

Félix María Pedreira González  
Beatriz Escudero García-Calderón

# La **teoría jurídica del delito** en un Estado de Derecho

**JYB**  
BOSCH EDITOR

En el presente libro se efectúa un estudio de la teoría jurídica del delito o, más concretamente, de los elementos generales que tienen que concurrir para poder afirmar la existencia de un delito en el ámbito de un Estado de Derecho, entendido en sentido amplio. En los últimos años, con diferentes argumentos y pretextos, principalmente utilitaristas, el Derecho penal ha sido objeto de una constante y progresiva degradación, que se inserta en un contexto más amplio y preocupante de erosión de los derechos y garantías de los ciudadanos, de los límites frente al poder y de la seguridad jurídica. Es conveniente disponer de una teoría general del delito actualizada y verdaderamente ajustada a las exigencias propias de un Estado de Derecho, con citas y recomendaciones de doctrina y jurisprudencia recientes. Este libro, sin perder el rigor, está escrito con un lenguaje sencillo, adopta una sistemática uniforme, analiza y valora los principales criterios ensayados sobre los diferentes problemas que se plantean y contiene numerosos ejemplos, por lo que resulta muy útil para los estudiantes de Derecho. También es recomendable para los abogados, a la hora de plantear una defensa sustantiva bien fundamentada, y para el resto de los operadores jurídicos que busquen una perspectiva respetuosa con las exigencias y límites de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, sin recortes ni rebajas. La obra es fruto del esfuerzo, sacrificio y profunda vocación de sus autores, pero también de su exigente formación, de su actividad docente e investigadora de calidad, así como de los numerosos debates y discusiones que les han permitido llegar a relevantes consensos.



La teoría jurídica del delito  
en un Estado de Derecho



# La teoría jurídica del delito en un Estado de Derecho

Félix María Pedreira González

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad Complutense

**Capítulos I y IV**

Beatriz Escudero García-Calderón

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal  
CUNEF Universidad

**Capítulos II, III y V**

Barcelona 2023



BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2023 FÉLIX MARÍA PEDREIRA GONZÁLEZ  
BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN

© AGOSTO 2023

**JTB** BOSCH  
EDITOR

**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19580-78-8

ISBN digital: 978-84-19580-79-5

D.L.: B 14881-2023

**Diseño portada y maquetación:** CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

*Printed in Spain* – Impreso en España



Realizado en el marco del Grupo  
interuniversitario e interdisciplinario de  
investigaciones sobre la criminalidad (SEJ678)





A nuestros padres,  
ANTONIO EDUARDO PEDREIRA (†)  
y JOSÉ ANTONIO ESCUDERO

*Exempla vitarum studio dicatarum*



# Índice

Obras generales.....	17
----------------------	----

## **CAPÍTULO PRIMERO**

El comportamiento típico.....	21
-------------------------------	----

FÉLIX M.º PEDREIRA GONZÁLEZ

11

1. Formulación general de la teoría jurídica del delito.	21
1.1. Consideraciones generales .....	21
1.2. Concepción legal del delito .....	28
2. El comportamiento humano y su ausencia .....	32
2.1. Las teorías sobre la «acción» y sus consecuencias.....	32
2.1.1. Consideraciones generales.....	32
2.1.2. Las principales teorías de la «acción» o comportamiento .....	34
2.2. Las causas de ausencia de «acción» o comportamiento .....	40
2.2.1. Fuerza irresistible.....	41
2.2.2. Actos reflejos.....	42
2.2.3. Estados de inconsciencia .....	44

2.3.	La llamada «acción libre en la causa» ( <i>actio libera in causa</i> ).....	45
2.4.	Los sujetos de la acción .....	48
3.	Concepto de tipo. La parte objetiva de los tipos.....	51
3.1.	El tipo: concepto, evolución y funciones .....	51
3.2.	La estructura del tipo penal: la conducta típica, sujetos y objetos .....	54
3.3.	Las principales clases de tipos .....	55
3.4.	La relación de causalidad y la imputación objetiva .....	60
3.4.1.	La relación de causalidad .....	63
3.4.2.	La teoría de la imputación objetiva.....	67
4.	El tipo doloso activo .....	77
4.1.	El dolo: concepto, regulación, composición y clases.....	77
4.2.	Estudio particularizado del dolo eventual y su delimitación con respecto a la imprudencia....	87
4.3.	Otros elementos típicos subjetivos.....	93
4.4.	El «error de tipo»: consideraciones generales, concepto, clases y error de tipo inverso.....	93
5.	El tipo imprudente activo.....	104
5.1.	Consideraciones generales en torno a la imprudencia, concepto, regulación y clases .....	104
5.2.	El tipo de injusto en los delitos imprudentes...	117
6.	Los tipos omisivos dolosos e imprudentes .....	130
6.1.	Concepto y clases de omisión.....	130
6.2.	El tipo en los delitos de omisión propia (o pura) .....	133
6.3.	El tipo en los delitos de omisión impropia (o comisión por omisión).....	135
7.	Las llamadas «formas imperfectas de ejecución».....	149

