Fundación Internacional de Ciencias Penales

Diego-M. Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo

Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría

Foro FICP

2023-2

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña
Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España. Patrono de la FICP.

~Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*~

Sumario. I. Introducción. II. La elección de un concepto restrictivo de autor. 1. La polémica en torno a los conceptos unitario y restrictivo de autor. 2. La opción por un concepto restrictivo de autor. 3. El fundamento de la autoría en un concepto restrictivo de autor. III. Los criterios o características de la autoría. 1. La realización típica. 2. El dominio o determinación del hecho. a) Criterio material de autoría. b) ¿Carácter objetivo o subjetivo? c) ¿Carácter negativo o positivo? IV. La autoría en el delito imprudente. 1. ¿Concepto unitario o restrictivo de autor? 2. Las formas de autoría en el delito imprudente. 3. La participación imprudente y la participación dolosa en el delito imprudente.

Este artículo nuestro conjunto fue inicialmente concebido sobre todo para dar a conocer a la doctrina alemana nuestras posiciones sustancialmente coincidentes sobre autoría que hasta ese momento sólo habían aparecido en lengua española, publicándolo en la Festschrift (Libro Homenaje) a Claus Roxin, nuestro maestro alemán, por su 70.º aniv. (con el tít.: Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, FS-Roxin, 2000, 575-608). Obviamente también quisimos que apareciera en español, porque destacábamos nuestras posiciones coincidentes y citábamos los lugares y años exactos donde las habíamos publicado, pero la verdad es que en aquellos años un tanto inexplicablemente no nos preocupamos demasiado de su difusión y el artículo apareció inicialmente únicamente en España en una revista poco difundida y además no específica de Derecho penal, el Anuario de la Fac. de Derecho de la Univ. de Alcalá (n.º extraord. 2000), y después, de toda Iberoamérica únicamente en la rev. colombiana Derecho Penal Contemporáneo (n.º 2 2003). Por eso hemos decidido publicar en este año 2023 nuestro trabajo inalterado en las dos revistas electrónicas de la FICP, en ForFICP de acceso abierto, y por su importancia también en Libertas, de contenido restringido a los socios. Al recogerse ahora en edición "online" se proporciona sin duda una difusión mucho mayor del artículo en cualquier país a todos

* Se publica inalterado nuestro trabajo del mismo título cuya versión en español apareció primero en: Anuario Fac. Derecho Univ. Alcalá 1998/99, núm. extraord. homenaje al Prof. García San Miguel, Alcalá 2000, pp. 53-87, y posteriormente en Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, 2, 2003 (Bogotá, Colombia), pp. 89-128. Solamente se ha subsanado alguna mínima laguna en la cita de algún trabajo nuestro. El querer reproducirlo sin cambios ni adiciones tal como se publicó en su momento explica la fecha límite de la doc. manejada.

los lectores hispanohablantes o hispanoentendientes. Siendo esto lo esencial, también confiamos en poder publicar más adelante una nueva versión actualizada de nuestro trabajo conjunto.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya bastantes años nos ocupamos de la cuestión de la autoría y hemos ofrecido, trabajando conjuntamente, una construcción, que uno de nosotros ha calificado como "versión heterodoxa de la teoría del dominio del hecho"[1], plasmada en multitud de trabajos[2], y que ha tenido un notable eco entre los penalistas españoles, sea para adherirse a ella con mayores o menores matizaciones, sea para criticarla. Hasta el presente, nuestra concepción de la autoría es poco conocida, aunque no plenamente ignorada, en Alemania[3]. Se trataría por tanto aquí de esbozar las líneas principales de la misma, si bien

[1] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho penal 1991, 603.

[2] Aunque, como se ha dicho, partiendo de unas ideas iniciales de LUZÓN PEÑA [meramente insinuadas en Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978), publicado por vez primera en RDCir 1978, 387 ss., espec. 390 n. 9, y después en su: Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), 2.ª ed. 1990, 73 ss., especialmente 80; y algo más perfiladas en Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales (Comentario a la Sentencia TS 27-1-1984), publicado originalmente en RDCir 1984, 275 ss., en especial 278, 281, después en su: DPCir, 2.ª ed. 1990, 81 ss., en especial 92, 99], desarrolladas y concretadas ya en La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss., hemos ido elaborando conjuntamente nuestra concepción de la autoría, éste es el primer trabajo sobre el tema que firmamos conjuntamente. Los trabajos de los autores sobre la materia (en especial los de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) son múltiples, pero destacaremos aquí los dos que consideramos fundamentales: el cit. de LUZÓN PEÑA, La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss. (publicado también en sus: Estudios Penales, 1991, 197 ss., y DPCir, 2.ª ed. 1990, 105 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991. Quizá merezca destacarse aquí además el trabajo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría y participación, LL (La Ley) 1996-2, 1283 ss., por expresarse en él la interpretación de éste, desde la concepción señalada, de los preceptos sobre autoría y participación del nuevo Código Penal español de 1995 (en vigor desde finales de mayo de 1996); asimismo ya con el nuevo CP LUZÓN PEÑA, Curso de DP, PG I, 1996, 507 ss. Naturalmente, existen algunas discrepancias entre los dos autores del presente trabajo, pero éstas (que en ocasiones se pondrán de manifiesto) no afectan a los puntos centrales de la concepción.

[3] Salvo seguramente y sobre todo para ROXIN. El propio ROXIN se ha ocupado en alguna reunión científica internacional de nuestra tesis, además de mencionar el libro de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en la bibliografía de Täterschaft, 6.ª y 7.ª ed. 1994/2000, y en LK, 11.ª ed. 1992, antes del § 25/13 n. 29, y, sobre todo, ha contestado a la crítica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en relación con el criterio del dominio funcional del hecho en Täterschaft, 7.ª ed. 2000, 685 s., discutiendo a la vez la idea del "dominio positivo" que sustentamos. Nos honra profundamente que ROXIN haya dedicado un espacio en una obra tan capital a ocuparse de nuestra tesis y de nuestras críticas; lamentablemente, hemos tenido acceso a la 7.ª ed. 2000 de Täterschaft cuando ya estaba terminado nuestro trabajo y, por lo tanto, no hemos podido ocuparnos como se merece de la opinión de *Roxin* en relación con nuestra tesis (y con otras recientes). También se encuentra alguna referencia a este libro en la obra de BOTTKE Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems 1992. LUZÓN PEÑA divulgó parte de su concepción en la ponencia Täterschaft und Teilnahme beim fahrlässigen Delikt, presentada en junio de 1987 en el Seminario jurídicopenal dirigido por el Pros. Hirsch en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, y dictada como conferencia en junio y julio del mismo año en las Universidades de Erlangen, Passau y Múnich. Ambos autores hemos

no es posible, por lógicas limitaciones de espacio, confrontarla a fondo con las principales concepciones que de la autoría se sustentan en España y en Alemania.

Nuestra tesis es que tanto en el Derecho penal español como en el alemán se debe partir de un *concepto restrictivo de autor*, cuyas notas características (al menos en la mayoría de los delitos) serían la *realización* por el sujeto del *tipo de la Parte especial* y, como criterio material que concreta el anterior, la posesión por el sujeto del *dominio o determinación del hecho*. Como notas especialmente diferenciadoras de otras concepciones aparecen que el concepto restrictivo de autor que propugnamos –y con sus mismos elementos caracterizadores- se predica (frente a la doctrina alemana mayoritaria) como *válido* también *para los delitos imprudentes*, y que el dominio o determinación del hecho se conciben como *objetivos* y *positivos*.

II. LA ELECCIÓN DE UN CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

1. La polémica en torno a los conceptos unitario y restrictivo de autor

Para determinar cuáles son los criterios que definen la autoría, es importante decidir si se opta por un modelo o concepto unitario o restrictivo de autoría[4]. Como es sabido, la doctrina alemana rechaza de modo prácticamente unánime para los delitos dolosos el concepto unitario de autor, al cual no se presta demasiada atención, haciéndole objeto de una crítica acérrima[5]. En España, el concepto unitario de autor es también generalmente

---

defendido posteriormente en diversas reuniones científicas internacionales, casi siempre con participación de penalistas alemanes, nuestra concepción o aspectos o aplicaciones de ella; así, entre las que han dado lugar a publicaciones, puede citarse las aportaciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría, en: Silva Sánchez (ed. española)/Schünemann/de Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Coimbra, 1995, 305 ss. [cit. LH-Roxin (Coimbra)]; "Coautoría" alternativa y "coautoría" aditiva: ¿Autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, en: Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su investidura como Doctor *Honoris Causa* en la Universidad de Barcelona, 1997, 295 ss. [cit. LH-Roxin (Barcelona)].

[4] El concepto extensivo de autor que se ha defendido tanto desde teorías subjetivas como objetivas de la autoría, si se desarrolla consecuentemente, en nuestra opinión no es más que un concepto unitario funcional de autor con ligeros matices, o es contradictorio con el Derecho positivo al que se pretende aplicar, especialmente el StGB, que se decanta por un concepto restrictivo de autor con acogimiento expreso del principio de accesoriedad de la participación. Al respecto, ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 253 ss.

[5] En la doctrina reciente defienden un concepto unitario funcional de autor sólo KIENAPFEL (se cita únicamente sus trabajos publicados en Alemania), "Beteiligung" und "Teilnahme". Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB, NJW 1970, 1826 ss.; Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, *passim*; Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, en: Müller-Dietz (eds.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik 1971, 21 ss.; Schlußwort zu Dreher, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht. Eine letzte Stellungnahme, NJW 1971, 123 s.; Probleme der Einheitstäterschaft, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, I (Strafrechtliches Seminar), 1973, 63 ss.; Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, 1 ss.; Der Einheitsgedanke – lebendiger denn je, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, VII (Strafrechtliches

rechazado[6], si bien en la jurisprudencia a menudo se ha manejado sin ese nombre un concepto cercano al unitario, con exclusión, eso sí, de la complicidad[7].

Lo cierto es que el Derecho positivo alemán toma partido claramente por un concepto restrictivo de autor al consagrar en los §§ 26 y 27 StGB la accesoriedad limitada de la inducción y la complicidad. Lo que llama la atención es que, pese al rechazo doctrinal generalizado del concepto unitario de autor para los delitos dolosos y la plasmación en el StGB de un concepto restrictivo de autor (al menos claramente para esos delitos), la doctrina ampliamente dominante en Alemania defienda un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes (si bien cada vez son más las voces en contra), pero de esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

Por lo que respecta al Derecho positivo español, bajo la vigencia del CP 1944/73, existió una importante tradición doctrinal en el sentido de interpretar sus preceptos sobre codelincuencia[8] desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, si bien en nuestra opinión no era ni mucho menos evidente la obligatoriedad de interpretarlos desde esa perspectiva[9]. El vigente CP de 1995 ha introducido modificaciones que lo aproximan más aún al concepto restrictivo de autor, sobre todo al distinguir expresamente entre quienes *son* autores y quienes *también serán considerados* tales (a efectos de pena)[10], si bien no ha sido lo claro que resultaría deseable[11].

Seminar), 1979, 53 ss.; AT, 4.ª ed. 1984, 546 ss.; y DETZER, Die Problematik der Einheitstäterlösung (esis doct., Erlangen-Nürnberg), 1972, 63 ss. (y *passim*). Sobre autores de diversos países que defienden un concepto unitario de autor (entre los recientes, sobre todo austriacos), v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 49 ss., 60 ss. Más adelante mencionaremos brevemente la peculiar concepción de LESCH e incluso la de JAKOBS, que se aproximan, al menos parcialmente, a conceptos unitarios funcionales de autoría (o de intervención o participación en sentido amplio).

[6] V. referencias doctrinales en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 64 s. n. 73.

[7] V. amplias referencias en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 208 ss. n. 14, 213 ss. n. 19 ss.

[8] Los dos preceptos centrales en la materia eran los arts. 14 y 16. El art. 14 CP 1944/73 rezaba: "Se consideran autores:/1º. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho./2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo./3º. Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". Por su parte, el art. 16 establecía: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

[9] A esta conclusión llegaban separadamente y prácticamente a la vez en el tiempo (la cuestión no había sido estudiada en profundidad anteriormente, aunque algunos autores habían señalado la proximidad –sobre todo en perspectiva histórica- del CP a un concepto unitario de autor) PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990, 322 ss.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 205 ss., a quienes siguieron posteriormente otros autores.

