

# Alcance de la responsabilidad por imprudencia

ENRIQUE DEL CASTILLO CODES  
UNED

## I

En el ámbito de la dogmática jurídico-penal, la intervención de varias personas en la realización de un hecho delictivo constituye uno de los problemas de mayor complejidad, pues en tales casos —a diferencia de lo que sucede cuando el delito se comete por una sola persona—, es preciso establecer concretas diferencias entre las diversas aportaciones al hecho, no solo a nivel conceptual, sino también respecto a las consecuencias derivadas de tales diferencias conceptuales<sup>1</sup>. Pues bien, esta problemática adquiere, si cabe, aún mayor entidad, cuando los diversos intervinientes no se encuentran enlazados por un designio común, sino que cada uno actúa con una finalidad diversa, no obstante lo cual sus aportaciones aparecen interconexas objetivamente hasta producir un resultado lesivo.

Un supuesto específico de esta índole, viene en consideración cuando un sujeto, actuando de forma imprudente, genera un determinado peligro para un bien jurídico, y un tercero, aprovechando la situación de riesgo creada por aquél, conduce dicho peligro de forma consciente y voluntaria hacia la efectiva lesión del bien jurídico. En estos casos, pues, la lesión del bien jurídico ha

sido directamente causada por el sujeto que actuó dolosamente en último lugar, por lo que su responsabilidad en concepto de autor no presenta duda alguna. Más difícil resulta, en cambio, enjuiciar la actuación del primer sujeto que, aun cuando no se encontraba subjetivamente vinculado a la actuación del posterior agente doloso, sin embargo genera imprudentemente una situación de peligro, gracias a la cual aquél puede lesionar de forma directa el bien jurídico.

Pues bien, estos son los supuestos que van a constituir el objeto de nuestro estudio, y para abordar la cuestión con mayor nitidez, tomaremos como objeto de referencia varios casos jurisprudenciales, en los que se aprecia con claridad la estructura antes descrita:

- Un periodista publicó en una conocida revista, un reportaje sobre algunos miembros de extrema derecha, residentes en el País Vasco, aportando nombres y fotografías, lo que determinó que algunos de los aludidos abandonaran dicho lugar por miedo a represalias. A los pocos días, varios de los que aparecieron en los reportajes, fueron asesinados, al parecer, por terroristas de ETA (Caso Vinader)<sup>2</sup>.
- Una mujer proporcionó a su amante casado, un veneno, con el cual

<sup>1</sup> Cfr. López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, 1996, p. 17. Ya anteriormente, Luzón Peña, en el prólogo de la magnífica obra de su discípulo Díaz y García Conlledo, *La Autoría en Derecho Penal*, 1991, p. 15, afirmaba que "la autoría es no sólo un tema central, sino uno de los más difíciles de la teoría del delito, sometido a permanente discusión y con un número casi incontable de opiniones vertidas al respecto y, por añadidura, con infinidad de aspectos cuya solución conforme a los criterios de unas y otras teorías resulta muy discutible o a veces bastante imprecisa".

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), de 29-1-1983. Vinader es el nombre del periodista, autor de los reportajes.

<sup>3</sup> Sentencia del Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio Alemán, en adelante RG) 64, pp. 370-ss.

<sup>4</sup> Sentencia del RG 64, pp. 316-ss.

<sup>5</sup> Sentencia del RG 61, pp. 318-ss.

<sup>6</sup> Sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo de la R.F.A., en adelante B.G.H.) 7, pp. 268-ss.

<sup>7</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 30. En la STS 20-5-1981, ya se hacía expresa referencia a este criterio, al afirmar "que quien ha puesto una condición <<sine qua non>> del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle <<objetivamente>> atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico que, por ende, ha de aparecer como causa natural, lógica o racional de la acción".

<sup>8</sup> Según Naucke, *Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal*, 1998 (traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti), pp. 48-49, el concepto de persona que resulta del idealismo alemán de Hegel, es un ser humano con capacidad de establecerse objetivos y de actuar con base a los mismos, y a través de su voluntad se encuentra en condiciones de dominar los cursos causales, de manera que donde termina dicha dominabilidad concluye igualmente el actuar humano susceptible de engendrar responsabilidad penal.

<sup>9</sup> Vid. Mayer, *Allgemeiner Teil*, 1915, p. 131, 41-ss; Larenz, *Tatzurechnung und <<Unterbrechung des kausalsammenhanges>>*, NJW 1955, p. 1011.

éste mató a su esposa, desconociendo aquella las verdaderas intenciones del parricida, el cual le había manifestado cuando le pidió el veneno, que "no haría nada a su mujer".<sup>3</sup>

- Una madre dejó sola a su hija, que acababa de dar a luz un hijo extramatrimonial e indeseado, y aprovechando su soledad, la parturienta mató a su hijo.<sup>4</sup>

- El propietario de una vivienda, carente de medidas de seguridad contra incendios, la alquiló, incendiándose posteriormente por causas desconocidas, aunque no excluyéndose la provocación intencional por parte de terceras personas, falleciendo varios de los inquilinos.<sup>5</sup>

- El marido abandonó a su esposa y a consecuencia de ello, ésta mató al hijo común, suicidándose después.<sup>6</sup>

Como puede comprobarse, todos los supuestos planteados se caracterizan por la existencia de una conducta previa, realizada imprudentemente por un primer sujeto, y la posterior actuación dolosa de un tercero, aprovechando la situación creada por el primer sujeto, el cual no es consciente de las intenciones delictivas ajenas. En referencia a tales casos, pasamos a exponer las distintas soluciones ofrecidas por la doctrina.

## II

Por un destacado sector doctrinal, se ha pretendido resolver la problemática planteada desde un punto de vista estrictamente objetivo. La teoría de la imputación objetiva representó la superación definitiva del pensamiento causalista, en el sentido de poner de relieve que la imputación de un resultado a una determinada conducta, no depende solo del vínculo causal existente en-

tre ambos, sino que es preciso, además, que objetivamente dicho resultado constituya una materialización del riesgo generado por la conducta, debiendo encontrarse dicho riesgo dentro del ámbito de protección de la norma infringida.<sup>7</sup>

En sus orígenes, la teoría de la imputación objetiva tomó como base el idealismo hegeliano<sup>8</sup>, en el sentido de que para poder imputar un resultado a alguien, era necesario que la acción fuese dominable por la voluntad<sup>9</sup>. De acuerdo con esta idea, la imputación hace referencia a aquello que se puede atribuir al sujeto como acción suya, por lo que puede hacerse responsable, de manera que a la acción se opondría el simple acontecer natural<sup>10</sup>, existiendo relación de acción cuando pueda afirmarse una imputación objetiva a la voluntad<sup>11</sup>. Lo que sea dominable por la voluntad, no se determina en función de las capacidades subjetivas de cada uno -pues ello pertenecería a la imputación subjetiva-, "sino sobre la base de aquello que le era posible a una persona media en cuanto a la dominación voluntaria del acontecer"<sup>12</sup>. En definitiva, pieza fundamental de la perspectiva que nos ocupa es el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual el sujeto goza de libertad para adoptar decisiones moralmente autorresponsables, siempre que posea capacidad de acción y consciencia del hecho, así como para percatarse del carácter ilícito de su acción y de actuar conforme a dicha comprensión<sup>13</sup>. Por tanto, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico solo puede ser imputada, como obra suya, al interviniente que aparezca en la cadena causal como último eslabón autónomo, de manera que para poder imputar al sujeto de atrás el hecho cometido por otro que ha actuado posteriormente, es necesario que éste no haya actuado con plena autonomía<sup>14</sup>.

Partiendo de lo expuesto, en los supuestos examinados no sería imputable el resultado al primer sujeto imprudente, toda vez que dicho resultado es obra exclusiva del sujeto que ha actuado, en último lugar, de forma dolosa, por lo que

en el plano objetivo no sería dominable para el primer sujeto la conducta del segundo<sup>15</sup>, y ello porque la posibilidad, por parte del sujeto imprudente, de configurar el curso causal, encontraría su límite cuando otro sujeto, libre en sentido jurídico, dirige conscientemente el desarrollo causal de acuerdo con su propia planificación o sustrae a aquél del ámbito de influencia del riesgo, siempre, claro está, que la actuación imprudente del primer sujeto no haya condicionado la voluntad del sujeto doloso<sup>16</sup>.