7.1.	Consideraciones generales en torno al <i>iter criminis</i> .....	149
7.2.	Actos preparatorios punibles: conspiración, proposición, provocación y apología del delito. ....	155
7.3.	La tentativa: concepto, estructura típica, comienzo de la ejecución, tentativa acabada e inacabada .....	158
7.4.	La evitación voluntaria de la consumación.....	166
7.5.	Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo.....	169
8.	Los tipos de autoría y de participación .....	172
8.1.	Concepto, regulación y distinción entre autoría y participación .....	172
8.2.	Clases de autoría: directa y única, mediata y coautoría. La autoría en los delitos cometidos con medios o soportes de difusión mecánicos. ....	187
8.3.	La participación: el principio de accesoriedad de la participación.....	192
8.4.	La participación en delitos especiales.....	194
8.5.	Dolo del partícipe y problemas conexos.....	195
8.6.	Las clases de participación: inducción, cooperación necesaria y complicidad .....	196
8.7.	Otras cuestiones: el denominado «agente provocador», las llamadas «acciones neutrales» y la autoría y participación en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial.....	200

## CAPÍTULO SEGUNDO

	La antijuridicidad.....	205
	<b>BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN</b>	
1.	Teoría general de las causas de justificación .....	205
1.1.	La antijuridicidad y su composición .....	205

1.2.	Las causas de justificación: naturaleza, sistemática, fuentes, fundamento, efectos y límites	206
1.3.	Clasificación de los elementos de las causas de justificación. Las causas de justificación incompletas .....	210
1.4.	Especial referencia al elemento subjetivo en las causas de justificación .....	212
2.	Las causas de justificación en particular .....	214
2.1.	La legítima defensa: concepto, regulación, naturaleza, fundamento y requisitos legales.....	214
2.2.	El estado de necesidad: concepto, regulación, naturaleza, fundamento, requisitos legales y otras cuestiones.....	229
2.3.	Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: concepto, regulación, naturaleza, fundamento y contenido.....	238
2.4.	El consentimiento.....	245

### CAPÍTULO TERCERO

La culpabilidad .....	251
-----------------------	-----

BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN

1.	La culpabilidad: concepto, evolución y fundamento	251
1.1.	La culpabilidad: concepto y evolución.....	251
1.2.	Fundamento material de la culpabilidad .....	258
2.	Los elementos de la culpabilidad .....	262
2.1.	El conocimiento del carácter antijurídico de la conducta y su ausencia: el «error de prohibición»	262
2.2.	La imputabilidad. De nuevo, la «acción libre en la causa» .....	265
2.3.	Causas de inimputabilidad.....	268
2.4.	Imputabilidad y responsabilidad penal de los menores .....	277

2.5. El principio de inexigibilidad y sus manifestaciones legales: el miedo insuperable y las demás causas de inculpabilidad a las que sirve de fundamento .....	278
--	-----

**CAPÍTULO CUARTO**

La punibilidad, las circunstancias modificativas genéricas y los concursos.....	285
---	-----

FÉLIX M.º PEDREIRA GONZÁLEZ

1. La punibilidad.....	285
1.1. Concepto, naturaleza, fundamento, clases y efectos.....	285
1.2. Causas de extinción de la responsabilidad criminal.....	293
2. Circunstancias atenuantes y agravantes.....	310
2.1. Concepto, regulación, clases, efectos, comunicabilidad, inherencia y compatibilidad.....	310
2.2. La circunstancia mixta de parentesco.....	316
2.3. Atenuantes.....	318
2.4. Agravantes.....	324
3. Concursos de delitos y de leyes .....	338
3.1. Unidad y pluralidad de hechos. El concurso de delitos .....	338
3.2. Concurso real de delitos.....	341
3.3. Delito continuado y delito masa.....	343
3.4. Concurso ideal .....	349
3.5. Concurso medial .....	351
3.6. Concursos de leyes y criterios para resolverlos	353

**CAPÍTULO QUINTO**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas .....	359
<b>BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN</b>	
1. Consideraciones generales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas .....	359
2. Sujetos (las personas jurídicas).....	362
3. El sistema de responsabilidad penal ( <i>numerus clausus</i> ) y sus requisitos .....	364
4. El debido control y los modelos de organización y gestión .....	368
5. Eximentes y atenuantes.....	370
6. Las penas.....	374
7. Las consecuencias accesorias .....	376

## Obras generales

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (dir)/BUSTOS RUBIO, M. (coord.): *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2022.