[10] El art. 28 del vigente CP español establece: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento./También serán considerados autores:/a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo./b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado". El art. 29 dispone: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

[11] Al respecto, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL 1996-2, 1285.

2. La opción por un concepto restrictivo de autor

Sin embargo, estimamos que un concepto unitario *funcional* (no meramente formal o causal) de autor, convenientemente desarrollado y matizado, con previsiones legislativas que eviten sus consecuencias menos deseables, no adolece de tantos defectos como pretenden sus detractores[12], como lo demuestra, entre otras cosas, el hecho de que dicho concepto se haya sostenido históricamente y en la actualidad en diversas legislaciones[13], señaladamente hoy la austriaca, sin demasiados inconvenientes[14].

No obstante, creemos que el concepto restrictivo de autor, especialmente por anudarse estrechamente a la idea de la accesoriedad limitada de la participación[15], es en todo caso preferible. La razón fundamental de ello es que dicho concepto o sistema de autoría (y participación) permite un mejor recorte o perfilamiento de los tipos frente a lo que supone un concepto unitario (incluso funcional) de autor, lo que lo convierte en más acorde con el mandato de determinación o concreción de los tipos penales, y, por tanto, con el Derecho penal propio de un Estado de Derecho. El concepto restrictivo de autor hace más tolerables las lagunas de previsión legislativa, si existieran, pues se trataría de lagunas de punición, mientras que los olvidos del legislador en la evitación de las consecuencias indeseables de un concepto unitario de autor se traducirían en una punición excesiva[16].

---

[12] Sobre las diversas críticas a que se somete el concepto unitario de autor, tomando posición respecto de ellas, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO La autoría, 1991, 117 ss.

[13] V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO La autoría, 1991, 56 ss.

[14] Concluyen que el concepto unitario de autor no es tan desafortunado como a menudo se pretende DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 200 (entre otras pp.); y, prefiriendo hablar de un "sistema" o "concepto unitario de participación", PEÑARANDA, La participación, 1990, 323, a quienes han seguido posteriormente diversos autores.

[15] Nos referimos aquí a la accesoriedad *cualitativa o interna*, es decir, la que se refiere a qué elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él; en este sentido nos pronunciamos en favor de la accesoriedad limitada, que exige que el hecho del autor sea típicamente antijurídico. Y a los efectos de mayor determinación de los tipos como ventaja del concepto restrictivo de autor, interesa sobre todo el aspecto o función negativos (v. HERZBERG, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 139 ss. –resumiendo-; PEÑARANDA, La participación, 1990, 336 ss.), que implica que, si el hecho del autor no reúne los caracteres mínimos necesarios (ser típicamente antijurídico), nunca se puede castigar la participación en él (esta faceta no admite más quiebras que las que expresamente establezca la ley). No nos referimos por tanto aquí al aspecto o función positivos de la accesoriedad, que significa que el hecho del autor posibilita el castigo del partícipe y, sobre todo, determina el tipo por el que se castiga al partícipe, ya que éste será en principio el mismo que haya cometido el autor (esta faceta admite, además de las quiebras que expresamente se establezcan en la ley, otras derivadas de principios dogmáticos o valorativos, fundamentadas en el hecho de que el injusto del partícipe es propio y sólo parcialmente apoyado en el del autor; no podemos detenernos aquí en el alcance de tales quiebras, cuestión sobre la que existen opiniones diferentes).

[16] Toda esta argumentación (seguida posteriormente por diversos autores en la doctrina española) con mayor detenimiento y señalando además otras ventajas de menor transcendencia del concepto restrictivo

Por todo ello, optamos (ya bajo la vigencia del CP 1944/73 y con mayor motivo bajo la del actual de 1995) por interpretar los preceptos del CP español desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, como viene haciéndolo unánimemente la doctrina española moderna[17] (del mismo modo que sucede en el StGB). Pero, una vez tomada la decisión por un concepto restrictivo de autor, para que éste conserve sus ventajas, hay que ser lo más coherente posible con el mismo y no ampliar en casos concretos ese concepto por razones de más justa punición, salvo que la propia ley establezca excepciones concretas a ese sistema de autoría. De lo contrario, se pueden producir ataques a la seguridad jurídica tal vez mayores que los que produce un concepto unitario de autor construido prudentemente[18]. Y, en nuestra opinión, se producen ampliaciones indeseables en el concepto de autor por parte de defensores de un concepto restrictivo, especialmente en la coautoría (no sólo desde teorías subjetivas hoy prácticamente desechadas, sino desde la teoría del dominio del hecho) y, desde luego, en la adopción de un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes por parte de la doctrina dominante alemana y de un sector de la española.

3. El fundamento de la autoría en un concepto restrictivo de autor

Desde la perspectiva adoptada, conviene reflexionar sobre el papel que desempeñan en un concepto auténticamente restrictivo de autor con accesoriedad limitada de la participación las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena, presentes, se confiese o no, en éste y en todos los problemas jurídicopenales[19]. Creemos que ese papel

---

de autor, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 130 ss., 201 s., 531 (entre otras pp.). Destacan, entre otros, la función de precisión de los tipos que desempeña el principio de accesoriedad ROXIN, LK, 11.ª 1993, antes del § 26/5; RUIZ ANTÓN, El agente provocador en Derecho Penal 1982, 204; HERZBERG, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzesorietät der Teilnahme, ZStW 99 1987, 61, 65 s., 67 s. Como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Roxin (Barcelona), 1997, 305 n. 68, olvida este aspecto (sin duda, por otro lado, limitado) del principio de accesoriedad LESCH, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft –Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke–, GA 1994, 118 s., quien pone en tela de juicio la idea del mejor cumplimiento del mandato de precisión de los tipos y la mejor adecuación al Estado de Derecho del concepto restrictivo de autor, y quiere desplazar las diferencias entre autoría y participación desde el marco de la realización típica al de las consideraciones de medición de la pena; no obstante, coincidimos con este autor en que el concepto restrictivo de autor no es el "garante irrenunciable" de los principios de precisión y adecuación al Estado de Derecho.

[17] V. PEÑARANDA, La participación, 1990, 325; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 251 s. (entre otras pp.).

[18] En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 202 s., 531 (entre otras pp. y lugares).

[19] Sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y su relevancia para los elementos del delito, v., en la doctrina española, LUZÓN PEÑA, Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau, en: Schünemann/Figueiredo Dias (eds.) Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin 1995, 97 ss. (La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, ADPCP 1993, 21 ss.), con ulteriores referencias, entre otras muchas, a la posición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO respecto de la relevancia de esas categorías en el ámbito de la codelincuencia.

es doble: por un lado, en la diferenciación entre autor y partícipes en sentido estricto, habrá qué decidir qué sujeto merece y necesita una sanción penal independientemente de la calificación jurídica de la conducta de otros intervinientes (ése será el autor); por otro lado, en la fijación de marcos penales, habrá que ver qué conductas, sin llegar a merecer o necesitar una sanción autónoma, sin embargo merecen y necesitan una pena tan alta como la del autor y cuáles no[20].

Así, conducta de autoría sería aquella que más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, o sea, la que más directamente realice el injusto típico, la que de modo directo (que no hay que confundir con inmediato) lesione o ponga en el peligro descrito por el tipo de la parte especial el bien jurídico protegido por el mismo, la que, según se desprende de la propia redacción típica, la ley pretende impedir de manera más perentoria o urgente, o como quiera expresarse la idea que subyace a las anteriores formulaciones[21].

Especialmente en lo que se refiere a la urgencia o perentoriedad en la prohibición puede apreciarse una cierta relación de la citada fundamentación con la fundamentación normativa que propone STEIN[22], aunque desde luego nuestra concepción de la autoría es muy diferente a la de este autor[23]. Como ROXIN[24] ha efectuado una crítica a la

[20] Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 453 s., 456, 531 s. (entre otras pp.).

[21] En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, La autoría, 1991, 454, 532 (entre otras pp.). Similar LUZÓN PEÑA, Coimbra-Symposium für Roxin 1995, 102 (ADPCP 1993, 27 s.). Ya antes, LUZÓN PEÑA , ADPCP 1989, 907 s. (Estudios Penales, 1991, 217 s.), había expresado que se podía encontrar un fundamento material y prejurídico -aunque formulado "en términos de cierta relatividad"- al criterio de autoría que propone para los delitos puros de resultado en "la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado", que podría ligarse al específico fundamento jurídicopenal de la autoría, que LUZÓN formula en términos parecidos a los de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

[22] STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, 221 ss., 283 ss. También diferente, pero con puntos de contacto, BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 290 ss. V. además BOTTKE, Täterschaft, 1992, 21 s. Recientemente, RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, especialmente 123 ss., fundamenta la diferencia normativa entre la autoría y la participación en la autonomía de la conducta del autor, ausente en la del partícipe (naturalmente esto es una simplificación de la explicación del citado autor); esta idea, junto a la de que el tipo objetivo es igual en el delito doloso que en el imprudente (algo que admite la mayoría de la doctrina española), aproximan la tesis de RENZIKOWSKI a la que aquí defendemos, si bien el autor alemán no proporciona un criterio manejable para distinguir autoría de participación, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, por lo que su construcción puede ser calificada de "incompleta" (así lo hace, poniendo de relieve los aspectos positivos de la misma, ROSO CAÑADILLAS, La autoría y la participación en el delito imprudente, tesis doctoral, Univ. Alcalá, 1999, 191 s. [así cit. por nosotros en la vers. inicial de 2000; en la vers. posterior en DPCo ya cit. por su libro Autoría y participación imprudente, Comares, 2002, 133-135])

[23] Como se desprende de la valoración crítica de la concepción de STEIN que realiza DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 660 ss., 703 ss. (en estas últimas pp. se contiene también la réplica a ROXIN que se reproduce en el texto).

[24] ROXIN, Täterschaft, 7.ª. 2000, 648 s. A pesar de estas críticas, como el propio ROXIN reconoce, las soluciones a que conduce la concepción de STEIN no están demasiado lejos de las de ROXIN. En realidad, conducen a resultados más alejados de los que se derivan de la concepción que nosotros mantenemos.

fundamentación de STEIN que podría afectar a la nuestra, nos ocuparemos brevemente de ella.

ROXIN señala con razón que difícilmente se puede distinguir entre autoría y participación en virtud de la urgencia, si se afirma, como hace STEIN[25], que ésta es igual en la autoría y en la inducción. Pero creemos que ello se debe a que STEIN confunde aquí el grado de perentoriedad o urgencia con la mera cuestión de la magnitud de pena con que se conmina la autoría y la inducción, que efectivamente es idéntica, tanto en el Derecho alemán como en el español, olvidando un rasgo fundamental distintivo de la autoría respecto de las formas de participación en sentido estricto en un concepto restrictivo de autor: el carácter independiente de la responsabilidad del autor, frente al accesorio de la del partícipe[26].

Menos convincente nos parece la opinión de ROXIN de que es imposible graduar los deberes de conducta según su perentoriedad o urgencia, argumentando que un comportamiento injusto no está más o menos prohibido, sino prohibido sin más, y que la introducción por parte de STEIN de consideraciones de merecimiento de pena cuantificadoras en la teoría del injusto conlleva el riesgo de que se conviertan en consideraciones generales de medición de la pena. Pero creemos que tal riesgo puede efectivamente existir si no se contempla adecuadamente la idea de perentoriedad o urgencia y se identifica ésta exclusivamente con la conminación de una pena mayor o menor, como hace STEIN. Sin embargo, no existe tal riesgo si se entiende la urgencia de la prohibición no como un más o un menos de prohibición (lo que, como hemos visto, resulta problemático en el supuesto de la inducción, y también en el de la cooperación necesaria, conminada con la misma pena que la autoría en el Derecho español), sino como una forma distinta de prohibición. En un sistema de autoría restrictiva, la mayor urgencia en prohibir un comportamiento de autoría frente a uno de participación se deduce no sólo ni principalmente del marco penal al que se somete cada figura, sino más bien del hecho de que la conducta de autoría se prohíbe autónomamente (si bien con las limitaciones que la imputación recíproca supone en la coautoría que, en este sentido, comparte algunos caracteres con la participación en sentido estricto), mientras que la prohibición de la conducta del partícipe se hace depender, por un lado, de la propia actuación de éste (que

[25] STEIN, Beteiligungsformenlehre, 1988, 241 ss.