Posteriormente, el pensamiento de la imputación objetiva fue evolucionando hasta la concepción, hoy dominante, de que para poder imputar un resultado a la acción, es preciso que ésta haya creado un riesgo superior al permitido, y que dicho riesgo se materialice en el resultado, lo que trasladado a la problemática en examen, implicaría determinar si el resultado, dolosamente causado por el segundo actuante, puede ser objetivamente imputado al riesgo creado por el primer sujeto<sup>17</sup>, si definitiva, si la conducta de éste se ha mantenido dentro del riesgo permitido<sup>18</sup>. Y en la configuración del riesgo permitido, cobra una importancia de primer orden el llamado "principio de confianza", sobre todo cuando se trata de responder de conductas ajenas: efectivamente, constituyendo la infracción de la norma de cuidado el tipo objetivo del delito imprudente, el principio de confianza, que no es sino una aplicación particular del riesgo permitido, viene a delimitar el contenido de la norma de cuidado<sup>19</sup>, y por tanto, representa un límite a la imputación objetiva.

Con base al referido principio, la doctrina ha resuelto los supuestos que nos ocupan de diversas formas. Así, ARDIZZONE toma como premisa la de que, en principio, no existe una norma de cuidado dirigida a la evitación de una conducta dolosa ajena, pues el cumplimiento de dicha norma no dependería de su destinatario, sino del tercero que actúa dolosamente<sup>20</sup>; ahora bien—continúa el citado autor italiano—, si la conducta del primer sujeto es intrínseca-

mente imprudente, por infringir una concreta norma de cuidado, entonces no resulta aplicable el principio de confianza aun cuando el resultado lesivo haya sido dolosamente causado por otro<sup>21</sup>. Por su parte, ALDROVANDI considera que, teniendo en cuenta que el ilícito doloso se caracteriza, frente al imprudente, por una mayor dominabilidad de la propia conducta y sus efectos, no parece posible afirmar la existencia de obligaciones de cuidado relativas a la previsión de comportamientos ajenos, "pudiendo cada uno confiar sobre el hecho de que la fuerza preceptiva de las disposiciones que establecen el deber de abstenerse de realizar el ilícito sean tales para excluir una voluntaria violación: esto, al menos, hasta tanto una norma jurídica no imponga, por vía excepcional, un deber de atención también en relación a tales violaciones"<sup>22</sup>; sin embargo, considera inaplicable dicho principio, cuando el primer sujeto tiene una específica obligación de proteger determinados bienes o intereses frente a probables agresiones dolosas de terceros, así como cuando dicho sujeto ostente un deber de control sobre fuentes de peligro (armas, veneno), de las que un tercero pueda hacer un uso delictivo, siempre que concurren particulares conocimientos o circunstancias concretas que hagan especialmente elevada la previsibilidad de esa utilización ilícita<sup>23</sup>.

Por último, en la doctrina alemana, ROXIN subraya que la cuestión nuclear de la presente problemática se centra en el preciso trazado de los límites entre el principio de confianza y el riesgo permitido<sup>24</sup>, toda vez que la imputación al tipo objetivo requiere la creación de un riesgo no permitido que se realice en el resultado, y que la evitación de dicho resultado se encuentre dentro del ámbito de protección del tipo<sup>25</sup>. El referido autor considera, que el principio de confianza se configura como un supuesto de riesgo permitido, encontrando aquel principio su fundamento en una ponderación "entre la libertad humana de acción y las ventajas sociales comúnmente vinculadas a su ejercicio, por un lado, y los peligros inevitables que resultan

<sup>15</sup> Cfr. Hruschka, *Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (en adelante ZStW)* 110, 1998, p. 586.

<sup>16</sup> Cfr. Larenz, *Hegeles Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie der kritischen Idealismus und zur Lehre von der <<Juristischen Kausalität>>*. *Abhandlungen der Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen*, tomo 4, Leipzig, 1927, p. 51; Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, p. 42, ambos citados por Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1990, pp. 77-78.

<sup>17</sup> Vid. Naucke, *Sobre la prohibición de regreso*, *op.cit.*, p. 46.

<sup>18</sup> Cfr. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 72.

<sup>19</sup> Cfr. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff*, *op.cit.*, p. 73.

<sup>20</sup> Vid. Naucke, *Sobre la prohibición de regreso*, *op.cit.*, pp. 46-47.

<sup>21</sup> Cfr. Otto, *Diagnosis causal e imputación del resultado en Derecho Penal*, 1998 (traducido por Marcello Sancinetti), pp. 77-78; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, pp. 116-ss; Welp, *Vorangegangenes Tun als Grundlage eines Handlungsadequanz des Unterlassens*, 1968, pp. 283-ss.

<sup>22</sup> Vid. Ardizzone, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persona nel reato*, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale (en adelante Riv.it.dir.proc.pen)* 1/95, p. 71.

<sup>23</sup> Cfr. Roxin, *Derecho Penal, Parte General I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*,

1997 (traducido por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal), pp. 1006-ss.

<sup>19</sup> Vid. Ardizzone, *Riv. ital. dir. proc. pen* 1/95, op.cit, pp. 72-73.

<sup>20</sup> *Riv.ital.dir.proc.pen* 1/95, op.cit, p. 75.

<sup>21</sup> *Riv.ital.dir.proc.pen* 1/95, op.cit, p. 78: "No podrá invocar en propio beneficio el principio de confianza en el comportamiento de otro conforme a cuidado, el sujeto que viola una regla jurídica establecida en salvaguarda del bien, o cuando no respeta voluntariamente una regla consuetudinaria consolidada, tendente al mismo objetivo de tutela"; en el mismo sentido, Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible (traducido de la 2ª edición alemana por Gladys Romero)*, 1982, p. 340, aduciendo que el principio de confianza es un límite del deber de cuidado, "pero no significa una autorización para obrar descuidadamente confiando en el cuidado de los otros".

<sup>22</sup> *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, 1999, pp. 112-113.

<sup>23</sup> *Concorso*, op.cit, p. 114; Al-beggiani, *I reati di agevolazione colposa*, 1984, p. 174; Fiandaca-Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, 2ª ed, p. 299.

<sup>24</sup> *Derecho Penal, Parte General I*, op.cit, pp. 1006-1007.

<sup>25</sup> *Observaciones sobre la prohibición de regreso*, 1998 (traducido por Marcelo Sancinetti), p. 165.

<sup>26</sup> *Observaciones*, op.cit, p. 167.

<sup>27</sup> *Derecho Penal, Parte General I*, op.cit, p. 1007. Parecido, el criterio utilizado por Stratenwerth, *Derecho*

*Penal, Parte General I*, op.cit, p. 340, si bien para este último es preciso que el autor doloso se haya decidido ya a cometer el delito en el momento de actuar el sujeto imprudente, decisión delictiva que debe ser cognoscible para éste.

<sup>28</sup> *Observaciones*, op.cit, p. 174. Coincide, parcialmente, Kindhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2000, p. 118, afirmando que, en principio, cada uno solo es responsable por su propia conducta y está autorizado a confiar en que los demás se comportarán correctamente, lo que tiene su excepción cuando existan concretos puntos de referencia que hagan prever la intervención delictiva de un tercero, es decir, cuando se vislumbra una inclinación cognoscible de terceros al hecho, de modo que la propia conducta sponga, objetivamente, una contribución al hecho.

<sup>29</sup> *Derecho Penal, Parte General I*, op.cit, p. 1008; *Observaciones*, op.cit, p. 176: "Aun cuando se parte de la base de que el marido, al aceptar el veneno, no estaba firmemente decidido a cometer el hecho, sino que todavía se debatía consigo mismo, y se admite que él había contrarrestado la sospecha diciendo que quería emplear el veneno para otros fines, aquí era reconocible una propensión al hecho que quizá haya devenido en decisión firme recién al conseguir el veneno. Confiar en que no hubiera un hecho doloso ya no estaba justificado, de modo que la amante fue castigada con razón por homicidio imprudente".

<sup>30</sup> *Derecho Penal, Parte General I*, op.cit, p. 1008.

