante, amplia y ambigua es la que habla de delitos análogos o relacionados entre sí. Con esta auténtica cláusula general, lo que el legislador le dice al interprete es que busque la posibilidad de imponer, en su caso hacer ejecutar, una pena unitaria, de una vez (computando la anterior en su caso: delito ya sentenciado), a un único y mismo sujeto.— Por esta vía, se palia

131

⁸⁸ Vid. CUERDA RIEZU, ADP, XLIV, 1991, 853 (PCRPHM-del Rosal, 303 ss.), que, con razón, no considera suficientes esas limitaciones al régimen draconiano del concurso real en España.

⁸⁹ Críticamente: SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 139 ss. Vid., también, desde posiciones muy diversas: CUERDA RIEZU, LL, 1997, 1808 s.; MANZANARES SAMANIEGO, AP, 1997, 30, 659 ss. (ampliamente); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 78, 1240 ss. Vid. la crítica contundente de GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 78, 447 ss. (¡leer!), sobre sus contenidos: 451 ss. De “dislate” habla GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 78, 433, alcance de la regla: 435 ss.

al menos que la persona esté permanentemente cumpliendo condenas. Algunas normas, como la del § 31 de la JGG alemana incluso son más generosas.

- 132** Sobre los aspectos procesales del concurso real, *vid.* SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 228 ss.; Revista jurídica de Asturias, 18, 1994, 1 ss.; CDJ, 1995, II, 232 ss.; EPB, 270 s. *Vid.* también SUÁREZ LÓPEZ, Concurso real, 85 ss.; CEREZO MIR, PG, III, 309 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, com. art. 76, 436 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, PG, 2, 604 ss.

5. EL CONCURSO EN EL DELITO IMPRUDENTE

- 133** Aunque es materia poco estudiada, nada se opone, en principio, a la aplicación al delito imprudente del régimen general del concurso de delitos, especialmente alguna de sus modalidades.— Así, quizá el supuesto más claro e interesante sea el del concurso ideal en el caso del comportamiento imprudente que provoca una pluralidad de víctimas, p. ej., muertes: concurso ideal de homicidios imprudentes, o de homicidio imprudente con lesiones también imprudentes.— Frecuentes son también los casos (dudoso si concurso ideal o de leyes) de tentativa de homicidio doloso y homicidio imprudente (casos de desvío relevante) o la tentativa de lesiones dolosas y homicidio imprudente. Etc. Los casos de concurso real de imprudencias también serán frecuentes, y, en fin, los de efecto abrazadera entre, p. ej., un delito contra la seguridad del tráfico y homicidio y/o lesiones imprudentes, resueltos expresamente (deshaciendo el concurso) por el art. 384.— Al igual que en el concurso del delito doloso, con todas las cautelas, para evitar vulnerar el *ne bis in idem*, la pluralidad de infracciones podrá ser tenida en cuenta para determinar la pena dentro del marco concursal establecido.; p. ej., elevado número de víctimas mortales de la imprudencia.

- 134** Sobre el concurso ideal en el delito imprudente *vid.* también SANZ MORÁN, Concurso de delitos, 215 s., SILVA SÁNCHEZ, Cuestiones fundamentales, 110; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1028 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, I, com. art. 77, 441; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. rt. 77, 1227. Admiten tanto el concurso ideal como el real, conforme a sus reglas respectivas, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 775 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, PG¹⁶, 856.— Sobre el delito continuado en la imprudencia, negándolo: COBO DEL ROSAL, CDJ, 1995, II, 266.— Según CUELLO CALÓN, PG¹⁴, 450, la unidad de acción imprudente con pluralidad de resultados no daría lugar a pluralidad de imprudencias; criticándolo: JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, V, 1067.— Sobre el concurso en la imprudencia *vid.* también QUINTANO RIPOLLÉS, Culpa, 316 ss.

6. EL CONCURSO EN EL DELITO DE OMISIÓN⁹⁰

Cuando a través de una única acción, el autor habría cumplido dos deberes de garante distintos, los delitos de omisión correspondientes se encuentran en relación de concurso ideal⁹¹. *Ejemplo*: El padre, en un accidente doméstico, al no abrir la ventana no salvó ni a su mujer ni a su hijo de perecer por asfixia.— Cuando a través de acciones distintas que el autor no acomete se infringen deberes de garante diversos, los delitos de omisión se encuentran en relación de concurso real de delitos⁹². *Ejemplo*: El padre del ejemplo anterior, omite entrar varias veces a la casa para sacar a los demás miembros de la familia que van a perecer por el fuego.— Si se dan sus requisitos (*vid. supra*), la pluralidad de omisiones puede constituir un delito continuado.— A veces la pluralidad de omisiones constituye, a través de la ley, un delito permanente⁹³. *Ejemplo*: El delito de impago de pensiones en situaciones de nulidad matrimonial, separación y divorcio del art. 227, está constituido por una pluralidad de omisiones consistente en mensualidades impagadas. Estos casos presentan una problemática concursal muy amplia⁹⁴. *Ejemplo*: La omisión del cumplimiento del deber de alimentos (art. 226), que también es un delito permanente, a varios hijos, constituye un concurso ideal de omisiones. **135**