[26] También se echa de menos en la concepción de STEIN un criterio practicable, al margen del fundamento normativo, para distinguir autoría y participación.

evidentemente realiza su propio injusto), pero, además, por otro, de que la actuación del autor revista ciertas características (accesoriedad de la participación). El que esta diferencia se exprese en términos de perentoriedad o urgencia, de realización más o menos directa del injusto típico, de riesgo más o menos directo y grave de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, etc., resulta en cierto modo secundario. Por tanto, en la fundamentación de un concepto restrictivo de autor es fundamental la atención a la presencia de una responsabilidad autónoma o (parcialmente) accesoria[27].

En la equiparación o distinción de marcos penales entre la autoría y las diversas formas de participación intervienen otras consideraciones en las que aquí no podemos detenernos, aunque señalaremos que nos parece un acierto la equiparación penológica en el CP español no sólo de la inducción, sino también de la cooperación necesaria (art. 28, 2.º inciso, b) a la autoría.

III. LOS CRITERIOS O CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORÍA

1. La realización típica

Dado el carácter restrictivo del concepto de autoría que se ha propugnado y la fundamentación de la autoría que se acaba de exponer, ambos estrechamente ligados a la tipicidad, autor de un delito es quien, cumpliendo el resto de los requisitos típicos y cuando en el tipo no existan razones formales que impidan su castigo, realiza la acción típica o, si se prefiere, quien realiza el tipo[28] de la Parte especial o aquel cuya conducta es

[27] Idea que creemos no está ausente en el "principio rector" contenido en la definición de ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 25 s., del autor como "figura central del proceso de actuación" ("*Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens*") o del "proceso de actuación concreto" ("*des konkreten Handlungs-geschehens*") (*op. cit.*, 527), en su búsqueda metodológica de un modo de contemplación que sintetice los aspectos ontológicos y teleológicos en una formulación concretable. Por lo demás, esta idea de la "figura central" de ROXIN, generalmente aceptada en la doctrina, tiene una relativa significación, siempre que no se la considere desde un punto de vista puramente prejurídico y se la dote de un contenido normativo (de atención al tipo legal) mayor al que le da ROXIN (v. al respecto la valoración parcialmente crítica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 586 ss.; más extremo en su crítica, STEIN, Beteiligungsformenlehre, 1988, 63 ss.).

[28] Así, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 892 (Estudios Penales, 1991, 202); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 513, 532 (entre otras pp. y como resumen de una larga argumentación desarrollada en confrontación con la teoría objetivo-formal en las pp. anteriores), si bien añadiendo que ha de tratarse de la acción típica *nuclear*. La razón por la cual DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO añade el adjetivo "nuclear" es porque deja abierta la posibilidad de que, en alguno de los tipos de la Parte especial que describen más de una acción típica, no todas ellas sean de autoría, sino que lo sea alguna o algunas de ellas, que sería(n) la(s) que constituyen el núcleo del tipo, pudiendo ser otras, cuando las realiza una persona distinta, de participación (en concreto, en el vigente CP español de cooperación necesaria del art. 28, segundo inciso b, conminada con la misma pena que la autoría, pues su carácter esencial para el curso del acontecer típico es destacado expresamente por la ley). Este aspecto de la concepción de la autoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha sido probablemente el más criticado de toda ella en la doctrina española, incluso entre quienes, por lo demás, aceptan con mayores o menores matices la tesis de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; el propio

subsumible en el correspondiente tipo de la Parte especial[29].

La estrecha vinculación entre autoría y realización típica es hoy generalmente aceptada y es uno de los méritos que cabe atribuir a la teoría objetivo-formal[30]. Otra cosa es que, en el desarrollo de otras teorías, singularmente la del dominio del hecho, se sea siempre consecuente con la idea de esa vinculación.

Por lo demás, especialmente en los delitos de resultado (sobre todo si no son delitos con modalidades limitadas o tasadas de acción), el criterio de la realización típica no es suficiente, pues precisamente en ellos no se deriva directamente del tipo quién, por ejemplo, "mata"[31].

LUZÓN ha manifestado, aunque no por escrito, dudas sobre la corrección de la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en este punto. La crítica consiste en decir que en los delitos con más de una acción típica no cabe distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares, sino que toda acción descrita en un tipo es de autoría, por expresa decisión legal. Pese a todo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que las críticas son, por un lado, exageradas, pues se dirigen a un aspecto bastante secundario o marginal de una concepción completa sobre la autoría, y, por otro lado, injustificadas. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no afirma (como parece deducirse de lo que expresan algunos de sus críticos) que en todos los casos en que un tipo legal describe más de una acción unas sean nucleares y otras no, sino que simplemente admite la *posibilidad* (al menos como mera hipótesis) de que los criterios de interpretación generales, aplicados a alguno de los tipos de la Parte especial que describan en el tipo más de una acción, hagan constatar que, en algún caso, la ley configura una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella (aunque muy importantes); en definitiva, que el carácter central o accesorio de un elemento típico no tiene por qué depender necesariamente de que el mismo se exprese en forma de acción o de otra manera; el que siempre que en el tipo se exprese un elemento en forma de acción tenga que conducir necesariamente a considerarla de autoría le parece excesivamente formalista. Como se ve, la cuestión es meramente de interpretación de los tipos de la Parte especial. Por otro lado, ya el propio ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 37, denunció el excesivo formalismo de la idea –propia de la teoría objetivo-formal- de que sea el que se haya realizado cualquier acción descrita en el tipo lo que fundamente la autoría (si bien, al fundamentar este autor la coautoría en el dominio funcional del hecho, llega a resultados distintos –ampliatorios- a los que aquí se sostienen –restrictivos-).

[29] Lo que por cierto supone que toda forma de autoría se encuentra comprendida en los tipos de la Parte especial y que los preceptos de la Parte general del StGB y del CP que definen las formas de autoría poseen carácter *declarativo* y no *constitutivo*. De todas formas, esta afirmación podría resultar discutible sobre todo respecto de la coautoría, pero aquí no podemos detenernos en una argumentación detallada.

[30] Así, por muchos, ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 35 s.

[31] Éste es el defecto fundamental de una de las versiones de la teoría objetivo-formal que se defiende en España y que considera autor a aquel cuya conducta es sin más subsumible en el correspondiente tipo de la Parte especial (y que remite la problemática de la autoría a la interpretación de cada uno de los tipos de la Parte especial; por cierto, guarda cierta similitud con esta concepción la propuesta por FREUND, AT, 1998, § 10 especialmente nm. 51). Sobre la teoría objetivo-formal, que aún hoy cuenta con bastantes defensores en la doctrina española, sus versiones y la crítica a las mismas, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 411 ss. con ulters. citas. Si bien la doctrina española ha sido dominante la teoría objetivo-formal en alguna de sus versiones, en los últimos tiempos son cada vez más los adeptos a la teoría del dominio del hecho o a otras cercanas a ella, como la que nosotros defendemos o la de la "pertenencia del hecho" sustentada por MIR PUIG, PG, 5.ª 1998, 14/31 s., y sus discípulos, hasta el punto de disputarle a la teoría objetivo-formal la condición de dominante. La teoría del dominio del hecho ha cobrado notable importancia en los últimos años también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

2. El dominio o determinación del hecho

a) Criterio material de autoría

Por tanto, especialmente en los delitos puros de resultado, es preciso encontrar un criterio material y practicable que permita, conforme a las premisas anteriormente expresadas, decidir quién realiza el tipo. Fue un mérito de las teorías objetivo-materiales el destacar que no toda condición del resultado puede ser jurídicamente autoría[32], si bien muchas de estas teorías fracasan al intentar diferenciar autoría y participación sobre la base de distinciones en el plano causal[33].

El criterio adecuado al fundamento de la autoría en un sistema de autoría restrictivo nos parece, en líneas generales, el que propone la *teoría del dominio del hecho*, pues, en los delitos puramente resultativos, las aportaciones de los contribuyentes al hecho no se hallan en un mismo plano, sino que unas resultan determinantes para la realización típica (y, en consecuencia, serán aquellas que la norma pretenda impedir con mayor perentoriedad o urgencia) y otras suponen un apoyo, fomento o facilitación (que puede revestir diversa importancia) de éstas. Determinantes y, por tanto, de autoría serán las conductas que supongan un dominio del hecho, del acontecer típico, es decir, aquellas que decidan el si (*ob*) y el cómo del mismo[34]. Sin embargo, en lo que no coincidimos es en la caracterización de la concepción dominante del dominio del hecho como criterio distintivo de la autoría.

b) ¿Carácter objetivo o subjetivo?

Como es sabido, la concepción mayoritaria del dominio del hecho entiende que éste, además de elementos objetivos, posee un componente subjetivo[35]. Éste, con casi total seguridad por influjo del finalismo[36], se relaciona generalmente con la finalidad ("dirección final ..."), o sea, con el dolo ("doloso tener en las manos ..."). Naturalmente, no se trata del dolo entendido simplemente como conocer y querer la realización típica,

---

[32] Así lo destaca, entre otros, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 892 (Estudios Penales 1991, 202).

[33] V. por muchos la exposición y crítica de teorías objetivo-materiales (no sólo causales) en ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 38 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 535 ss.

[34] Las diferentes concepciones de la teoría del dominio del hecho son suficientemente conocidas. Sobre ellas, v., por muchos, ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 60 ss. (además, a lo largo de toda esta impresionante obra construye ROXIN su concepción de la autoría y –en los delitos de dominio- del dominio del hecho, que consideramos no ha sido superada por ninguna otra, y con muchísimos de cuyos desarrollos coincidimos plenamente); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 545 ss.

[35] V. las referencias doctrinales que recoge DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 573 s. n. 125.

[36] V., p.ej., WELZEL, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 1939, 538 s.; Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?, JZ 1954, 429 s.; Strafrecht, 11.ª 1969, 98 s.

que lógicamente también concurre en los partícipes, sino del dolo entendido como voluntad consciente de realizar aquello que *objetivamente* fundamenta el dominio del hecho. La consecuencia fundamental de esta concepción es que se considera inaplicable el criterio del dominio del hecho a los delitos imprudentes, lo que, al no hallar un criterio alternativo, ha dado lugar a que una amplia mayoría de la doctrina alemana moderna abogue por un concepto unitario de autor en ellos. Otros, como ROXIN[37], no llegan tan lejos en la exigencia del elemento subjetivo del dominio del hecho, considerando que éste consiste en un "conocimiento fundamentador del dominio", es decir que "el autor ... debe conocer las circunstancias del hecho, y además debe ser consciente de las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento"). En definitiva, piden no tanto finalidad como consciencia[38].

Incluso autores que no comparten la teoría del dominio del hecho ven como evidente que éste requiere dolo o consciencia. Así, GIMBERNAT[39] señala: "Cierto que es preciso que el titular del dominio del hecho sepa que lo tiene, que conozca, como dice Roxin, las 'circunstancias fácticas ... que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento'; cierto que este 'dolo' del dominio del hecho es algo más que un mero 'presupuesto de imputabilidad'('*Zurechenbarkeitsvoraussetzung*'): es ya una parte integrante del dominio del hecho, del que desconoce los factores objetivos constitutivos del dominio del hecho no se puede decir que lo tenga, pero que, por falta de dolo, no le es imputable (ist ihm nicht zurechenbar), sino que la ignorancia de la situación objetiva lleva consigo ya la no existencia en el sujeto del dominio del hecho"; en este punto acude a un ejemplo del propio ROXIN[40]: "Si un médico ruega a su colega, que no sospecha nada, que ponga una inyección (en realidad de veneno), no es posible decir que el colega que actúa tiene 'objetivamente' el dominio del hecho y que lo que sucede es únicamente que, por faltarle el dolo, no lo sabe: lo que sucede es más bien, que no tiene dominio del hecho en absoluto. La idea de un dominio 'objetivo' del hecho así concebido sería una contradictio in adiecto; sería tan carente de sentido como querer hablar en un hecho culposo de una actuación 'objetivamente dolosa' ". En conclusión, según GIMBERNAT, es

[37] ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 316.