<sup>31</sup> *Observaciones*, op.cit, pp. 188-189: "No es propiamente el abandono del hogar conyugal (por tanto, el "hacer activo") lo que fundamenta la punibilidad del marido, sino más bien la circunstancia de que él ha omitido, al separarse, el llevarse al niño puesto en peligro, o velar de otro modo por su seguridad".

de ello, por otro"<sup>26</sup>. Según ello, el principio de confianza no desplegará efectos exonerantes sobre la primera conducta, cuando la misma fomenta "la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso"<sup>27</sup>, pues una primera conducta no puede ser considerada intrínsecamente peligrosa "sino solo a partir del contexto reconocible de los intereses del potencial autor doloso"<sup>28</sup>. Partiendo de lo expuesto, este autor considera correcta la condena por homicidio imprudente a la amante del hombre casado, al cual había proporcionado veneno en circunstancias sospechosas, puesto que habiéndole manifestado el parricidio cuando le pidió el veneno que "él no haría nada malo a su mujer", ello evidencia que le había sido perceptible la inclinación del marido al hecho delictivo<sup>29</sup>; en cambio, muestra su desacuerdo respecto a la condena por homicidio imprudente del constructor de un edificio, carente de sistema contra incendios, pues aquél no contaba con indicio alguno acerca de los propósitos incendiarios de terceros, y por tanto, no se apreciaba una susceptible inclinación al hecho delictivo<sup>30</sup>. Finalmente, en cuanto al supuesto del marido que abandona a su esposa, aun contando con la posibilidad de que ésta matara al hijo común y se suicidara —por haberlo ya intentado en una ocasión análoga—, se muestra igualmente conforme con la condena de aquél por homicidio imprudente, por haber omitido, al abandonar el hogar, apartar a su hijo del peligro que le amenazaba o adoptar cualquier otra medida dirigida a su seguridad<sup>31</sup>.

### III

En el apartado anterior se acaban de exponer aquellas orientaciones que, con base en el criterio de la imputación objetiva, afrontan la problemática objeto de estudio, en el sentido de enjuiciar la posibilidad de imputar a la primera conducta imprudente el resultado produci-

do, en función de si el sujeto imprudente estaba o no legitimado para confiar en la actuación de terceras personas, y ello, como también se ha indicado, depende del conocimiento del primer sujeto sobre las circunstancias concurrentes. Afirmada la existencia de indicios, en virtud de los cuales la actuación dolosa ajena se ponía en evidencia, entonces el principio de confianza quedaba excluido y, por ende, afirmada la relevancia jurídico-penal de la primera conducta imprudente. Como puede verse, para esta concepción, aunque basada en el pensamiento de la imputación objetiva, lo verdaderamente trascendental es la vertiente subjetiva del hecho, al menos por lo que se refiere al sujeto que actúa en primer lugar.

Frente a este planteamiento, y también dentro del criterio de la imputación objetiva, JAKOBS propone resolver estos supuestos en un plano estrictamente objetivo, con absoluta independencia de los conocimientos que posea el primer actuante, ya que lo verdaderamente importante será la trascendencia social objetiva de la conducta realizada, y ello porque "no se puede fundamentar de modo convincente que la responsabilidad del sujeto que causa de manera directa no haga decaer también la imputación a aquél cómplice doloso que no hace otra cosa que su cometido habitual, siendo su aportación desviada hacia lo delictivo por el autor; y tampoco cabe fundamentar de manera plausible por qué la responsabilidad del autor ha de hacer decaer la necesidad de imputar al sujeto que, ensamblado en el contexto de comportamiento del autor, favorece la actuación delictiva y que no advierte a causa de su negligencia qué es lo que favorece y en interés de quién lo hace"<sup>32</sup>. La propuesta de este autor se centra, pues, en la resolución de todos estos casos en función de la importancia objetiva de la contribución del primer actuante, prescindiendo de su efectivo conocimiento. En definitiva, se pretende poner de relieve que los límites de la imputación deben ser encontrados en el tipo objetivo, siempre con carácter previo a la existencia de dolo o impruden-

cia como elementos del tipo subjetivo<sup>33</sup>.

Para ello, toma como punto de partida la concepción de la imputación como remedio para estabilizar el orden social perturbado por la actuación del delincuente, es decir, se trata de una "garantía" respecto al comportamiento de los demás "en el sentido de que a pesar de la defraudación, del conflicto, no es necesario abandonar la expectativa de que se produzcan comportamientos que no defrauden, y esto supone que la expectativa de comportamiento está <<estabilizada contrafacticamente>>"<sup>34</sup>. De acuerdo con ello, en los delitos de comisión existe la expectativa de que nadie complete de manera evitable las condiciones de un curso delictivo, por lo que en tales delitos son defraudatorios aquellos comportamientos que, evitablemente, producen de forma directa el resultado. En este contexto, se vale de la expresión "plan delictivo", definido como la voluntad de realizar un comportamiento que, de modo evitable, lesiona directamente el bien jurídico, y ello tanto cuando el resultado delictivo al que conduce dicho comportamiento es plenamente conocido para el sujeto, como cuando es simplemente cognoscible<sup>35</sup>, de modo que las conductas penalmente relevantes son aquellas que, dolosa o imprudentemente, lesionan inmediatamente el bien jurídico.

En cuanto a las conductas que se encuentran en relación mediata con respecto al resultado lesivo, lo determinante para enjuiciar su relevancia penal es si dichas conductas pueden adscribirse o distanciarse del plan delictivo, es decir, si concurren motivos para considerar que el plan delictivo es asunto del que actúa de forma mediata, y ello efectivamente ocurrirá en los siguientes casos: cuando el sujeto que actúa previamente, sólo puede definir su actuación como parte de un plan delictivo, pudiendo ser calificada la primera intervención como imprudente si el plan delictivo no le era conocido al sujeto, pero sí cognoscible<sup>36</sup>; cuando el primer sujeto adapta su conducta al plan ajeno, no pudiendo ser imaginado este último como plan

<sup>32</sup> *Estudios de Derecho Penal, 1997* (traducido por Manuel Cancio Meliá), pp. 248-249.

<sup>33</sup> Vid. Feijoo, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una <<prohibición de regreso>> como límite general del tipo en derecho penal?*, 1999, p. 20: "No resulta admisible en principio que la limitación de la responsabilidad se haga depender exclusivamente de que el partícipe actúe de forma dolosa o de forma imprudente".

<sup>34</sup> *Estudios, op. cit.*, pp. 256-257. En el mismo sentido, Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traducido por Javier Sánchez Vera y Gómez Trelles), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (en adelante ADPCP)* 1995, pp. 911-ss.

<sup>35</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 257.

<sup>36</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 260: "En este caso, quien causa de manera mediata —al igual que quien causa directamente— actúa configurando un mundo que se halla determinado por un plan delictivo, esto es, por el plan de realizar un comportamiento defraudatorio, no siendo, por tanto, ya un mundo que contiene meras causas de lesión".

<sup>37</sup> *Estudios, op.cit.*, p. 260. En este sentido, Feijoo, *Límites, op.cit.*, p. 59, señala que la conducta de participación penalmente relevante supone ya un determinado desvalor de acción, y "adquiere desde el principio el significado objetivo de cooperación a la ejecución típica, sin necesidad de tener que acudir a la conducta del autor para fundamentar el desvalor de la conducta del partícipe. Es preciso que el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva que agote su sentido objetivo en favorecer un delito. Por ello si la conducta tiene un sentido externo distinto que el de favorecer un delito, un sentido social propio, no estaremos ante una conducta desvalorada por el Derecho penal".

<sup>38</sup> *Estudios, op.cit.*, p. 260; "La imputación objetiva en Derecho Penal, 1996 (traducción de Manuel Cancio Meliá)", p. 168, poniendo de manifiesto que deberá apreciarse participación imprudente en delito doloso, en el supuesto del propietario de un arma de fuego que, por guardarla de forma descuidada, permite que otro se apodere de ella para cometer un delito doloso. En el mismo sentido, Feijoo, *Límites, op.cit.*, p. 81.

<sup>39</sup> *Estudios, op.cit.*, pp. 261-263, afirmando no obstante, que en todos estos supuestos podría plantearse la responsabilidad por garante en el primer sujeto, en la medida en que pueda argumentarse que "quien posee una cosa peligrosa debe mantenerla fuera del alcance de otros, o que el bienestar de los nietos atañe a los abuelos o que el delito de un hijo atañe a sus padres, o que el bienestar de los hijos atañe al padre". Asimismo, considera que podría afirmarse la responsabilidad del primer actuante, cuando éste haya adaptado su conducta al plan delictivo, lo que ocurrirá si, en el caso del veneno, éste solo podía ser utilizado por el amante para un fin delictivo,

o si el abandono de la habitación por parte de la madre ha sido motivado por la petición de su hija, solicitud que, dadas las circunstancias, sólo podía tener como fin el suicidio: "Sin embargo, en los supuestos en los que se causa imprudentemente un hecho doloso, sucederá con más frecuencia que el hecho del autor sea ambivalente para el autor doloso".