Es de destacar que, en contra de lo que ocurre en el delito de comisión, la gravedad del comportamiento omisivo desde la óptica del infractor es más grave en el concurso ideal que en el concurso real. Mientras que revela mayor peligrosidad realizar varias acciones delictivas que una, revela mayor reprobación cometer dos delitos por no querer realizar una acción debida que tener que realizar dos acciones para no cometerlos. Sin embargo, siguen valiendo aquí las reglas generales del concurso ideal y real de delitos, por predominar la función de clarificación que la normativa concursal también cumple. **136**

STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikte*, 101 ss., que agudamente se ha dado cuenta de lo acabado de mencionar, prefiere reconducir la pluralidad de acciones como dificultad del concurso real de omisiones por la vía determinación de la pena. **137**

Sobre el concurso ideal en el delito de omisión, *vid. también*: SANZ MORÁN, *Concurso de delitos*, 215 s.; GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CCP, III, com. art. 73 y 75 a 78, 1025 ss.: a resolver de manera semejante al delito de comisión. **138**

⁹⁰ Sobre el delito continuado de omisiones *vid.* DÍAZ PALOS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), CLP, V, 1, 461 s., siguiendo a CASTIÑEIRA.

⁹¹ Así ya STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikte*, 46 ss., 56.

⁹² Así ya STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikte*, 83 ss., 101.

⁹³ STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikte*, 75 s.

⁹⁴ Magistralmente estudiada por STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikte*, 57 ss.

Sobre el delito continuado en la omisión: CHOCLÁN MONTALVO, *Delito continuado*, 222 ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 77, 1227.— En contra del concurso ideal en la omisión, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 774; siguiéndole, GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, II, com. art. 77, 441.— Admitiendo todas las modalidades de concurso (de leyes, e ideal y real), MAQUEDA ABRÉU, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), PG, 854 ss.— WELZEL, PG, 275: si con una acción se habrían cumplido varios mandatos: concurso ideal⁹⁵, si con varias acciones: concurso real.

7. EL CONCURSO EN LAS FALTAS

139 Aunque las normas concursales del art. 74 ss., hablan sólo de pluralidad de infracciones, el hecho de que las faltas, por su escasa gravedad, no contemplen en ningún caso la imposición de la pena privativa de libertad, que es la que más genuinamente se opone a la posibilidad de su cumplimiento simultáneo y no acumulado, previsto en el art. 73, hace que el único problema relevante de las faltas en relación con el concurso sea el de la acumulación de faltas, contra la propiedad, p. ej., cuya suma diera lugar a responsabilidad por delito si concurrieran sus requisitos, frente a lo que en contra de lo que a veces ha hecho el TS, se está de acuerdo en la actualidad en que la acumulación de faltas no puede convertirlas en delito, como evidencia el por lo demás censurable en todos los sentidos art. 234 II (introducido en 2003), que permite acumular los hurtos cometidos en un año, siempre que sean más de cuatro.

140 En contra del delito continuado en las faltas, ampliamente, CHOCLÁN MONTALVO, *Delito continuado*, 201 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (coord.), CCP, II, com. art. 77, 442.— Admiten el concurso ideal en las faltas: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 776; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), CP, I, com. art. 77, 1227 s. (pero no del delito y la falta); GARCÍA ALBERO, en: QUNTERO OLIVARES (dir.), CNCP, com. art. 77, 418.

8. REFLEXIÓN FINAL: LA NATURALEZA DE LA NORMA CONCURSAL. CONSECUENCIAS

141 La exposición anterior evidencia claramente la ambigüedad de las normas concursales. La ambigüedad es tal que aunque los artículos 8 y 73 a 78 establecen claramente qué es un concurso de leyes e ideal y real de delitos, las propias excepciones legales y elementales razones de hermenéutica jurídica al interpretar el

⁹⁵ En el mismo sentido, siguiendo a STRUENSEE, JAKOBS, PG, 1087; otros casos de concurso de omisiones, en paralelo al delito de comisión: 1087 s.

derecho penal evidencian también que hay casos de concurso real resueltos en una unidad típica (caso de la violencia doméstica habitual) o jurídica (caso del delito continuado o los actos copenados) de delito y en un concurso ideal (caso de la relación medial)^{96/97}, por mencionar los casos más claros de entrecruzamiento de las distintas soluciones posibles a la pluralidad de infracciones⁹⁸. Ello quiere decir que no es que aún no hayamos encontrado las claves que sustentan a la normativa concursal (algunos ensayos de explicar el concurso ideal, como los de PUPPE, en Alemania, y MANTOVANI, en Italia, son verdaderamente tortuosos)⁹⁹, sino que nunca se la encontraremos si nos empeñamos en considerarla *aisladamente, separada, del contexto total de los tipos del CP y de las normas de determinación de la pena*. Esto, además, tiene consecuencias a la hora de interpretar la norma concursal. La fundamental estriba en que no basta con una consideración superficial de la concurrencia de unidad/pluralidad de infracciones, unidad/pluralidad de acciones, para aplicar una u otra norma concursal, ni mucho menos confundir el nuevo marco penal de la norma concursal aplicable con la determinación de la pena dentro de ese marco. La norma concursal, en este aspecto, se parece más a la norma de determinación de la pena, que busca el marco penal más adecuado al supuesto caracterizado por la realización de varios tipos delictivos, buscando su relación típica y punitiva más racional posible, a generalizar a casos sucesivos semejantes, que a la norma que establece los tipos de injusto, que busca generalizar respondiendo con un sí o un no rotundo a su aplicación (*vid. supra* XVIII 8)¹⁰⁰.