[38] Lo mismo podría decirse de los autores que aceptan la posibilidad de hablar de dominio en la imprudencia consciente, como, por citar un solo ejemplo, sucede con JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996, 654 s.

[39] GIMBERNAT, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966, 126 s.

[40] ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 331.

"cierto, pues, que sin dolo no existe dominio del hecho"[41].

Sin embargo, nos parece que las cosas no son tan evidentes como se pretende. Tomando el último ejemplo de ROXIN, el del médico que dolosamente (con dolo de que se produzca la muerte del paciente) entrega la inyección al colega, aparentemente lo que decide la situación de dominio del hecho por parte del primer médico es precisamente que él actúa con dolo, con finalidad consciente o con conciencia de las circunstancias que fundamentan su dominio (conciencia de que la inyección tiene veneno y de que el otro médico no lo sabe), y que el segundo médico no lo tiene. De entrada, en este caso, ya se podría afirmar que la existencia de dolo en el primer médico no es lo que fundamenta su dominio de la situación, sino esta existencia de dolo *unida a la no existencia de dolo* (o consciencia) en el segundo médico. Pero realmente aún hay más. Cambiemos por un momento el supuesto de hecho: el sujeto A pide a su buen amigo B que entregue un paquete a C en otra ciudad a la que B va a viajar; A comenta a B, quien no tiene razón alguna para sospechar que se trate de otra cosa, que el paquete contiene un conjunto de piezas para el automóvil de C, cuando lo que en realidad contiene son dos armas automáticas desmontadas con las que posteriormente C y otro compinche llevan a cabo un atraco bancario. Aquí la relación entre los sujetos A y B es idéntica a la que se produce en el ejemplo de ROXIN (dolo por parte de A, ignorancia absoluta por parte de B) y, sin embargo, nadie (o casi nadie) diría que A es (co)autor mediato del robo. Por tanto, la existencia de dolo en el sujeto de atrás y la carencia del mismo en el que actúa "delante", para lo único que sirve (y ya es bastante) es para poder afirmar que un sujeto (A) realiza una acción a través de otro (B) del que se sirve como instrumento, pero todavía no es el elemento esencial para afirmar que existe dominio del hecho, es decir, para afirmar que un sujeto es autor; es más, esta relación entre existencia y ausencia de dolo no es la única que puede fundamentar la realización de acciones a través de otro. En el ejemplo de ROXIN nos encontramos ante una *autoría mediata* del primer médico y en el que hemos propuesto nosotros ante un supuesto de *participación mediata* de A sencillamente porque la acción que realiza el instrumento en el primer caso es una acción de matar, mientras que la que realiza el instrumento (B) en el segundo caso no es una acción de robo violento o intimidatorio. La acción de poner la inyección determina objetivamente que se produzca la muerte, mientras que la acción de entregar el arma ni siquiera determina que se produzca la violencia o intimidación necesaria para el robo y menos aún la sustracción.

[41] GIMBERNAT, Autor, 1966, 127.

El que el sujeto sepa o no sepa es por tanto algo secundario para determinar quién es autor, lo fundamental es lo que el sujeto haga. Y no cabe duda de que poner la inyección venenosa es una acción que determina más que ninguna otra el si y el cómo de la muerte, "domina" positivamente la misma; sólo porque se da (o va darse) esta acción puede empezar a hablarse de autoría (de quien sea). Quien pone la inyección no es, en el sentido de la responsabilidad jurídicopenal, autor sencillamente porque le falta un elemento subjetivo del tipo doloso de homicidio, que es precisamente el dolo, exactamente igual que en nuestro ejemplo B no es partícipe, en sentido penal, de un robo porque su acción, que sin duda posee el carácter de favorecedora propio de la participación, es realizada sin dolo. No resulta tan absurdo, por tanto, hablar de un "dominio objetivo" del hecho, pues ello no es similar a hablar, como decía ROXIN, de acciones imprudentes "objetivamente dolosas", sino más bien sería una expresión similar a la de "favorecimiento objetivo del hecho", referida a la participación, que parece que nadie pondría en discusión (cuestión distinta es si el mero favorecimiento objetivo o incluso imprudente es punible)[42].

Por tanto, quizá podría hablarse ya de "dominio objetivo o control objetivo del hecho", existente, con independencia de la voluntad del agente, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes[43]. Pero, como ha destacado LUZÓN PEÑA[44], podría parecer que lingüísticamente (o incluso conceptualmente) las expresiones "dominio del hecho" y "control" "requieren una actuación de dirección querida, para llegar a ser realmente 'dueño del hecho'" y que en el uso del lenguaje sólo por extensión podría hablarse de "control objetivo" o "dominio objetivo". Como la cuestión resulta al menos dudosa, parece preferible renunciar al empleo de la expresión "dominio objetivo del hecho" para evitar un rechazo con origen en los usos lingüísticos habituales, debiendo destacarse y precisarse la *base objetiva del dominio del hecho* como característica objetiva de la situación y de la conducta que permite, como regla general, apreciar autoría

[42] Toda la argumentación precedente en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 579 s. Admite la posibilidad de la existencia de un dominio objetivo del hecho, incluso en acciones fortuitas (o también en la actuación de factores naturales), aunque hablando entonces de "'autor' entre comillas o en sentido figurado, amplio o translaticio (por extensión) del hecho en la indicada acepción naturalística", "autor –en sentido amplio– del hecho" o "de la parte objetiva del tipo estricto o positivo", LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 908 s. y n. 39 (Estudios Penales 1991, 219 s. y n. 39), modificando su anterior opinión en RDCir 1984, 281 = DPCir, 2.ª 1990, 98, de que no podía ser autor de un hecho quien actuara sin dolo ni imprudencia (si bien incluso en ese trabajo señalaba que quien actúa fortuitamente "no es autor *de un hecho típicamente antijurídico*", lo cual es rigurosamente cierto, no tanto porque falte la autoría, sino por ausencia de tipo subjetivo). V. también LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 511.

[43] Así, LUZÓN PEÑA, RDCir 1984, 278 ss. = DPCir, 2.ª 1990, 92 ss.

[44] LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 893 s. (Estudios Penales, 1991, 203 s.). Siguiéndole, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 581, entre otras pp.

y no mera participación en el delito imprudente, pero también como característica definidora de la autoría en los delitos dolosos, en los que, si además concurre voluntad consciente, podrá hablarse sin problemas ya de dominio del hecho.

Esa característica de la autoría (en los delitos de resultado) es denominada por LUZÓN PEÑA "**determinación objetiva del hecho**", del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. En ella se encuentra la base objetiva de la autoría, es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. Tal conducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico, fija el si y el cómo de éste e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección (en los delitos de resultado, hacia la producción del resultado)[45]. Antes de seguir caracterizando (sobre todo como "**positiva**") esa determinación, conviene hacer algunas precisiones.

En primer lugar, hay que destacar una de carácter terminológico: la expresión española "determinación objetiva del hecho" o "del curso del hecho" debe entenderse precisamente en el mismo sentido en que por ejemplo WELZEL[46] habla de "supradeterminación" ("*Überdetermination*") (final) del acontecer del hecho, pero prescindiendo en la determinación objetiva del hecho precisamente de la voluntad y, por tanto, del prefijo "supra" ("*über*"). Pero, en todo caso, ha de subrayarse que no se trata aquí de ninguna manera de una *determinación al hecho* como en la inducción[47].

En segundo lugar, el que se afirme que la determinación objetiva del hecho como nota diferencial de la autoría es básicamente igual en los delitos dolosos y en los imprudentes, no implica que la presencia de dolo no posea ninguna influencia en la posibilidad de determinar objetivamente el hecho. Especialmente en los cursos causales prolongados, si hay dolo (en vez de imprudencia o caso fortuito), hay mayores posibilidades, pues el sujeto está preparado para cualquier eventualidad o modificación del curso de los acontecimientos y para contrarrestarlo; o porque el simple hecho de que el sujeto pasivo sepa que el autor sabe y quiere –dolo- ya puede ser más eficaz sobre la

[45] LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 894 s. (Estudios Penales, 1991, 204 s.) y *passim* (en la n. 18 cita ampliamente LUZÓN a autores que antes que él se han servido de la expresión "determinación" o similares para caracterizar la autoría); Curso PG I, 1996, 509 ss. Siguiéndole, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 631 ss. y *passim* (entre otras pp. y lugares).

[46] WELZEL, Strafrecht, 11.ª 1969, 33 ss.

[47] Así lo advierte expresamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Roxin (Coimbra) 1995, 305 s.; más resumidamente en LH-Roxin (Barcelona) 1997, 322.

voluntad de aquél para que ceda o no intente evitar o escapar a la lesión del bien jurídico: piénsese en unas coacciones o amenazas –dolosas- con un arma de fuego a quienes pretendan pasar por una calle que unos matones ocupan como suya, y compárese con el caso de que el sujeto armado que charla con otro a la entrada de la calle, estando ostensiblemente distraído, no sea consciente de que unos transeúntes lo ven y se pueden atemorizar ante su presencia y dudar si pasar o no[48].

El concebir la determinación (el "dominio") del hecho como objetivo ha sido un aspecto central de nuestra concepción criticado por un sector de la doctrina española, especialmente desde las filas del finalismo ortodoxo. Así, especialmente CEREZO MIR[49] ha reprochado a nuestra concepción que se compagina mal con una concepción personal del injusto, o más en general, con una concepción del injusto que considere el dolo (o, en su caso, la imprudencia) como un elemento subjetivo esencial del injusto. Efectivamente, aun sin compartir la teoría finalista, consideramos, con la doctrina prácticamente unánime en Alemania y cada vez más dominante en España, que el dolo pertenece a la parte subjetiva del tipo de injusto, pero ello para nada impide que se destaque lo que es propio y peculiar de la autoría: la determinación objetiva del hecho, exigiéndose para que se dé el tipo de injusto otros elementos, unos objetivos, como la causalidad o la imputación objetiva en los delitos de resultado, y otros subjetivos, como el dolo (o la imprudencia); es decir, que para defender que el dolo forma parte del tipo de injusto no hace falta afirmar el carácter subjetivo de los demás elementos (entre otros, la autoría) que componen ese tipo de injusto[50].

c) ¿Carácter negativo o positivo?

La concepción de la autoría que defendemos no conduce a resultados muy diferentes que otras versiones más habituales de la teoría del dominio del hecho en la autoría inmediata individual o unipersonal ni en la autoría mediata en los delitos dolosos (en ésta, naturalmente, hay discrepancias respecto de qué supuestos constituyen esta clase de autoría y cuáles no, pero ello sucede en general dentro de los defensores de la teoría del dominio del hecho), aunque creemos que sí aporta algunas precisiones, en las que aquí

[48] LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 (Estudios Penales, 1991, 208). Por otra parte, como hemos visto en el ejemplo de los médicos y la inyección, la presencia de dolo en el sujeto de atrás y la ausencia de él en el de delante puede influir en la fundamentación de que un sujeto realiza la conducta a través de otro, aunque ello no significará por sí solo que exista autoría mediata, sino actuación (autoría o participación) mediata.

[49] En diversos lugares, p.ej. últimamente CEREZO, PG-Lecciones, 2.ª 2000, 187 y n. 25.

[50] Así ya aproximadamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 581 n. 154.

no podemos detenernos, respecto de las concepciones al uso[51]. Sin embargo, es en la coautoría donde se produce una mayor divergencia entre las concepciones mayoritarias, especialmente de la teoría del dominio del hecho, y la nuestra.

Prescindiendo de otras concepciones que diseñan el dominio del hecho en la coautoría de forma que el mismo, en ocasiones, viene prácticamente a coincidir con el acuerdo previo en la actuación, cosa que nos parece inaceptable, centraremos nuestra atención en la idea, mucho más matizada, del dominio funcional, diseñada por ROXIN y aceptada por diversos autores en Alemania y por la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho en España, aunque no siempre se utilice esa terminología[52].