<sup>40</sup> *Estudios, op.cit.*, p. 216: "Cuando un deudor paga sus deudas, la comunidad con el acreedor se limita a la transferencia del dinero; lo que el acreedor se proponga hacer con él importa en general, tan poco al deudor como lo que ha de interesarse el acreedor por el modo en que el deudor se haya procurado el dinero con el que efectúa el pago (dejando al margen los casos en los que la conducta previa fundamenta una receptación)".

<sup>41</sup> *Estudios, op.cit.*, p. 217; *La imputación objetiva, op.cit.*, p. 108: "El conductor de un taxi, explicando lo anterior por medio de este ejemplo, ha asumido llevar a cabo un transporte, y debe ocuparse de que éste tenga lugar puntualmente y sin poner el peligro al cliente. Esto es lo que forma parte de su rol, ni más ni menos. Lo que conjuntamente se ha realizado con el cliente se limita, en consecuencia, a un segmento vital circunscrito: el conductor transporta al cliente que le paga. Como se llama el cliente, lo que quiera hacer en el punto de destino, etc, no atañe al conductor. El taxista no participa en las buenas obras del cliente; si éste al llegar a su destino realiza una piadosa donación, nadie ensalzará al taxista por ello. Del mismo modo permanece distanciado de las malas obras, puesto que éstas tampoco forman parte del segmento de la realidad que tienen en común".

<sup>42</sup> Vid. López Peregrín, *La complicidad en el delito, 1997*, pp. 255-256.

<sup>43</sup> En este sentido, Murmann, *El tipo de la complicidad, Poder Judicial (en adelante PJ) 1999* (traducido

no delictivo, de modo que "el causante mediato toma como base de su comportamiento un mundo que solo se determina por el plan delictivo"<sup>37</sup>, y por último, cuando el primer sujeto sea garante "de que no se produzcan daños derivados de comportamientos delictivos en el bien amenazado (protector) o de que no se produzcan partiendo de una fuente de peligro (control)"<sup>38</sup>.

De acuerdo con todo lo expuesto, este autor resuelve los casos jurisprudenciales que constituyen el objeto de nuestro estudio, afirmando que, si bien en todos estos casos podría apreciarse una responsabilidad por delito de comisión —se entregó el veneno, se abandonó a la hija y a la esposa desesperada, o se entregó la vivienda defectuosa—, ello es insuficiente para afirmar que el posterior delito doloso concierne al sujeto que actuó en primer lugar, ya que en tales casos la motivación del sujeto imprudente no dependía del hecho doloso ajeno<sup>39</sup>.

Tampoco serían relevantes aquellas conductas que se desarrollan en el marco de un negocio legal y habitual, y que son aprovechadas por una de las partes en el negocio para cometer dolosamente un delito, ya que los negocios consistentes en el intercambio de mercancías, dinero o información, se llevan a cabo en el ámbito de una comunidad formada por las personas que intervienen en ellos, y esta comunidad se caracteriza porque es limitada, lo que implica que, en principio, la simple participación en una de tales comunidades no genera responsabilidad penal cuando el otro sujeto interviniente aprovecha la contraprestación para cometer un delito doloso<sup>40</sup>. La explicación de ello reside, en que nadie puede ser obligado a ampliar la comunidad en la que actúa, por lo que en el ámbito negocial, la comunidad se circunscribe a lo pactado, sin abarcar nada más<sup>41</sup>. En definitiva, se trata de "actos cotidianos", consistentes en un intercambio legal y habitual de bienes o servicios, que representan para el sujeto acciones cotidianas e inofensivas, desarrolladas en el marco de su activi-

dad laboral<sup>42</sup>. Por tanto, el ferretero que se limita a vender un cuchillo de cocina —actividad que forma parte de su negocio—, no realiza ninguna conducta penalmente relevante, con independencia del conocimiento que ostente acerca de los planes homicidas del comprador<sup>43</sup>, lo mismo que el camarero que sirve bebidas alcohólicas a quien posteriormente va a conducir un vehículo de motor, pues todas estas conductas se mantienen, en todo momento, dentro del marco del riesgo permitido y, en consecuencia, no son penalmente relevantes debido a su utilidad social<sup>44</sup>. Por las mencionadas razones, no sería tampoco relevante la conducta del periodista que publica los reportajes sobre varias personas de ideología ultraderechista, lo que es aprovechado por los terroristas de ETA para asesinar a aquéllos<sup>45</sup>.

No obstante, la irrelevancia de la primera conducta quedará excepcionada cuando infrinja, por sí misma, una prohibición legal, como ocurriría, v.gr, si el propietario de una armería vende una escopeta infringiendo las disposiciones legales al respecto: en este caso, la conducta del armero constituye participación punible en el homicidio que cometa dolosamente el receptor del arma<sup>46</sup>, ya que la prohibición legal en que incurre el primer sujeto supone que “a él concierne el uso del arma por su peligrosidad y entre las condiciones de esa peligrosidad se encuentra también la posibilidad de su utilización delictiva”<sup>47</sup>. Igualmente, el acto cotidiano podría ser relevante, si teniendo en cuenta las características del otro sujeto de la contraprestación, resulta evidente la necesidad de adoptar mayores precauciones, como ocurre, si el armero entrega una pistola a un niño, o el empleado de un concesionario permite a un enfermo mental conducir un coche<sup>48</sup>.

Respecto a esta cuestión, y ya en nuestra doctrina, FEIJOO distingue, según que la actuación del primer sujeto se lleve a cabo antes de que el autor principal haya concebido su plan delictivo, cuando ya ha entrado en la fase de la tentativa, o mientras se encuentra en la

por Ricardo Robles Planas), pp. 164–165, considera que en estos casos, si bien se genera un riesgo para la víctima, el mismo se encuentra dentro del ámbito permitido, aun cuando el sujeto sea consciente del uso que el tercero le va a imprimir a su servicio o prestación.

<sup>42</sup> Vid. Roxin, *DP,PG I, op.cit.*, p. 1006: “La venta de cuchillos, mecheros, alcohol de quemar, de hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores. Esto rige también con carácter general: si se debiera prescindir de ofrecer a otros ocasión para cometer delitos dolosos, la vida social moderna sería igual de imposible que si se renunciara al tráfico automovilístico. En esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno”; López Peregrín, *La complicidad, op.cit.*, pp. 271–ss.

<sup>43</sup> Cfr. López Peregrín, *La complicidad, op.cit.*, pp. 273–274, nota 79; Jakobs, *DP,PG, op.cit.*, p. 845, considera que en el caso de la información, la conducta del periodista es penalmente irrelevante aun cuando éste actúe con malas intenciones, pues lo único importante a estos efectos es “el sentido social de la comunicación”.

<sup>44</sup> Cfr. Choclán Montalvo, *Deber de cuidado y delito imprudente*, 1998, p. 143: “Cuando con su actuar el sujeto infringe el deber de cuidado que le compete crea un riesgo no permitido de producción del resultado típico, de suerte que el aprovechamiento de esa situación de peligro por el autor que obra dolosamente no excluye la responsabilidad por imprudencia de aquél que actúa descuidadamente. Esto es, facilitamiento impone de un delito doloso puede ser punible”.

<sup>45</sup> *Estudios, op.cit.*, p. 217: “El sentido objetivamente favorecedor del delito que tiene la entrega del arma no deriva, como alguno podría pensar, del conocimiento de los planes del receptor, sino que viene impuesto por la significación legalmente establecida, esto es, precisamente por la prohibición de la transmisión de armas”. En el mismo sentido, López Peregrín, *La complicidad, op.cit.*, p. 271, insiste en la irrelevancia de los elementos subjetivos a la hora de enjuiciar las conductas que nos ocupan, afirmando que “la calificación de una conducta como acto cotidiano impone no dependerá, por tanto, de que exista dolo directo, dolo eventual o imprudencia en el sujeto que la realiza. Si el fundamento del riesgo permitido es la utilidad social de ciertas conductas peligrosas, la utilización dolosa de estas conductas, siempre que se realice dentro del ámbito de lo tolerado, no influye en su conformidad al Derecho. La venta de productos de uso o consumo cotidiano, por ejemplo, cumple una necesaria función social que no resulta modificada por el hecho de que el vendedor conozca el plan delictivo del comprador”. La razón de ello se encuentra, según la citada autora, en que al igual que sucede en el proceso habitual de imputación en el que el análisis del tipo objetivo debe ser previo al del tipo subjetivo, de manera que donde la conducta del sujeto sea irrelevante desde aquel punto de vista por su escasa peligrosidad, decae la imputación con independencia de los conocimientos del sujeto, asimismo en los supuestos de cooperación en la conducta ajena, la delimitación entre conductas penalmente relevantes debe efectuarse con criterios objetivos, *La complicidad, op.cit.*, pp. 270–271.