Si se aceptan las anteriores premisas, la norma concursal se parece muchísimo a las normas de atenuantes y agravantes nominadas, en cuanto que los presupuestos típicos de la norma concursal habilitan a crear un marco penal nuevo específico en el que el juez podrá moverse, y concretar conforme al sistema general de determinación de la pena.— Se explica, así, también, cómo el legislador está ensayando nuevas vías de resolver el mismo problema que quiere resolver el concurso, soslayándolo, como la creación de tipos cualificados (ejemplo: violencia doméstica habitual: art. 173. 2), agravación de la pena en caso de pluralidad de víctimas con independencia de que se haya producido por unidad o pluralidad de acciones (art. 12 LORRPM: infracción juvenil con pluralidad de víctimas), etc.

142

⁹⁶ *Vid.* ya MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG⁴, 530.

⁹⁷ Esto lo traté de ilustrar ya en ADP, 1979.

⁹⁸ Los ejemplos se podrían multiplicar. Así, para quienes creen posible el concurso ideal entre un delito de peligro abstracto y un delito de lesión, la norma del art. 383 I y II resuelve en una unidad típica especial un concurso ideal de delitos.

⁹⁹ Ingeborg PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen* (logische Studien zur Verhältnis von Tatbestand und Handlung), 1979; Ferrando MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, 1966.

¹⁰⁰ Este fue el objetivo principal de mi investigación de ADP, 1979.

143 En conclusión: Lo único que puede hacer la norma concursal es crear marcos penales nuevos superpuestos (no totalmente excluyentes) a los de los tipos delictivos infringidos, sólo aplicables en los límites que marque la ley (una unidad de acción nunca puede fundamentar un concurso real: granada que mata a varias personas) más las numerosas excepciones que el legislador, expresamente, y el intérprete, mediante reducción teleológica desde la totalidad del sistema penal, tengan a bien estimar¹⁰¹. De la misma manera, ello no condiciona para nada la pena en concreto a imponer, lo que se hará con los criterios generales de determinación de la pena (incluidos, sin burlar el *ne bis in idem*, los criterios específicos derivados de la propia situación concursal), con límites absolutos, expresos y tácitos, comunes a todos los supuestos concursales. Por todo ello, que quizá no evitará las discusiones doctrinales pero al menos no contribuirá a exacerbarlas, se explica que no haya ningún inconveniente en seguir pensando en la pena única, con uno o dos escalones de incremento de la pena correspondiente a la infracción más grave, a llenar con criterios hermenéuticos más que meramente positivistas.

144 Para ESCUCHURI AISA, como para GARCÍA ALBERO, un caso claro de concurso de leyes lo es la *relación de especialidad* [436]. *La relación de subsidiariedad*, por su parte, lo es cuando se trata de dos delitos uno de los cuales es delito de paso para el otro, cuya lesión no intensifica [436 s.]. Los casos de *consunción* no son de concurso de leyes [437], como tampoco la relación de *alternatividad*. Los casos de *hechos anteriores y posteriores impunes* son casos, en su terminología, de pluralidad de hecho o “realización de tipos cuyos ámbitos de referencia no coinciden”, constituyendo para la autora casos de concurso ideal de delitos [439]. Los casos de *relación medial* son de concurso ideal sólo cuando el sujeto lleva a cabo varios actos subsumibles en un tipo que sirven para realizar también elementos de otro tipo y ambos responden a una única voluntad delictiva [439 ss., 443]. En los casos de *relaciones mediales encadenadas*, ESCUCHURI AISA, siguiendo a GIL GIL, admite el concurso de concursos, aplicando las reglas del concurso por analogía [446 s.]. El *delito continuado* es un concurso real según la autora [447 s.].— Este resumen del pensamiento de una autora que se ha ocupado recientemente del concurso, desde posiciones netamente nomativistas de solución de sus casos, y partidaria de asignar a la norma del concurso la función de aclarar (*Erklärungsfunktion*) las infracciones cometidas, muestra que a la postre también quienes no argumentan directamente desde la pena única, comparten no obstante la elemental idea que defendemos desde hace tiempo según la cual hay que huir de la acumulación de penas en los casos de pluralidad de delitos y tender a la asperación, o, lo que es lo mismo, a favorecer la unidad de delito y el concurso ideal frente al concurso real o mera adición.

¹⁰¹ *Vid.* recientemente sobre la naturaleza de las normas concursales como normas de segundo nivel superpuestas a las del primer nivel, las que contienen los tipos penales individualizados, las atinadas consideraciones de ESCUCHURI AISA, Teoría del concurso, 59 ss.