Extrayendo, para resumir, una frase de la mucho más rica exposición de ROXIN sobre lo que sea el dominio funcional caracterizador de la coautoría en los delitos de dominio[53], posee éste y por tanto "es coautor ... todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa"[54]. La construcción se basa en las ideas del autor como figura central del acontecer típico, de la división del trabajo y de que, en la manera señalada, cada sujeto no sólo domina su propia aportación, sino que participa en el dominio conjunto del hecho[55]. Los concretos elementos del dominio funcional del hecho son el plan común, que no es algo tan estricto como un plan detallado o un acuerdo

[51] Respecto de la autoría inmediata individual, v. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 911 ss. (Estudios Penales, 1991, 221 ss.), donde, de la mano de diversos ejemplos, demuestra que la actuación de propia mano no es siempre decisiva para caracterizar la autoría inmediata o directa individual, sobre todo por existir casos en que una persona que interviene sola y de propia mano en el curso causal no obstante no es autor, sino partícipe impune de la "cuasi-autoría" o "autoría" en sentido extensivo y figurado de la fuerza natural, porque se limite a favorecer o facilitar la eficacia autónoma de la fuerza natural sin llegar a determinar objetiva y necesariamente su curso (aunque en los casos en que alguien interviene junto a un fenómeno natural ya actuante hay que extremar el cuidado, pues por el carácter ciego y automático del fenómeno natural, es más fácil que el sujeto determine forzosamente a través del mismo el curso de los acontecimientos y sea autor; así lo señala también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 643 s.); según LUZÓN PEÑA, las manifestaciones de simple participación objetiva impune en la eficacia determinante de fenómenos naturales sobre el curso causal podrá tener especial relevancia en el campo de las actuaciones imprudentes, mucho más que en el de las dolosas; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 639 ss. Respecto de la autoría mediata, v. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 910 s. (Estudios Penales, 1991, 220 s.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 645 ss.

[52] V. múltiples referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 651 ss.

[53] Tal exposición puede verse en ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 275 ss., 684 ss.; Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, 519 ss.; LK, 11.ª ed. 1993, § 25/153 ss. Una exposición resumida, con la correspondiente y amplia valoración crítica, de la concepción general de ROXIN sobre el dominio del hecho es abordada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 583 ss. (sobre el dominio funcional, especialmente 596 ss., 651 ss., donde se desarrolla más detenidamente la exposición del texto, se valoran diversas posiciones y se expone la propia).

[54] ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 280.

[55] V. p.ej. ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 278 s.

expreso y previo[56], la esencialidad de la contribución del sujeto concreto para el éxito del plan común, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía)[57], y, por fin, que la contribución esencial se produzca en la fase ejecutiva[58].

Consideramos insuficiente el criterio del dominio funcional para fundamentar con carácter general la coautoría, desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor desarrollado de forma estricta que hemos adoptado. Es requisito necesario para poder hablar de coautoría la existencia de un acuerdo de voluntades, entendido como una especie de dolo común (al menos en la coautoría dolosa), porque sólo así se respeta el principio de responsabilidad subjetiva y, sobre todo, porque es el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos lo que permite hablar de una *acción conjunta* que supera a las acciones parciales de cada uno, si bien esto no es suficiente para sustentar ya la coautoría, pues el siguiente paso será contrastar si esa acción conjunta es una acción de autoría (típica, por tanto)[59].

En cuanto a la esencialidad de la contribución, al margen de que es dudoso que en algunos ejemplos de coautoría de los que ofrece ROXIN se pueda hablar de "figura central"[60], y de las dificultades en la determinación de cuándo hay esencialidad[61], que no invalidan por sí solas el criterio del dominio funcional, lo fundamental es que la esencialidad de la que habla ROXIN no confiere al sujeto un dominio del hecho "con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato", en palabras de

[56] Así, ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 285; JA 1979, 519; LK, 11.ª 1993, § 25/173 ss.

[57] ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 278 ss., 283; Sobre la autoría y la participación en el derecho penal (trad. de BACIGALUPO), en: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, 1970, 67 s.; JA 1979, 523 ss.; LK, 11.ª 1993, § 25/189 ss.

[58] ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 294 ss.; Homenaje-J. Asúa 1970, 67 s.; JA 1979, 522 s.; LK, 11.ª 1993, § 25/179 ss.

[59] Más detenidamente, sobre el papel que asignamos al acuerdo en la coautoría, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 653 s.

[60] Aunque creemos que ello no es demasiado relevante. V. la crítica a ROXIN realizada por GIMBERNAT, Autor, 1966, 146 ss., y la opinión al respecto de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 667.

[61] En este sentido, acusando a ROXIN de una vuelta a la antigua teoría de la necesidad, GIMBERNAT, Autor, 1966, 149; similar, JAKOBS, AT, 1983, 515 s. Defendiendo el criterio de ROXIN frente a la crítica de Gimbernat, CEREZO, Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft, en: FS für Welzel, 1974, 652 s. (La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española, en su libro: Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, 177 s.). Relativizando la crítica de Gimbernat, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 668 s.

GIMBERNAT[62], o, más concretamente, como señala LUZÓN PEÑA[63], el dominio que confiere la prestación de cualquier contribución esencial es puramente negativo (aunque más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva). El que realiza una aportación esencial, lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el "si" ("*ob*") del hecho, detenta un poder sobre el "no", sobre la "no producción" del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo (que no todos lo serán), por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otro la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente sin embargo el robo. Entre ellos hay por tanto una diferencia de grado de dominio, que, desde la perspectiva por nosotros adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, ésa será la conducta de autoría[64].

---

[62] GIMBERNAT, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts, ZStW 80 1968, 933 s.

[63] LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 895 s., 896 n. 23 (Estudios Penales, 1991, 205 s., 206 n. 23); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 669 ss., 675 s. Reconoce también el carácter meramente negativo del dominio funcional del hecho una partidaria del mismo como VALDÁGUA, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 1986, 871, pero considerándolo suficiente para fundamentar la coautoría.

[64] ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 686, discrepa (en contestación a lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) en cuanto a que el dominio que se deriva de la tesis del dominio funcional del hecho sea meramente negativo, aduciendo que en el ejemplo de quien sujeta a la víctima (para nosotros partícipe, para él coautor) mientras otro le clava el cuchillo, el que sujeta realiza mediante la "preparación" o "puesta a disposición" de la víctima una aportación a la realización del tipo tan "positiva" como la del que clava el cuchillo, siendo el fracaso del plan en caso de que desista de su aportación tan sólo el reverso "negativo" de ese co-dominio positivo. Por tanto, no habría diferencia con la situación del que clava el cuchillo, de modo que nuestra pretendida diferenciación no puede fundamentar una diferente valoración de las aportaciones parciales. Pues bien, la verdad es que decidir dónde acaba un dominio "negativo" y uno "positivo" es siempre discutible, entre otras cosas porque depende del contenido que se quiera dar a esas expresiones. También es verdad que la fijación de los límites de la coautoría es una cuestión que en buena medida depende de consideraciones e interpretaciones valorativas y no viene expresamente resuelta por la ley. Por tanto, la diferente influencia en el acontecer típico que existe entre quien sujeta y quien clava el cuchillo en relación con la muerte de la víctima (parece que quien clava el cuchillo atenta de modo más directo contra el bien jurídico vida, que la decisión determinante de matar queda en sus manos, etc.) puede no considerarse relevante para la existencia o no de (co)autoría, entre otras cosas dependiendo de las consecuencias penológicas que ello conlleve y que, como enseguida veremos, resultan insatisfactorias en Derecho alemán si se niega la coautoría del que sujeta. Ello no sucede, como enseguida se comprobará, en el Derecho penal español, por lo que es más sencillo mantener un concepto altamente restrictivo de autor (con sus ventajas) que responda a la idea de estricta realización típica (aquí, "matar"), sin tener que restringir de algún modo lo que antes se ha extendido en exceso (eso sucede cuando, tras exigir esencialidad de la contribución, se pide actuación en fase ejecutiva, lo cual no parece lógico si lo que decide el co-dominio es que la retirada de la aportación del sujeto desbarate el plan, pues ello sucede respecto de la aportación de

Por fin, el requisito de actuación en fase ejecutiva es, en principio, en cierta medida contradictorio con la idea de ROXIN de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con sólo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria[65]. Realmente creemos que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente RUDOLPHI al referirse a la "adscripción al tipo" ("*Tatbestandbezogenheit*") del concepto de dominio del hecho en la coautoría[66]. Pero, en definitiva, y desde nuestra perspectiva, la exigencia de actuación en fase ejecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones que la de quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila en un robo y quien toma la cosa; más bien creemos, como hemos señalado, que guardan una relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores[67].

En definitiva, la idea del dominio funcional no nos parece adecuada para caracterizar la coautoría, porque amplía (aunque de manera más tolerable que otras concepciones menos exigentes en materia de coautoría) el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo, perdiéndose con ello en parte las ventajas que hacían aconsejable optar por un concepto restrictivo de autor[68].

Por tanto, como la autoría es una forma de autoría en sentido estricto, en ella se trataría de la realización conjunta de la acción típica por más de un sujeto, lo que se concreta en los delitos puramente resultativos mediante el criterio de la *determinación*

algunos intervinientes en la fase previa). No obstante y como siempre, las observaciones de ROXIN deberán ser meditadas más detenidamente.

[65] Así ya GIMBERNAT, Autor, 1966, 149 s. En este sentido se puede entender la (algo exagerada en sus términos) crítica de LESCH, GA 1994, 124 s. a la exigencia de actuación en fase ejecutiva también por parte de BOTTKE, Täterschaft, 1992, 90. BOTTKE, como los autores que con ROXIN sustentan esa exigencia, fuerza su concepto de (co)autoría con este requisito para no alejar la coautoría de la realización típica; para quienes, como LESCH, GA 1994, 118 (con especial claridad), no identifiquen (co)autoría y realización típica la exigencia de actuación en fase ejecutiva pierde sentido.

[66] RUDOLPHI, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft, FS für Bockelmann, 1979, 369 ss. (*passim*); la preocupación de este autor por que la autoría, de la clase que sea, no rebase el ámbito de lo típico, se observa también en su trabajo Täterschaft und Teilnahme bei der Strafvereitelung, FS für Kleinknecht, 1985, 383. La idea de la adscripción al tipo (*Tatbestandsbezogenheit*) ha sido adoptada literalmente, al menos, por BLOY, Beteiligungsform, 1985, 369.

[67] V., más detenidamente, la valoración del requisito de la actuación en fase ejecutiva de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 672 ss.

[68] En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 675 ss. (entre otras pp.).

positiva conjunta del hecho[69]. El acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen. Pero ello no es suficiente para hablar de coautoría, pues también explica acciones conjuntas de coparticipación y podría hablarse incluso de un hecho conjunto de todos los intervinientes en la empresa delictiva en la línea de un concepto unitario de autor[70]. Por tanto, para que esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos[71].

Este concepto de coautoría es claramente más restrictivo que los que normalmente se defienden en la doctrina[72], y sólo alcanzaría a los supuestos de *actuación correlativa* de varios sujetos de los que sólo del conjunto (y no ya de alguno de sus individuos) pueda decirse que realiza el tipo o determina positivamente del hecho.

Un concepto tan restrictivo de coautoría conduce probablemente a algunos resultados insatisfactorios en el Derecho penal alemán[73], pues, si quienes poseen un mero

---

[69] Sobre ésta, resumidamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 677 s., 690; también LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898, 906 s. (Estudios Penales 1991, 201, 216 s.); Curso PG I, 1996, 510.

[70] Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 524 ss., 652. En sentido similar, SCHMIDHÄUSER, AT Lb., 2.ª 1975, 505; BLOY, Beteiligungsform, 1985, 367.

[71] Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 653 n. 381, 677, 690, entre otras pp.

[72] Así lo pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 677, con ejemplos en las pp ss.; también, negando que exista coautoría en los supuestos comúnmente denominados de "coautoría" alternativa y aditiva, en Política criminal 1997, 324, 328 s. y *passim*.