<sup>46</sup> Cfr. López Peregrín, *La Complicidad, op.cit.*, pp. 273–274, nota 79.

<sup>49</sup> *Límites, op.cit.*, pp. 63-64, salvo en los casos de inducción o cuando existe posición de garante en el primer sujeto.

<sup>50</sup> *Límites, op.cit.*, pp. 61-63. No obstante, y a diferencia de Jakobs, este autor considera que la atipicidad de tales conductas no se deriva del rol que ostenta quien las realiza (comerciante, empresario), pues dicho rol, si bien puede ser orientativo en la interpretación del sentido objetivo de la conducta, en absoluto opera como filtro objetivo o causa de justificación.

<sup>51</sup> *Límites, op.cit.*, p. 72.

<sup>52</sup> *Límites, op.cit.*, p. 73.

<sup>53</sup> *Límites, op.cit.*, p. 74.

<sup>54</sup> *Límites, op.cit.*, pp. 75-76. En el mismo sentido, Jakobs. *Estudios, op.cit.*, p. 217: "Del mismo modo que cualquier persona tiene que intervenir, bajo la amenaza de una pena por omisión de socorro, para evitar que un sujeto apuñale a su víctima con un cuchillo de cocina, un comerciante de cuchillos no puede, bajo la amenaza de esa misma pena, vender un cuchillo a una persona que, acto seguido, apuñalará con él a otro delante de su tienda".

<sup>55</sup> *Límites, op.cit.*, pp. 79-81.

<sup>56</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva, op.cit.*, p. 345.

<sup>57</sup> Vid. Roxin, *DP,PG I, op.cit.*, pp. 1006-1007, contrario a que estos supuestos se resuelvan en el ámbito de la autoría y la participación, por regir en el delito imprudente un concepto unitario de autor, de modo que en el supuesto de causación imprudente de un hecho doloso no se trata de una participación, sino de autoría imprudente". A favor del concepto unitario de autor en la im-

fase preparatoria. En el primer caso — cuando todavía no se ha decidido a cometer el delito o no hay datos objetivos en la situación concreta de los que se pueda inferir la decisión de otro para la comisión del delito—, considera que son irrelevantes<sup>49</sup>, y en consecuencia, son atípicas y no constitutivas de participación las conductas de venta o transmisión de objetos de uso doméstico que, sin embargo, son idóneas para lesionar o matar, tales como cuchillos, tijeras, artículos de limpieza, etc.<sup>50</sup>. Distintamente, cuando el autor ha entrado ya en la fase de la tentativa, lo que significa que ha comenzado la realización del tipo, entonces todo favorecimiento puede adquirir sentido objetivo de cooperación o complicidad<sup>51</sup>, lo que tiene su explicación en el hecho de que "cuanto más objetivada y cercana está la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse jurídicopenalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esa infracción"<sup>52</sup>.

Por último, cuando el autor principal se ha decidido a cometer el delito pero se encuentra todavía en la fase de actos preparatorios, lo que se hace perceptible para el primer sujeto, afirma que el simple conocimiento de los planes delictivos ajenos unido a la eficacia causal de la contribución sobre el delito cometido, es insuficiente para calificar al primer sujeto como partícipe, de modo que su contribución al hecho principal, no obstante conocer los planes delictivos, constituye una simple omisión pura del deber de impedir delitos por parte de terceros, tipificada en el art. 450 del CP<sup>53</sup>. La razón de ello reside, en que en estos casos la relevancia penal de la conducta del colaborador no se encuentra realmente en lo que ha hecho, sino más bien "en no tener un grado mínimo de solidaridad para modificar una actuación en beneficio de la víctima ya que se sabe o se tienen indicios de que alguien está dispuesto a realizar un delito. Sin duda, el Derecho penal le exige a una persona en esa si-

tuación, una variación de su conducta, pero establece dicha obligación a través del art. 450 del CP y no de otros tipos penales"<sup>54</sup>. Sin embargo, estas conductas constituirán participación desde el momento en que el sujeto que las realiza se solidarice con la conducta del autor, como sucedería con el vendedor de una papelería que no se limita a vender una pluma al cliente que se dispone a cometer con ella una falsificación documental, sino que además le aconseja la mejor tinta para efectuar la falsedad, el ferretero que asesora sobre qué navaja es la más adecuada para matar o el taxista que recoge a los atracadores en un punto concreto, convenido de antemano, esperándoles hasta que finalicen el atraco: en tales casos, el vendedor, el ferretero y el taxista no se han limitado a efectuar la contraprestación en que consiste su trabajo habitual, sino que se han solidarizado claramente con el autor, por lo que "estos comportamientos sólo pueden interpretarse como vinculados, comunicados o acoplados con las realizaciones del tipo de tal manera que se ha de ver el riesgo típico o la realización del tipo como el fruto de una organización colectiva en la que está incluido el comportamiento del vendedor, del ferretero o del taxista"<sup>55</sup>.

#### IV

Las dos últimas concepciones precedentemente expuestas, aunque se fundamentan en el criterio de la imputación objetiva, sin embargo presentan matices que las diferencian con nitidez. Aparte del aspecto, ya comentado, de que la teoría desarrollada en primer lugar se vale de elementos subjetivos para determinar la relevancia objetiva de la primera conducta, mientras que la expuesta con posterioridad pretende resolver el problema sin salirse del plano objetivo, se pone de manifiesto otro matiz diferenciador: la primera tesis realiza todas las comprobaciones necesarias dentro del ámbito de la autoría im-

prudente, sin plantear la posibilidad de que la primera conducta pueda ser constitutiva de simple participación y en cambio, la segunda orientación ya se refiere a la primera conducta como constitutiva de participación, decantándose por la posibilidad de que, bajo los presupuestos ya citados, pueda hablarse propiamente de una participación imprudente en delito doloso.

Con ello, viene en consideración la idea de que los problemas planteados en el presente trabajo pueden también resolverse en el marco de la autoría y la participación, y no solo en el plano de la imputación objetiva referida a la estricta autoría. Es preciso poner de relieve, que la teoría de la imputación objetiva fue diseñada, principalmente, en torno al autor material, es decir, el sujeto al que van referidos todos los criterios propios de la imputación objetiva, aquél que ha creado un riesgo directo de lesión para el bien jurídico protegido, "de manera que la constatación de la relevancia penal del riesgo creado y de su realización en el resultado suponía la existencia de los requisitos objetivos para que el sujeto respondiese en concepto de autor en sentido estricto"<sup>56</sup>. En otras palabras, la teoría de la imputación objetiva no sería una teoría de partícipes, sino de autores, justificándose la aplicación de dicho criterio a la problemática que nos ocupa, en la concepción unitaria de la autoría, que en el terreno de la imprudencia ha sido defendida mayoritariamente en la doctrina alemana<sup>57</sup> y parte de la española<sup>58</sup>, en virtud de la cual en la imprudencia es autor todo aquél que, infringiendo un deber objetivo de cuidado, contribuye causalmente a la producción del resultado lesivo<sup>59</sup>, por lo que "parece que es por ello precisamente por lo que el problema expuesto se trata ahora dentro de la imputación objetiva: responderá como autor imprudente aquel que cree un riesgo penalmente relevante de que otro actúe doloso o imprudentemente"<sup>60</sup>.

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, se considera por un sector doctrinal que los supuestos que nos ocupan pre-

cisan de un primer análisis, dirigido a la verificación acerca de si la primera conducta es imprudente, es decir, si infringe un deber de cuidado<sup>61</sup>, y ello sucederá cuando el posterior comportamiento doloso sea *objetivamente previsible*<sup>62</sup>. Siendo previsible la posterior actuación dolosa, entonces la primera conducta deberá calificarse como simple cooperación, resolviéndose su relevancia penal a través de las reglas de la autoría y la participación<sup>63</sup>. En cambio, de no ser previsible la segunda conducta dolosa, ello implicaría que la precedente sería impune, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 del CP, en virtud del cual "no hay pena sin dolo o culpa"<sup>64</sup>.

Y, en el terreno de la codelincuencia, la doctrina ha afrontado los problemas objeto de la presente investigación, desde dos planos: subjetivo y objetivo. Desde un punto de vista subjetivo, se ha puesto de manifiesto por un sector doctrinal, que es posible admitir una participación imprudente del primer sujeto en el delito doloso cometido por el otro, siempre que esta última actuación fuese para aquél previsible y evitable<sup>65</sup>, pero sin necesidad de que el sujeto imprudente sea realmente consciente de la conducta del autor doloso. Así, cuando la conducta del primer actuante consista en la infracción de una obligación, dirigida específicamente a él para prevenir comportamientos dolosos ajenos, desde el punto de vista subjetivo lo importante será "verificar no ya si el sujeto es consciente de los contenidos jurídicos de la obligación y por tanto de la actitud dolosa de los agresores, sino si él se había representado o había tenido la posibilidad de prever y prevenir la situación de hecho (es decir, la agresión dolosa, por obra de terceros, en la persona que habría debido proteger), omitiendo intervenir por negligencia, imprudencia o impericia"<sup>66</sup>. Igualmente, cuando sobre el primer actuante no pese una específica obligación de protección, pero su actuación haya consistido en la creación activa de un peligro, posteriormente aprovechado por terceros para cometer un delito doloso, como sucede, v.gr, si A entrega a B un veneno mortal

prudencia, Welzel, *Derecho Penal Alemán*, 1969 (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), p. 119; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, PG, 4ª ed (traducido por José Luis Manzanares Samaniego), p. 596; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1994, p. 620; Arzt, *Die Strafrechtsklausur*, 1996, p. 174; Bockelmann/Volk, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1987, p. 204, entre otros.

<sup>58</sup> Vid. Gómez Benítez, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, ADPCP 1984, p. 123; López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, op.cit, p. 71; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, 2001, p. 234; Gimbernat, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, *Ensayos Penales* 1999, pp. 361-362.

<sup>59</sup> Concepto de autor, defendido expresamente en la STS 29-1-1983 (Caso Vinader), cuando señala que es preciso considerar autor "no solamente a quien hubiere realizado la acción directamente productora del resultado típico, como es, v.gr, la de matar en los delitos de homicidio o asesinato, sino también a quien, sin haberla realizado, hubiese causado el resultado".

<sup>60</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva*, op.cit, p. 346.

<sup>61</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva*, op.cit, p. 347.

<sup>62</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva*, op.cit, pp. 350-351. Asimismo, desde el criterio de la previsibilidad, Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1996, p. 166; Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, pp. 28-30; Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsde-*

likte, *Juristische Arbeitsblätter* 1975, p. 719; Namias, *Die Zurechnung von Folgeschaden im Strafrecht*, 1993, p. 164; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, pp. 532-ss; Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel reato colposo*, 1988, pp. 246-ss.

<sup>63</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva*, op.cit. p. 351, nota 468.

<sup>64</sup> Vid. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva*, op.cit. p. 351. Distintamente, Corcoy, *El delito imprudente*, op.cit. pp. 533-534, considera que de no ser previsible la posterior conducta dolosa, deberá afirmarse la autoría del primer sujeto, trasladándose la problemática al ámbito de la relación de riesgo, y debiendo aplicarse en tales casos los criterios usuales de imputación, tanto el del incremento del riesgo como el del fin de protección de la norma, todo ello en relación con la conducta del primer sujeto y el resultado efectivamente producido, y debiendo ser consideradas las posteriores conductas ajenas como circunstancias del juicio "ex post".

<sup>65</sup> Vid. Severino Di Benedetto, *La Cooperazione*, op.cit. pp. 247-248. El criterio de la previsibilidad fue aplicado en la STS 29-1-1983 (Caso Vinader): "Hay que contentarse con que el resultado que se obtenga de la investigación hecha aplicando las reglas de la experiencia o de las ideas y convicciones aceptadas, por la generalidad de las gentes, sentando la conclusión, de que existe relación de causalidad entre una determinada conducta y un resultado típico, cuando aplicando las mentadas normas de experiencia o el común sentir de las gentes, procede entender, que el agente, al tiempo de realizar la conducta de que se

trate, pudo y debió prever o conjeturar que con la misma ponía en riesgo o peligro un bien jurídicamente protegido, cuando, posteriormente, el peligro potencial se ha convertido en real". De acuerdo con ello, afirma la responsabilidad de Vinader porque "fue perfectamente consciente, según el relato fáctico, de que ponía en grave peligro un bien jurídicamente protegido, como era el de la vida de las personas aludidas en los artículos, cuyas consecuencias letales, real y posteriormente producidas, eran perfectamente previsibles, habida cuenta de la realidad social públicamente conocida de la situación del País Vasco y de los procedimientos utilizados por ETA".

<sup>66</sup> Vid. Severino Di Benedetto, *La Cooperazione*, op.cit. p. 249.

<sup>67</sup> Vid. Severino Di Benedetto, *La Cooperazione*, op.cit. p. 250.

<sup>68</sup> Cfr. Corcoy, *El delito imprudente*, op.cit. pp. 542-543, quien no obstante, como ya se indicó anteriormente, considera que en caso de no ser previsible la posterior actuación dolosa ajena, la relación de autoría deberá afirmarse, reduciéndose la cuestión a determinar si existe relación de riesgo, es decir, si la muerte de los inquilinos ha sido consecuencia del riesgo creado por el propietario, al no dotar la vivienda de sistemas contra incendios, y no el generado por los incendiarios.

<sup>69</sup> Cfr. Corcoy, *El delito imprudente*, op.cit. p. 542, nota 1014.

<sup>70</sup> *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADPCP 1989, pp. 892-893.

<sup>71</sup> ADPCP 1989, op.cit. p. 893.

<sup>72</sup> ADPCP 1989, op.cit. p. 894. A este criterio se adhiere Jorge Barreiro, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 124.

en circunstancias en las que era previsible que éste hiciese un uso delictivo de la sustancia, "se debe considerar que la actitud del primer sujeto es culposa, toda vez que se comprueba que ha actuado con negligencia o imprudencia, por haber suministrado una sustancia peligrosa, a pesar de que el sucesivo comportamiento doloso ajeno y el consecuente resultado letal fueron previsibles y evitables"<sup>71</sup>. Del mismo modo, el propietario de la vivienda carente de sistema antiincendio, deberá ser considerado partícipe imprudente en el incendio doloso ocasionado por terceros, únicamente cuando desde el punto de vista "ex ante", concurrieran circunstancias a partir de las cuales fuese previsible que terceras personas incendiaran el inmueble, constituyendo la ausencia de medidas de seguridad un riesgo coadyuvante a la propagación del fuego<sup>68</sup>; por lo que se refiere al periodista que publica los reportajes sobre varias personas, posteriormente asesinadas por ETA, deberá afirmarse participación imprudente en delito doloso en caso de que aquél conociese la posibilidad de que los reportajes fuesen aprovechados por terceras personas para cometer los asesinatos<sup>69</sup>.

En la argumentación que venimos desarrollando, la caracterización como constitutiva de participación en la primera conducta, se decide en función del elemento subjetivo de la previsibilidad, en el sentido de que, concurriendo la misma -y, naturalmente, la eficacia causal sobre la conducta principal-, se afirma la existencia de una conducta de participación. Sin embargo, y también desde el plano de la participación, se decanta por una solución estrictamente objetiva LUZON PEÑA, quien se muestra partidario de distinguir formas de participación en los delitos imprudentes con base a un criterio de autoría puramente objetivo, cual es el *dominio objetivo del hecho*, que deberá afirmarse cuando el sujeto se encuentre, desde el punto de vista objetivo, en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado, con independencia de su voluntad<sup>70</sup>. De esta forma, podrían distin-

guirse en los delitos imprudentes, al igual que en los dolosos, entre conductas que ostentan un control decisivo sobre el curso causal lesivo, y aquellas otras que se limitan a favorecer aquellas, pero que no determinan, por sí solas, la producción del resultado<sup>71</sup>.