[73] Ello, entre otras cosas, podría explicar el que a ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 686, le parezca que nuestra concepción (personalizada por el insigne autor alemán en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que es, efectivamente, aquel de los dos firmantes de este trabajo que más se ha ocupado de la coautoría) restringe en exceso la coautoría, de modo que los casos que abarcaría ya estarían la mayoría de las veces comprendidos en la autoría inmediata (individual), es decir que cada uno de "nuestros" coautores ya sería autor inmediato (se podría hablar de pluriautoría –*Mehrtäterschaft*–) De esta forma estaríamos excluyendo de la coautoría los casos realmente relevantes en la práctica. Ciertamente, nuestro concepto de coautoría es bastante estricto, pero no parece correcto decir que los que nosotros calificamos de coautores ya puedan ser considerados autores inmediatos individuales. En el ejemplo del hurto que ROXIN utiliza contra nuestra tesis, es verdad que cada uno de los que toma una cosa ya es autor individual de un hurto (y, por lo tanto, se le puede castigar como autor del delito del § 242 StGB), pero de un hurto sólo de la cosa que cada cual toma, mientras que la existencia del plan común y del reparto de tareas los convierte en coautores del conjunto del hurto (de todas las cosas); ello puede parecer irrelevante, si se considera que la cuantía de lo hurtado no es suficiente para constituir un caso especialmente grave de hurto del § 243 StGB (aunque, al menos, podrá ser tenida en cuenta en la determinación de la pena); pero imaginemos que la acción de cada sujeto sólo constituye un hurto-bagatela que se considere penalmente irrelevante: sólo mediante el recurso (aquí justificado) a la coautoría el hecho deja de ser "bagatela" y pasa a ser punible (en el Derecho penal español se aprecia aún mejor la trascendencia en muchos casos de que se trate de una autoría individual o una coautoría, pues la cuantía de lo hurtado separa la falta –infracción penal menos grave– de hurto –art. 623.1 CP, cuando el valor de lo hurtado no exceda de cincuentamil pesetas– del delito de hurto –art. 234 CP–, previéndose además una agravación de éste cuando el hurto "revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos" –art. 235.3, primer supuesto, CP–). Además, existen otros ejemplos en que de ninguna manera quienes actúan conjuntamente podrían ser considerados ya autores individuales del delito (consumado): así, por ejemplo, cuando la muerte de una persona se produce sólo por la conjunción

dominio negativo –no positivo– del hecho no son calificados de coautores (§ 25.2 StGB), tendrán que serlo sólo de cómplices (§ 27) StGB, con la consiguiente rebaja obligatoria de pena, resultando un insuficiente castigo de partícipes de gran importancia para la realización del conjunto del hecho. Por ello, es comprensible que la doctrina alemana amplíe el concepto de autor en la coautoría, sobre todo si se hace dentro de unos límites relativamente estrechos, como es el caso de quienes defienden el criterio del dominio funcional del hecho como lo configura ROXIN. Así y todo, esta extensión del concepto de autoría le priva de o, al menos, hace menos evidentes las ventajas alegadas en favor de un concepto restrictivo de autor. Este problema no se produce en el Derecho español, pues éste cuenta con dos figuras de cooperación: la necesaria (art. 28, 2.º inciso, b CP), conminada con la pena de la autoría, y la no necesaria o complicidad (art. 29 CP), para la que se establece una rebaja obligatoria de pena (art. 63 CP), de manera que puede castigarse con la misma pena de la autoría, pero sin convertirlos en autores, a partícipes de especial importancia, como los que poseen un dominio negativo del hecho[74].

Por tanto, con la caracterización de la autoría mediante los criterios de la realización típica y la determinación objetiva y positiva del hecho hemos expuesto los rasgos fundamentales de nuestra concepción. Ha de advertirse que lo dicho no prejuzga el que, en casos especiales, puedan regir otros criterios de autoría, cuestión en la que aquí no podemos detenernos[75]. Aunque ya hemos indicado la validez de los criterios propuestos para los delitos imprudentes, pondremos de relieve brevemente a continuación las principales consecuencias de nuestra tesis para la autoría y la participación en esos delitos.

---

de las heridas provocadas por dos sujetos que se han puesto previamente de acuerdo. En cuanto a que nuestra concepción deja fuera de la coautoría los casos más relevantes desde el punto de vista práctico, creemos que la afirmación de ROXIN viene motivada por las consecuencias indeseables que la regulación de las formas de participación en el Derecho penal alemán se producen y que señalamos en el texto, pero que no alcanzan desde luego al Derecho penal español.

[74] Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 676 s., 693 ss., entre otras pp.; LH-Roxin (Coimbra) 1995, 306 s.; LH-Roxin (Barcelona) 1997, 325 ss. No obstante, en parte por influencia de la doctrina alemana y de la teoría del dominio del hecho, diversos autores españoles consideran que el cooperador necesario es un verdadero coautor siempre o en algunas ocasiones (cuando posea dominio –negativo- del hecho): v. las referencias en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 743 ss. (v. también LL 1996-2, 1285), lo cual nos parece, desde el punto de vista del mantenimiento de las ventajas de un concepto restrictivo de autor, menos explicable que en el Derecho alemán.

[75] V. p.ej. las reflexiones de LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 900 ss. (Estudios Penales 1991, 210 ss.); Curso PG I, 1996, 511, apuntando que, excepcionalmente, en supuestos y para sujetos concretos, los delitos imprudentes funcionen como delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), aunque no acepta que lo sean con carácter general, como sostuvo ROXIN hasta la 2.ª ed.. 1967 de Täterschaft (557 ss.), aunque posteriormente abandonó esta idea. V. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 635 n. 342.

IV. LA AUTORÍA EN EL DELITO IMPRUDENTE

a) ¿Concepto unitario o restrictivo de autor?

La opinión dominante en la doctrina alemana moderna defiende un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes (al menos en los de pura causación o resultado), considerando que no es posible o no es conveniente distinguir en ellos autoría y participación ni tampoco entre diversas formas de autoría, resultando autores inmediatos o directos todos los intervinientes imprudentes en el hecho que lo hayan favorecido, añadiéndose a menudo, eso sí, que no basta con que hayan contribuido causalmente al resultado, sino que éste debe ser objetivamente imputable a su conducta (como no podía ser menos)[76]. El influjo del finalismo y de su concepción objetivo-subjetiva del dominio del hecho tienen sin duda que ver con este estado de opinión, que, según LUZÓN PEÑA[77] supone una falsa *petitio principii* y una situación de atraso y estancamiento de la teoría del delito imprudente en este punto.

Entre otros, se alegan en apoyo de este concepto unitario los argumentos de que el StGB exige dolo en la conducta del partícipe (§§ 26 y 27 StGB)[78] y la formulación causal de la mayoría de los tipos imprudentes, frente a la más estricta de los dolosos[79]. Pero tales argumentos no son decisivos. El primero podría interpretarse como la consagración en el StGB de la impunidad de la participación imprudente[80]. En cuanto al segundo, bastaría para desvirtuarlo acudir al análisis que realiza ROSO CAÑADILLAS[81], quien cuenta cuarenta y cinco tipos imprudentes en el StGB, de los cuales sólo poco más de la mitad (veinticuatro) utilizan en su redacción el verbo "causar" ("*verursachen*"), que aparece en treinta y cinco tipos más del StGB, en su mayoría delitos cualificados por el resultado, delitos dolosos y en algunas descripciones de conceptos. En algunos delitos imprudentes, junto a la utilización de este verbo, se alude a la descripción típica del correspondiente delito doloso. En definitiva, esta autora deduce de su análisis que los únicos tipos

[76] Así, por muchos, y con ulteriores citas WELZEL, Strafrecht, 11.ª 1969, 99 ss., 113 (entre otros lugares); ROXIN, LK, 11.ª 1993, § 35/217 ss.; SAMSON, SK I AT, 5.ª 1993, § 25/141; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 49.ª 1999, antes de § 25/10. Aunque ambas autoras defienden un concepto restrictivo de autor para los delitos imprudentes, v. las amplias referencias a la doctrina alemana mayoritaria moderna de PÉREZ MANZANO, Autoría y participación imprudente en el CP de 1995, 1999, 22 ss.; ROSO CAÑADILLAS, La autoría, tesis, 1999, 54 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 34 ss.]

[77] LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 890 (Estudios Penales, 1991, 199 s.).

[78] Así, por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996, 695.

[79] Por muchos y con diferentes matices HERZBERG, Täterschaft, 1977, 100; BOTTKE, Täterschaft, 1992, 23 ss.

[80] V., entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 132 n. 315.; ROSO, La autoría, tesis, 1999, 107 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 70 ss.] (ampliamente).

[81] ROSO, La autoría, tesis, 1999, 101 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 64 ss.]

imprudentes descritos en el StGB meramente como causación de un resultado son el homicidio imprudente (§ 222), las lesiones imprudentes (§ 229) y el incendio imprudente (§ 306 d). En consecuencia, creemos que la utilización de unos u otros verbos en la redacción típica casi siempre resulta demasiado aleatoria como para estimar que refleja decisiones normativas en este terreno; por ejemplo, tal vez en el caso del homicidio imprudente la expresión "causar la muerte" en vez de "matar" se deba a un cierto reparo del legislador en expresar que alguien (incluso aunque sea autor en sentido estricto) "mata" por imprudencia[82]. Desde un punto de vista políticocriminal tampoco aparece como evidente que todo interviniente imprudente deba quedar impune: ¿qué razón de peso puede aducirse para que un cómplice doloso en un hecho doloso reciba una pena inferior en grado a la del autor, mientras que la misma conducta objetiva, pero imprudente, que favorece el mismo hecho objetivo, pero imprudente, sea peor tratada equiparando su pena a la del autor imprudente? Llevando al absurdo el razonamiento (y prescindiendo de la prohibición de regreso), ¿por qué entonces no se castiga también el favorecimiento imprudente de un hecho más grave como el doloso?[83].

Ciertamente y probablemente por la falta de fundamentación dogmática y políticocriminal sólida, cada vez son más las voces que en la doctrina alemana introducen restricciones al concepto unitario mayoritario. Interesante es la fundamentación normativa de un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes que lleva a cabo recientemente RENZIKOWSKI[84], aunque en su concepción se echa de menos la formulación de un criterio practicable para distinguir entre autoría y participación en esos delitos. Más discutibles, aunque muy interesantes, resultan desde nuestra perspectiva las tesis de JAKOBS[85] o LESCH[86], quienes, sin llegar a un concepto restrictivo de autor, limitan algo la punición de la participación imprudente, pero tienen el defecto (en términos muy generales) de extraer de la teoría de la codelincuencia estos problemas, llegando a conceptos extensivos (o similares a los unitarios funcionales) de autor que tampoco resultan satisfactorios, y engrosando la categoría de la imputación objetiva hasta extremos

[82] Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Un sistema de Derecho penal en evolución, RDPCr, 2ª época, 2 1998, 417, atendiendo, en cuanto al ejemplo del homicidio imprudente, a una sugerencia de LUZÓN PEÑA.

[83] Este tipo de argumentación es común entre quienes rechazamos un concepto unitario de autoría en el delito imprudente, por lo que omitiremos la cita detallada.

[84] RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff, 1997, 123 ss., 150 s., 225 ss. y *passim*.

[85] JAKOBS, AT, 2.ª 1991, 21/111 ss. (entre otros); Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, 253 ss.

[86] LESCH, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, especialmente 184 s., 197 ss.; GA 1994, 119 ss. y *passim*.

que la hacen perder su sentido originario y que provocan la disolución de otras categorías penales más asentadas, cuya delimitación mediante el trabajo dogmático ya muy elaborado redunda en seguridad jurídica; por lo demás, especialmente la concepción de LESCH incurre en la contradicción de tratar a partícipes imprudentes como autores (aunque su carácter de partícipes se tenga en cuenta en la determinación de la pena) y de perder las ventajas ya apuntadas que (aunque sea de modo limitado) supone el principio de accesoriedad de la participación. Desde nuestro punto de vista, la posición diferenciadora de SPENDEL[87] posee la ventaja de acudir a un criterio objetivo, pero el inconveniente de partir de un concepto extensivo de autor. Todas las tesis (por lo demás con abundantes diferencias entre unas y otras) que parten de la dominabilidad o del dominio potencial del hecho[88] como característica de la autoría en el delito imprudente adolecen de un defecto de base: poder dominar no es aún dominar y una posibilidad de dominio la poseen incluso personas que no intervienen en el hecho. Las concepciones basadas en la prohibición de regreso[89] (a menudo muy diferentes entre sí) o en el principio (relacionado estrechamente con lo anterior) de autorresponsabilidad[90] muestran una

[87] SPENDEL, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974, 749 ss.