Sin embargo, este autor reconoce que el término "dominio" denota más bien una actuación de dirección querida, en principio incompatible con la imprudencia, por lo que en este ámbito sustituye la expresión "dominio del hecho" por la de "determinación objetiva del hecho", definida como una cualidad de la acción que posibilita un control o dominio de la situación, siendo de carácter objetivo porque "por mucho que alguien quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso quiera dominar, controlar o dirigir el acontecimiento, no será autor si realmente no domina o controla el hecho"<sup>72</sup>. Por tanto, autor de un delito imprudente sería, únicamente, aquél que realice una conducta que "determine objetivamente (y también positivamente) la producción del resultado"<sup>73</sup>, lo que significa que dicha conducta configura decisivamente el curso causal, decide el sí y el como del hecho e impulsa forzosa-mente o desvía las cosas en una determinada dirección hacia la producción del resultado<sup>74</sup>.

Por su parte, la participación en el delito imprudente tendrá lugar cuando el sujeto no ostente un control objetivo y positivo sobre el curso causal, lo que sucederá en los casos en que un sujeto ha determinado a otro a realizar una conducta imprudente mediante persuasión o convencimiento, pero este último ha obrado de forma libre y consciente, sin ningún tipo de coacción o engaño, provocando este último, directamente, el resultado lesivo -inducción-, mientras que existirá un favorecimiento-cooperación necesaria o complicidad-, cuando simplemente se haya facilitado la conducta principal imprudente ajena como sucede, por ejemplo, si la enfermera no desinfecta por negligencia el material quirúrgico, de lo que se per-

cata momentos antes de la operación comunicándoselo al cirujano, quien a pesar de ello lleva a cabo la intervención, provocando una infección al paciente: en este caso, la conducta de la enfermera no podrá ser considerada como constitutiva de autoría, al no bastarse por sí misma para provocar la infección del paciente, limitándose únicamente a favorecer la conducta principal del cirujano, única constitutiva de autoría<sup>75</sup>.

Aplicando todo lo expuesto a la problemática en examen, este autor llega a la conclusión de que el primer sujeto imprudente, aun cuando desde un punto de vista objetivo favorece la posterior actuación dolosa, sin embargo, al ser esta última libre y consciente, es la única que domina positivamente el hecho, por lo que la primera conducta debe considerarse como simple participación imprudente. Así, en concreta referencia a la STS 29 de Enero de 1983, considera que "la conducta de Vinader con sus reportajes no determinó objetivamente -sin más y necesariamente- el curso causal productor de las muertes, sino que simplemente favoreció o incitó las conductas determinantes de tal curso causal, es decir, que no mató imprudentemente y por tanto no era autoría de homicidios imprudentes (en concurso ideal), sino que, aun con influencia causal, sería sólo de participación culposa impune"<sup>76</sup>.

## V

Una vez expuestas las posturas más destacables que existen alrededor de los supuestos estudiados, ha llegado el momento de tomar posición, y al respecto debemos manifestar nuestra adhesión a aquellas concepciones que consideran que el marco adecuado para resolver estos casos, es el de la autoría y la participación. La razón de ello se encuentra, en que la estructura que presentan estos supuestos nos muestra, al menos, dos

<sup>71</sup> ADPCP 1989, *op.cit.*, p. 894.

<sup>72</sup> ADPCP 1989, *op.cit.*, pp. 894-895; *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la STS 27-Enero-1984)*, Revista de Derecho de la Circulación 6/84, p. 278. En la doctrina alemana, ha sido admitida igualmente la aplicabilidad del criterio del dominio del hecho a los delitos imprudentes, por Bloy, *Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 146 y 227, y Franzheim, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, 1961, pp. 38-40, pero caracterizando el dominio como meramente "potencial", es decir, como posibilidad de dominar el hecho, y en el caso de este último autor, reducido a la imprudencia consciente. Distintamente, Luzón Peña no se conforma con la posibilidad, sino que requiere efectivo control sobre el curso causal lesivo.

<sup>73</sup> ADPCP 1989, *op.cit.*, p. 903: "La intervención de la enfermera es de simple cooperación imprudente, pues no determina objetiva y forzosa-mente el curso de los acontecimientos, ya que no hay ignorancia, ni confusión, ni presión, ni subordinación de la acción imprudente, que sí determina objetivamente el hecho de la producción de la lesión, o sea, la del cirujano, que, por tanto, es el único autor de las lesiones imprudentes".

<sup>74</sup> ADPCP 1989, *op.cit.*, p. 905. En el mismo sentido, Feijoo, *La imprudencia en el CP de 1995 (cuestiones de "lege data" y de "lege ferenda")*, Cuadernos de Política Criminal (en adelante CPC) 1997, pp. 325-326: "Una clara delimitación de niveles o tipos de responsabilidad tendría que haber conducido a la irrelevancia típica del pe-

riodista Vinader en la conocida sentencia del <<caso Vinader>>. Si se hubiera tenido en cuenta que el periodista no mata o no crea el riesgo que explica el resultado de muerte, sólo se le podría haber castigado como partícipe. En este caso no quedó probado ninguno de los elementos que caracterizan la inducción o la cooperación psíquica. Afirmar que el que escribe unas cuartillas de papel es autor de un homicidio no sólo es un sinsentido, sino también una infracción literal del tipo. Escribir un artículo sólo es un medio idóneo para inducir a realizar un delito o reforzar una voluntad delictiva<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> La *Coautoría imprudente: Comentario a la STS 16 de Enero de 1998; Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén, 2/99, pp. 275-ss; La participación en el delito imprudente. El caso "Diana de Gales", Derecho y Opinión, Universidad de Córdoba, 7/99, pp. 297-ss.*

<sup>78</sup> *Revista de Estudios Jurídicos 2/99, op.cit, pp. 280-281 y 300; Derecho y Opinión 7/99, op.cit, pp. 298-299.*

<sup>79</sup> *La Autoría, op.cit, pp. 631-ss; supra, pp. 19-21.*

<sup>80</sup> *Autoría Mediata en Derecho Penal, 2000, pp. 129-130.*

<sup>81</sup> *Autoría Mediata, op.cit, pp. 130-131.*

<sup>82</sup> *Autoría Mediata, op.cit, pp. 133-134.*

<sup>83</sup> *Autoría Mediata, op.cit, pp. 134-135.* Como puede verse, al igual que en anteriores trabajos, el criterio que actualmente defiende para establecer el concepto de autor, es la realización del tipo; sin embargo, mientras en los citados trabajos el funda-

mentos cuyas conductas se interrelacionan, desembocando en la producción de un resultado delictivo. Por consiguiente, intentar dar respuesta a esta problemática desde un ámbito ajeno a la autoría y la participación, supone desconocer la realidad ontológica en la que se desenvuelven tales relaciones.

Ahora bien, si efectivamente pretendemos solucionar estos supuestos en el ámbito de la autoría y la participación, es necesario, ante todo, posicionarse acerca de la posibilidad de distinguir entre diversas formas de autoría y participación en el delito imprudente, lo que, como se ha visto anteriormente, ha sido negado por un importante sector de la doctrina patria, así como de la alemana. Al respecto, en trabajos anteriores hemos dejado clara nuestra posición, favorable a admitir la diferenciación entre formas de intervención en el seno de la imprudencia<sup>77</sup>.

En las citadas investigaciones me decanté por un concepto de autoría, en virtud del cual autor sería quien, a través de su conducta, se enfrenta de forma directa a las prescripciones del tipo correspondiente, lo que sucederá cuando ostente el dominio objetivo y positivo del hecho<sup>78</sup>, adhiriéndome así a las tesis de LUZON PEÑA y DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO<sup>79</sup>. Sin embargo, en la actualidad, sin perder de vista las referidas concepciones, me he adherido a la tesis expuesta en nuestra doctrina por BOLEA BARDON. En base a la referida concepción, autor es aquél a quien se puede imputar el hecho como sujeto, en términos estrictamente normativos, si bien, dado que el Derecho se encuentra vinculado a la realidad fáctica que constituye el objeto de su regulación, "el criterio que nos sirve para fundamentar la autoría habrá de ser un criterio normativo que, sin desconocer la <<realidad fáctica>>, responda a decisiones valorativas"<sup>80</sup>. De esta forma, se distingue entre un "dominio fáctico" del hecho, perteneciente al plano naturalístico e identificado con el control del curso causal que ostenta quien ejecuta el hecho de forma físico-corporal, y un

"dominio normativo", como suceso o acontecer típico que, sin perder de vista la realidad fáctica, se orienta hacia la realización típica<sup>81</sup>, debiendo cimentarse el concepto de autor sobre una combinación entre ambos criterios de dominio<sup>82</sup>.