[88] Cfr. STRATENWERTH, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, FS für Eb. Shmidt 1961, especialmente 390 ss.; AT I, 3.ª 1981, nm. 1149 ss., pp. 305 s.; FRANZHEIM, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, 1961, 37 ss.; OTTO, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, FS für Maurach, 1972, 95 ss.; Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, 704 s.; Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, 258; Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht, Jura 1992, 97 s.; Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, FS für Spendel 1992, especialmente 277 ss.; Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 5.ª 1996, § 21/1 ss., 110 ss. (su posición podría incluirse igualmente en otro grupo); STAUSSACHER, Die Teilnahme am fahrlässigen Delikt, tesis doct. Univ. Zürich, 1980, 39 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 6.ª 1984, § 47/63 ss.; 7.ª 1989, § 47/102 ss. (con cambio de opinión); o BLOY, Beteiligungsform, especialmente 124, 142 ss., 227. Evidentemente, la crítica manifestada en el texto es demasiado global y no hace justicia a todas estas opiniones, cuyo análisis merecería una contemplación más detallada de la que aquí es posible. Ha de advertirse que LUZÓN PEÑA, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente, RDCir 1984, 278, 281 = DPCir, 2.ª. 1990, 92, 99; La "determinación objetiva del hecho", ADPCP 1989, 897, 899 s. (Estudios Penales, 1991, 207, 209 s.), también alude al dominio potencial, si bien advierte expresamente que se trata, no de la mera posibilidad de dominio, sino de una "fórmula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva del curso causal provocador del resultado y de que la misma es susceptible, capaz, de transformarse en auténtico dominio del hecho en caso de dolo ... se trata sobre todo de una fórmula *heurística* y auxiliar para precisar en casos dudosos cuándo se puede afirmar que una conducta imprudente determina objetivamente el hecho: cuando la acción de intervención en el hecho esté configurada de tal manera que en caso dolo habría habido dominio final del hecho". DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 637, manifiesta sus dudas respecto de la conveniencia de acudir a tal fórmula, por los equívocos que puede producir.

[89] Cfr. LAMPE, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 1959, 611 ss.; WEHRLE, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regreßverbot?, 1986, especialmente 81 ss., 105 ss.

[90] Cfr., entre otros, WELP, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, 276 ss.; SCHUMANN, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, 1986, especialmente 6 ss., 110 ss.; WALTHER, Eigenverantwortichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken, 1991, 88 ss., 111 ss., 126 ss. y *passim*; DIEL, Das Regreßverbot als allgemeine

loable tendencia a la restricción de la responsabilidad penal del primer actuante imprudente, pero no ofrecen desde luego criterios (aunque sí algunos principios) practicables para distinguir autoría y participación imprudente[91].

El panorama en la doctrina moderna española es diferente, pues mayoritariamente se acepta la posibilidad de distinguir autoría y participación también en los hechos imprudentes[92]. Importante en la creación de este estado de opinión fue el argumento aportado en su día por RODRÍGUEZ MUÑOZ[93], sobre la base de la regulación de la imprudencia en el CP 1944/73, de que la conducta objetiva es la misma en los delitos dolosos y en los imprudentes[94]. Con el cambio de sistema de castigo de los delitos imprudentes operado en el vigente CP 1995, el argumento derivado de la ley no es tan evidente[95], pero, en cualquier caso, se sigue manteniendo por la doctrina mayoritaria la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes, desde diversas teorías (aunque las excepciones a esta doctrina mayoritaria suelen venir precisamente de los defensores de la teoría del dominio –final o consciente- del hecho, que se encuentran con las mismas dificultades para aplicar este criterio que la doctrina alemana mayoritaria[96]). La razón última, se diga o no se diga, es casi siempre la de carácter políticocriminal anteriormente

---

Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997, especialmente 315 ss., 330 ss. (combina principio de autorresponsabilidad y dominabilidad)

[91] Evidentemente, la enumeración de intentos de restricción que precede y la valoración crítica realizada son muy insuficientes. Mucho más amplia es la exposición y valoración de todas ellas que ofrece ROSO, La autoría, tesis, 1999, especialmente 152 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 77 ss.], con múltiples ulteriores referencias, a menudo apoyadas en las opiniones de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Esta autora, discípula de LUZÓN PEÑA, comparte en líneas generales nuestras tesis sobre la autoría.

[92] Para evitar largas citas, remitimos aquí a las instructivas y completas exposiciones de *Pérez Manzano*, Autoría 1999, 27 ss., y más ampliamente ROSO, La autoría, tesis, 1999, 309 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 218 ss.] (doctrina antigua), 334 ss., 415 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 234 ss., 315 ss.] (doctrina moderna), con explicación de los argumentos de las diversas posturas y amplias referencias doctrinales. Ambas autoras defienden un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes (y ambas consideran además impune la participación imprudente).

[93] RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas de Derecho español al Tratado de Derecho Penal de E. Mezger I, 2.ª 1946, 204 ss., 207. No se refería aquí este autor estrictamente al tema de la autoría y la participación, sino que realizaba consideraciones generales sobre la naturaleza de los delitos imprudentes en el CP de la época.

[94] El CP 1944/73 castigaba los delitos imprudentes mediante un sistema de *numerus apertus*, en el cual unas cláusulas genéricas de castigo de las diferentes formas de imprudencia se ponían en conexión con los correspondientes tipos dolosos. Así, el primer párrafo del art. 565 de ese CP, en su última versión, señalaba en referencia a la imprudencia temeraria: "El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de ...". Por tanto, el argumento era que el *hecho* era el mismo en los delitos dolosos y en los imprudentes.

[95] El nuevo CP establece un sistema de castigo excepcional y de *numerus clausus* similar al del StGB. No obstante, el argumento legal no puede considerarse totalmente inválido, pues, junto a tipos imprudentes que describen de modo autónomo la conducta típica, otros se remiten a los *hechos* o a los *delitos* de los artículos anteriores (o fórmulas similares), es decir a descripciones de delitos dolosos.

[96] Paradigmático en este sentido CEREZO, PG-Lecciones, 2. ª 2000, 187, 203 ss. (por citar sólo el último de sus trabajos en que se pronuncia en ese sentido, pues su postura la ha expuesto desde hace ya mucho tiempo también en otros), quien niega también (191, 197) la posibilidad de autoría mediata y de coautoría imprudentes.

apuntada: no existen razones para tratar (comparativamente) peor a quienes meramente favorecen imprudentemente un hecho imprudente que a quienes favorecen dolosamente un (más grave) hecho doloso.

Dentro de esta doctrina mayoritaria española, lo que se discute es si la participación imprudente se castiga conforme a las reglas generales en todos o en algunos casos o si resulta siempre impune[97]. Como esta última es una cuestión interna del Derecho español, no nos detendremos en ella, aunque señalaremos que nos parece que la participación imprudente ha de resultar impune[98], por algunas razones derivadas de la propia regulación positiva de la participación (y quizá de la imprudencia) en el Derecho español, pero, sobre todo, por una razón de política criminal: dado que la participación en los sistemas restrictivos de autoría supone una extensión de la tipicidad, que el castigo de la imprudencia es excepcional y que la gravedad de los hechos imprudentes es (a igualdad de injusto objetivo) menor que la de los dolosos, conviene realizar una interpretación restrictiva, sustentada en el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, excluyendo de la tipicidad y, por tanto, de la punición las formas de mero favorecimiento imprudente (que no reúna las características de la autoría) –y más aún las de favorecimiento meramente objetivo- de hechos imprudentes o dolosos, sin perjuicio de que las de favorecimiento imprudente puedan constituir un ilícito extrapenal. Es posible que esta solución conduzca a resultados insatisfactorios en algún caso particular cuyas peculiaridades hagan más peligrosa la participación imprudente; para tales casos puede recurrirse a la tipificación como delito autónomo de esa figura de favorecimiento o participación imprudente[99]. Como puede apreciarse, de ser correcta esta opinión, la misma encajaría perfectamente en la regulación del StGB, pues sus §§ 26 y 27 excluyen expresamente de las formas de participación en sentido estricto las conductas imprudentes.

Con independencia de la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente, consideramos por tanto conveniente y posible mantener un concepto restrictivo de autor

[97] Sobre las diversas opiniones al respecto, nos remitimos nuevamente a los trabajos de PÉREZ MANZANO, Autoría, 1999, 81 ss., y ROSO, La autoría, tesis, 1999, 514 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 395 ss.]. Ambas autoras defienden la impunidad de la participación imprudente.

[98] Así LUZÓN PEÑA, RDCir 1984, 278 ss. = DPCir, 2.ª 1990, 92 ss.; ADPCP 1989, 902 ss. (Estudios Penales 1991, 212 ss.); Curso PG I, 1996, 507 ss., entre otros lugares (de hecho LUZÓN PEÑA es probablemente el autor que más ha influido en la doctrina reciente en el sentido de considerar impune la participación imprudente); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 283 n. 94; RDPCr 2 1998, 416 s., entre otros lugares.

[99] Así LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 902 (Estudios Penales, 1991, 212 s.).

en los delitos imprudentes, que ofrecería las mismas ventajas que en los delitos dolosos. Creemos además que el criterio caracterizador de la autoría que proponemos, especialmente en los delitos de resultado, es decir, la determinación objetiva y positiva del hecho, posee la ventaja de resaltar la característica específica de la autoría en todos ellos y servir por tanto, como ya hemos señalado, también para los delitos imprudentes.

Dicho esto, no obstante, como plantea LUZÓN[100], conviene dejar abierta la posibilidad de que la propia naturaleza de la determinación meramente objetiva del hecho en el caso de la imprudencia, en comparación con el dominio voluntario del hecho propio del dolo, pueda conducir, al menos en algunos casos a un concepto de autoría para los delitos imprudentes más amplio –o más restringido- que el de los delitos dolosos de resultado. El indagar a fondo esta posibilidad excede los límites de este trabajo.

Para concluir, dado que de nuestros postulados se deriva que es posible distinguir en el delito imprudente entre diversas formas de autoría y entre autoría y participación, citaremos a continuación algunos ejemplos, a modo de pequeña ilustración y sin que sea posible aquí una fundamentación más detallada.

b) Las formas de autoría en el delito imprudente

Puesto que la base objetiva de la autoría en los delitos imprudentes es, para nosotros, la misma que en los dolosos, ello significa que también en la imprudencia cabe distinguir las mismas formas de autoría que cuando hay dolo. La menos problemática es la *autoría inmediata o directa individual o unipersonal*, cuando sólo una conducta imprudente es determinante objetivamente del hecho[101].

La *autoría mediata* imprudente tendrá lugar cuando, aunque sea sin quererlo, una conducta no cuidadosa determina, marca forzosamente el sentido y curso de una segunda conducta imprudente –o a veces incluso fortuita- que a su vez determina objetiva e inmediatamente el hecho, pero funcionando como mero instrumento de la primera, es decir, sin que la decisión de actuar haya sido plenamente consciente y libre. Aquí, no podrá afirmarse del autor mediato imprudente que realiza y determina el hecho utilizando o empleando consciente y voluntariamente a otro como instrumento (desde luego, no en

[100] LUZÓN PEÑA, RDCir 1984, 278 = DPCir, 2ª 1990, 92; ADPCP 1989, 900 (Estudios Penales 1991 210).