El elemento material de la autoría es, pues, la realización del tipo, lo cual presupone responsabilidad por el peligro, de manera que aquel que pone en marcha un curso causal lesivo, que le es objetiva y subjetivamente imputable, deviene responsable de dicho peligro por inmiscuirse de forma penalmente relevante en una esfera organizativa ajena, por lo que elemento esencial de la autoría es la imputación jurídica de riesgos, pudiendo ser definida aquélla como "la creación, el no control o el aumento de un riesgo de forma objetiva y subjetivamente imputable. Cuando al sujeto se le puede imputar dolosamente la creación, no control o aumento del riesgo, hablamos de plena responsabilidad por el peligro"<sup>83</sup>. De acuerdo con ello, y en base a los principios de autonomía y autorresponsabilidad, si entre la actuación de un primer sujeto y el resultado se ha interpuesto otra persona con capacidad de decisión autónoma, sólo ésta poseerá un dominio sobre el riesgo, por lo que en tal caso, el primer actuante podrá ser calificado, a lo sumo, como partícipe<sup>84</sup>.

Trasladando estas conclusiones al terreno de la imprudencia, resulta que autor de un delito imprudente solo puede ser aquel que, a través de su conducta, ha creado o incrementado un riesgo directo de lesión, de manera que si entre dicha conducta y el resultado lesivo, se ha interferido la conducta, libre y responsable, de un tercero, aquél solo puede ser considerado como partícipe imprudente en un hecho doloso. Ahora bien, consideramos que la participación, también en la imprudencia, requiere – al igual que la autoría – ser definida subjetivamente, necesidad que viene impuesta por la posibilidad innegable de que en la actuación conjunta de varios sujetos, unos hayan actuado con cono-

cimiento y voluntad de participar en el hecho, y otros no, de modo que aun cuando su contribución objetiva haya sido idéntica, resulta evidente que su responsabilidad penal no puede enjuiciarse, únicamente, en el plano objetivo, sino que asimismo deberá ser tenido en cuenta el aspecto psicológico o subjetivo de los participantes<sup>85</sup>. Es por ello que, en el ámbito de la imprudencia, la participación requiere que el sujeto sea consciente de que se adhiere a una conducta ajena, la cual, teniendo en cuenta las circunstancias entre las que se desenvuelve, resulta imprudente<sup>86</sup>. El elemento subjetivo de la participación en el delito imprudente no consiste, pues, en la mera previsibilidad sobre la posterior conducta ajena, sino en el conocimiento de que se participa en dicha conducta, de manera que esa consciencia "hace que la conducta del partícipe se compenetre con la conducta típica del autor: sólo por tal vía, en efecto, el ámbito del deber de diligencia se extiende hasta comprender la previsibilidad de las posibles consecuencias lesivas de la común acción delictiva"<sup>87</sup>. Este conocimiento implica voluntad de cooperar en una conducta imprudente, aun cuando dicha voluntad no se extienda al resultado lesivo derivado de la imprudencia, de modo que la participación, también en la imprudencia, debe ser "dolosa", en el sentido de conocer y querer respecto a la conducta principal a la que se adhiere<sup>88</sup>, no siendo posible una participación "por imprudencia"<sup>89</sup>. Es por ello, por lo que se puede definir el elemento subjetivo de la participación como *el conocimiento del sujeto sobre los elementos objetivos que hacen idónea su conducta para favorecer la de un tercero y aquéllos en virtud de los cuales esta última es típica*<sup>90</sup>, en definitiva, se trata de un efectivo conocimiento de adhesión a la conducta principal ajena.

Partiendo de estos presupuestos, es necesario destacar dos notas fundamen-

tales que caracterizan a los supuestos objeto de análisis: en primer lugar, que el resultado lesivo no se deriva directamente del riesgo creado por el sujeto imprudente, ya que entre dicho riesgo y el resultado se ha interpuesto la conducta, libre y responsable, del sujeto doloso; y por otra parte, que el sujeto imprudente, aunque ciertamente ha llevado a cabo una conducta que se podría calificar de imprudente, sin embargo no se ha adherido conscientemente a la posterior conducta dolosa, aun cuando la hubiera podido prever. Todo ello nos lleva a concluir en que, bajo ningún concepto, puede admitirse que el sujeto imprudente sea considerado autor, sino solo partícipe; sin embargo, la ausencia de una efectiva representación sobre la conducta dolosa ajena, impide calificar a la del sujeto imprudente como constitutiva de participación, sin que a estos efectos pueda ser relevante una mera previsibilidad<sup>91</sup>.

En consecuencia, mientras la actuación del sujeto imprudente no aparezca específicamente prevista en alguno de los tipos de la Parte Especial del CP, como favorecimiento imprudente de conductas ajenas<sup>92</sup>, aquélla debe quedar impune, toda vez que, ni es constitutiva de autoría —por ausencia de sus presupuestos objetivos y subjetivos—, ni de participación —por falta de sus presupuestos subjetivos—<sup>93</sup>. Es por ello que, para evitar la impunidad de conductas como las que nos ocupan, el legislador deberá configurar tipos autónomos de peligro concreto, sobre la base de la previsibilidad de actuaciones dolosas ajenas, sobre todo, en ámbitos tales como la alimentación<sup>94</sup>, el medio ambiente o los locales de espectáculos públicos<sup>95</sup>, en los que se encuentra comprometida la seguridad colectiva, y en cuyo ámbito, frecuentemente, las conductas imprudentes pueden ser aprovechadas para, dolosamente, lesionar bienes jurídicos concretos.

mento material de la autoría lo constituía el "dominio positivo del hecho", que para LUZON PEÑA se basa en datos prejudicados como la "autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado". *Estudios Penales*, 1991, p. 218, en el presente el citado fundamento material tiene un marcado carácter normativo: la autoría no dependerá, pues, de la circunstancia de que la conducta sea o no autónoma, sino de que haya creado o incrementado un peligro de lesión directa para el bien jurídico, y ello, aun dependiendo indudablemente de datos fácticos, deberá decidirse finalmente a partir de una valoración normativa.

<sup>85</sup> *Autoría Mediata*, op.cit. pp. 139-140.

<sup>86</sup> Vid. Del Castillo, *Derecho y Opinión* 7/99, op.cit. p. 302; Ardizzone, *Rivital.dir.proc.pen* 1/95, p. 53; Del Rosal, *Sobre la codeliincuencia culposa*, ADPCP 1953, p. 535.

<sup>87</sup> Vid. Del Castillo, *Derecho y Opinión* 7/99, op.cit. pp. 302-303; Pagliaro, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, 1993, p. 534; Ardizzone, *Rivital.dir.proc.pen* 1/95, op.cit. p. 60; Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, *Rivital.dir.proc.pen* 1/98, p. 157; Aldrovandi, *Il concorso di persone nel reato colposo: rassegna critica di giurisprudenza*, *L'Indice Penale* 1/94, p. 112.

<sup>88</sup> Así, textualmente, Risicato, *Rivital.dir.proc.pen* 1/98, op.cit. p. 159; Del Castillo, *Derecho y Opinión* 7/99, op.cit. p. 303.

<sup>89</sup> Vid. Corcoy, *El delito imprudente*, op.cit. pp. 349-350.

<sup>90</sup> Cfr. Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, 3ª ed, p. 812.

<sup>90</sup> *Derecho y Opinión* 7/99, *op.cit.*, p. 303 (subrayados en el texto original).

<sup>91</sup> Por esta razón, acertadamente la STS 29-1-1983, rechaza que la conducta de Vinader fuese constitutiva de inducción o cooperación necesaria, precisamente por faltar el elemento subjetivo de la participación: "No es de apreciar como ya dijo el Tribunal de instancia, que hubiesen concurrido los requisitos de querer y ordenar la muerte necesaria para que se pueda apreciar la inducción dolosa, ni que el procesado haya querido y cooperado intencionalmente a que se produjeran, como sería necesario para apreciar la autoría por inducción o por complicidad".

<sup>92</sup> Como sucedía, por ejemplo, en el

art. 395 del CP derogado, que castigaba al "funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos....."

<sup>93</sup> En sentido contrario, Gimbernat, *Ensayos Penales, op.cit.*, pp. 362-363, considerando que la solución aquí propuesta genera lagunas de punibilidad, resultando incompatible con la justicia material y con el fin de protección de la norma.

<sup>94</sup> Vid. Caso de la Colza, enjuiciado por las SSTS 23-4-1992 (A. 6783) y 26-9-1997 (A. 6366).

<sup>95</sup> Vid. Caso de la discoteca "Alcalá 20", estudiado en la STS 17-7-1995 (A. 6827).