[101] V. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 (Estudios Penales, 1991, 208); PG I 1996 (509). Recuérdese, no obstante, lo advertido por LUZÓN (*supra* n. 53) sobre esta forma de autoría y la actuación de propia mano. Por otro lado, cuando simultáneamente tengan lugar varias conductas, cada una de las cuales realice totalmente el tipo, podrá hablarse de *pluriautoría* (*Mehrtäterschaft*).

la imprudencia inconsciente, aunque tal vez sí en la consciente), pero sí que realiza y determina el hecho a través de la conducta de otro que objetivamente funciona como instrumento del primero. Ello no sucederá sólo cuando la primera actuación imprudente fuerce o provoque falta de responsabilidad en la actuación del segundo, sino también cuando la primera conducta imprudente, por proceder de alguien con especial obligación o competencia o con una posición de superioridad (no es posible matizar aquí de qué grado), provoque error o suponga presión, coacción u orden para el ejecutor, que a su vez omite la prudencia debida. Ello sucede, por ejemplo, cuando un ingeniero industrial diseña una determinada maquinaria con fallos en el sistema de funcionamiento, o de sustentación o anclaje, que hicieran peligroso su funcionamiento posterior y, pese a que los defectos deberían haber sido reconocidos por los mecánicos cualificados encargados del montaje de la maquinaria, éstos no lo noten, confiados en la competencia del ingeniero, o se sientan especialmente presionados y no se atrevan a manifestar sus dudas, confiando finalmente en que no pase nada, por lo que efectúan la instalación de la maquinaria, que, al entrar en funcionamiento, provoca un accidente. Otro ejemplo de autor mediato imprudente puede ser el de la persona (supongamos que un policía de tráfico) que, sin el debido cuidado, da instrucciones erróneas a un conductor que realiza una maniobra de aparcamiento de manera incorrecta y fiándose de las instrucciones recibidas de quien dirige la maniobra, provocando daños personales o en las cosas con relevancia penal[102].

La *coautoría* imprudente se producirá cuando sólo la conjunción de varias conductas no cuidadosas realizadas de común acuerdo (que, igual que sucede en la coautoría dolosa, no ha de tratarse de un acuerdo estricto y expreso) determina (y, por tanto, las diversas conductas co-determinan) el curso del hecho. Ello ocurrirá en múltiples supuestos de división de funciones o tareas o de trabajo en equipo, cuando se trate de posiciones coordinadas (de igualdad, si se quiere) y no de supra- y subordinación (por ejemplo, en la construcción de obras o viviendas, en el tratamiento médico y quirúrgico, etc.). También podrá apreciarse coautoría imprudente incluso en supuestos de imprudencia consciente por parte de quien ejecuta u ordena ejecutar la acción determinante del resultado, pero en los que la primera acción que aparentemente sólo

[102] Con mayor detalle y con estos y otros ejemplos, sobre la autoría mediata imprudente LUZÓN PEÑA, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente, RDCir 1984, (275 ss.), 280 ss. = DPCir, 2.ª 1990, (81 ss.), 98 ss.; ADPCP 1989, 898, 906 (Estudios Penales, 1991, 208 s., 216 s.); Curso PG I 1996, 509 s. V. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 634 s. n. 342.

colabora con o incita imprudentemente a la segunda, realmente es absolutamente co-determinante de la producción del acontecer típico, ya que la segunda lo determina no por sí sola, sino únicamente en unión de la primera sin que, por otra parte, quien realiza la segunda acción actúe como mero instrumento del que realiza la primera. Así, por ejemplo, un maestro de obras se presta voluntariamente, de acuerdo con las sugerencias del constructor y movidos ambos por el mismo ánimo de lucro, a construir un edificio con materiales de escasa calidad suministrados por el constructor, o con insuficiente proporción de cemento en el hormigón, lo que posteriormente da lugar a una catástrofe por hundimiento del edificio. La conducta del constructor es más que incitación o colaboración imprudente, pues, como de él dependen los empleados (y el material), su intervención es tan determinante en la construcción de la obra como la del maestro de obras: sólo la conjunción de ambas co-determina objetiva y positivamente el curso del hecho, y por tanto hay coautoría imprudente (en este caso normalmente coautoría mediata imprudente por utilización de los obreros como instrumentos inconscientes o no libres)[103].

Por fin, la *autoría accesoria* (aunque es dudoso que se trate de una figura autónoma de autoría como las anteriores) imprudente tendrá lugar cuando dos o más acciones descuidadas, efectuadas separadamente sin consciencia ni acuerdo recíprocos (se trata por tanto de un caso –no el único- de "concurrencia de culpas"), sin embargo co-determinan objetivamente el hecho. Ello sucede, por ejemplo, cuando el conductor de un coche, al llegar a un cruce, no respeta una señal de "stop" y se introduce sin detenerse en la vía preferente, y otro automovilista que llega por esta vía preferente lo hace desatento y a gran velocidad, sin respetar el límite de velocidad que había al acercarse al cruce, por lo que chocan ambos vehículos y, por ejemplo, se produce la muerte de algún o algunos pasajeros de uno o ambos vehículos. A diferencia de lo que ocurre en supuestos semejantes de autoría accesoria dolosa, en que si cada una de las conductas era insuficiente para producir el resultado, éste no podrá imputarse objetivamente a ninguna de las conductas dolosas y sólo habrá tentativas inidóneas (salvo que, en algunos casos, pueda establecerse simultáneamente una responsabilidad por imprudencia), en la autoría accesoria imprudente serán mucho más frecuentes (aunque no será la única posibilidad) los supuestos en que el resultado sea imputable a las dos o, al menos a una de las conductas imprudentes, por ser objetivamente previsible la posible concurrencia de otra

[103] Sobre la coautoría imprudente, en términos casi idénticos a los del texto, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 s., 906 s. (Estudios Penales 1991, 209, 217); Curso PG I 1996, 510. V. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 635 n. 344.

conducta (imprudente o diligente) que co-determine el curso del hecho, es decir, por ser adecuada esa forma (curso causal) de producirse el resultado, y por suponer éste, aunque su causación haya sido en conjunción con otra conducta, la realización de un riesgo inherente a aquella conducta imprudente y que la norma pretendía evitar[104].

c) La participación imprudente y la participación dolosa en el delito imprudente

Como se deduce de todo lo señalado anteriormente, en los casos en que una conducta imprudente favorezca o contribuya causalmente a la producción del resultado típico, pero sin llegar a determinar objetivamente el curso causal productor del resultado, el sujeto que actúa no es autor, sino simple partícipe imprudente, para nosotros impune. Si hay acuerdo o conjunción con otro o, al menos, consciencia del posible favorecimiento de la acción determinante de la producción del hecho, podremos hablar de participación imprudente (impune) en sentido propio o subjetivo. Si la concurrencia con la conducta determinante no es consciente ni buscada, se tratará de favorecimiento o participación imprudente objetiva o en sentido amplio (naturalmente también impune), es decir, de supuestos de "concurrencia de culpas" en que sólo una reúne los requisitos de la autoría, mientras que la otra es de simple favorecimiento. Así, por ejemplo, hay participación imprudente (impune) en sentido propio o subjetivo, concretamente inducción, en un delito imprudente de lesiones u homicidio cuando el pasajero de un coche anima o incita alocadamente al conductor a emprender un adelantamiento viniendo de frente otro automóvil a cierta distancia, a lo que el conductor accede, realizando la maniobra imprudente, con la consiguiente colisión y resultados lesivos. Habría mero favorecimiento objetivo o participación en sentido amplio imprudente (impune), por ejemplo, cuando un ciclista, infringiendo las reglas de tráfico, marcha en paralelo a otro ciclista, ocupando así a velocidad lenta buena parte de la mitad derecha de la calzada, y entonces un automovilista que llega detrás a fuerte velocidad, en vez de reducirla, para adelantar al ciclista que va más a la izquierda, rebasa la línea continua e invade bastante la mitad izquierda de la calzada en una curva sin visibilidad, chocando frontalmente con otro vehículo que circulaba correctamente por el lado de la carretera que el primero ha invadido, muriendo a consecuencia de ello el conductor del coche que circulaba correctamente. La conducta imprudente del primer ciclista ha favorecido el curso causal

[104] Así, sobre la autoría accesoria imprudente y con ulteriores precisiones, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 899 y n. 26 (Estudios Penales, 1991, 209 y n. 26); Curso PG I, 1996, 510 y n. 9. V. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 635 s. n. 344.

y la colisión, pero no ha determinado o co-determinado forzosamente la maniobra del conductor que realiza (como mínimo) el tipo de homicidio imprudente.

Siendo ello así, naturalmente también será también impune la mera participación o favorecimiento imprudente de un delito doloso. Así, en el "caso Vinader", objeto de la sentencia del Tribunal Supremo español de 29-1-1983, el periodista Vinader publicó en una revista de gran difusión nacional un reportaje indicando que dos personas, de las que aportaba el nombre, fotografías y otros datos personales, eran miembros de grupos ultraderechistas que habían atentado contra miembros de la banda terrorista ETA. Días después, terroristas de ETA asesinaron a las dos personas aludidas. La sentencia considera que el informe contenido en el reportaje influyó causalmente en que se produjera el asesinato, pero no estima probado que existiera dolo, ni siquiera eventual, en el periodista, confirmando la condena en instancia a Vinader por un delito de homicidio imprudente. Desde nuestra perspectiva, la solución judicial del caso es incorrecta, pues su conducta imprudente no determinó objetivamente el curso causal de las muertes, sino que simplemente favoreció (o incluso quizá incitó) las conductas determinantes del hecho (las de los terroristas de ETA), y por tanto no constituyó autoría de homicidio imprudente (de dos homicidios), sino mera participación imprudente (impune) en dos asesinatos dolosos[105]. De igual modo resulta impune la mera participación (no objetivamente determinante, por tanto) imprudente en acciones atípicas de autolesión o suicidio, en que la atipicidad e impunidad de la participación se ve reforzada[106] por las consecuencias del principio de accesoriedad limitada de la participación[107].

---

[105] Así ya LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 904 ss.= Estudios Penales, 1991, 214 ss.; Curso PG I, 1996, 384 s., 507 s. En cambio, GIMBERNAT, Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del derecho a la libre expresión de las ideas, en: Varios autores, Libertad de expresión y Derecho Penal, 1985, 107 s. (Estudios de Derecho Penal, 3.ª 1990, 95 s.), discrepa también del resultado de la sentencia de instancia (que confirmó el Tribunal Supremo) por falta de prueba de la relación causal. Nuestra solución, sin embargo, evita entrar en este caso en la complicada cuestión de la prueba de la relación causal (o, en su caso, de la posibilidad de imputar objetivamente los resultados a la conducta imprudente de Vinader).

[106] Claramente en el caso de las autolesiones dolosas o imprudentes o en el supuesto de la causación imprudente de la propia muerte. En el caso del suicidio (causación dolosa de la propia muerte), el principio de accesoriedad sufre una quiebra por disposición expresa del CP español, pues su art. 143 castiga algunas formas de participación (hay que entender que dolosa) en sentido estricto en el suicidio (que es atípico).

[107] Toda la argumentación que precede en este apartado en LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 902 ss. (Estudios Penales, 1991, 212 ss.); Curso PG I, 1996, 507 ss., con ulteriores ejemplos y matizaciones (como, p.ej., la de que en algunos supuestos la participación imprudente en sentido estricto o subjetivo en un hecho imprudente podría llegar a ser punible como participación dolosa –con dolo de peligro- en un delito doloso de peligro, cuando la conducta imprudente del autor se halle expresamente tipificada como delito de peligro). LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 511, señala que "si lo que determina objetivamente la producción del hecho es únicamente la conducta de un tercero o de la propia víctima, o incluso un fenómeno natural,

Sin embargo, las razones dogmáticas y políticocriminales que pueden esgrimirse a favor de la impunidad de la participación imprudente no concurren en absoluto cuando se trate de *participación dolosa* en el hecho de un autor imprudente. Aunque frecuentemente la intervención dolosa del sujeto de atrás constituirá ya autoría mediata del delito doloso por suponer una utilización del autor del delito imprudente como instrumento, no cabe descartar supuestos en que la intervención dolosa no reúna los requisitos de la autoría mediata. En esos casos, el interviniente doloso podrá ser castigado al menos como partícipe doloso en el hecho principal constitutivo de delito imprudente. Y, aunque en virtud de la accesoriedad, el marco penal del que hay que partir sea el del delito imprudente, la existencia de dolo en el partícipe puede ser tenida en cuenta en la determinación de la pena y puede resultar aconsejable en muchos casos imponerla en cuantía más elevada al partícipe doloso que al autor imprudente[108].

* * * * *

entonces será éste realmente el 'autor del hecho' (utilizando esas expresiones por extensión y sólo en un sentido naturalístico cuando se trate del sujeto pasivo o de un fenómeno natural), y por tanto la aportación causal de la conducta imprudente del sujeto será un mero favorecimiento o participación objetiva atípica".

[108] Así LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 509.