CUERDA RIEZU, A.: *Sobre la ley penal (de lege poenali)*, Aranzadi/Universidad Rey Juan Carlos, 2022.

DEMETRIO CRESPO, E. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo II: teoría del delito*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

DEMETRIO CRESPO, E./RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coords.): *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, UNED-Dykinson, Madrid, 2015.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (dir): *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2019.
- GÓMEZ RIVERO, M. C./MENDOZA CALDERÓN, S.: *Casos prácticos de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2019.
- LANDECHO VELASCO, C. M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español. Parte general*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2020.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.): *Manual de Introducción al Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.)/ROSO CAÑADILLAS, R. (coord.): *Derecho penal en casos. Parte general -Estudio analítico-práctico-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MAQUEDA ABREU, M. L./LAURENZO COPELLO, P.: *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general. Con materiales prácticos para su docencia y aprendizaje*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, 2020.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, 2ª reimpresión, con la colaboración de Gómez Martín y Vicente Iváñez, Reppetor, Barcelona, 2016.

- MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, Reppetor, Barcelona, 2019.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (dir): *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2021.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 11ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, 2022.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 2022.
- OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2023.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- PÉREZ ALONSO, E. (coord.): *Derecho penal. Parte general*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2022.
- PÉREZ DEL VALLE, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2022.
- QUINTANAR DÍEZ, M. (dir.): *Elementos de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J. C./MORALES PRATS, F./GARCÍA RIVAS, N./ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dirs.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.): *Tomo XIX. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- QUINTERO OLIVARES, G. (con la colaboración de Morales Prats, F.): *Parte general del Derecho penal*, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2015.

ROMEO CASABONA, C. M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2ª edición, Comares, Granada, 2016.

ROMEO CASABONA, C. M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M. A. (dirs.): *Derecho Penal en casos. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2021.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (dir.): *Manual de Derecho penal. Parte general, Tomo I*, 8ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2020.

VV. AA.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023.

## CAPÍTULO PRIMERO

# El comportamiento típico

---

Félix M.<sup>a</sup> Pedreira González

## 1. Formulación general de la teoría jurídica del delito

21

### 1.1. Consideraciones generales

Dentro de la Parte general del Derecho penal, que estudia los principios y elementos que comunes a los delitos y a las penas, ocupa un lugar destacado la denominada *teoría jurídica del delito*, la cual, sobre la base del Derecho positivo, trata de reunir en un sistema general (abstracto) y coherente los elementos comunes a todo delito o a un grupo de delitos<sup>1</sup>. La teoría jurídica del delito constituye la manifestación más elaborada y característica de la denominada dogmática penal, que es la disciplina que se ocupa de la adecuada interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de los preceptos jurídico-penales y de las opiniones de la doctrina en el ámbito

---

1 MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 10<sup>a</sup> edición, Reppetor, Barcelona, 2016, pp. 146 y ss.

del Derecho penal<sup>2</sup>. Una de sus funciones esenciales es analizar el Derecho penal positivo, abstrayendo los conceptos y categorías esenciales, y articulándolos en un sistema general, unitario, ordenado y coherente. Esta sistematización redundará positivamente en la certeza y seguridad jurídica, valores esenciales en un Estado de Derecho.

Como afirma Gimbernat Ordeig, la dogmática jurídico-penal, «hace posible... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrastables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y límite»<sup>3</sup>.

Pero conviene aclarar que la teoría jurídica del delito no es una propuesta sobre lo que el delito debería ser, sino esencial y prioritariamente una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo atribuye al delito. Ello no significa que la doctrina penal no tenga cierto *margen de maniobra*, cierta libertad en dicha elaboración, pero dicha libertad debe desenvolverse dentro de los límites establecidos por el Ordenamiento jurídico. Esta es una premisa ineludible a la hora de abordar la construcción de una teoría jurídica del delito en un Estado de Derecho, que consagra el principio de legalidad en materia penal.

2 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1999, p. 192.

3 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1976, pp. 78 y 79.

El Derecho positivo, efectivamente, impone unos límites, un «campo de juego» o espacio acotado que no podemos superar, rebasar o exceder, pero hay ciertas cuestiones generales cuya decisión, tradicionalmente, ha dependido en gran medida de consideraciones filosóficas, sociológicas, políticas, valorativas que se adoptan en un determinado momento cultural y social<sup>4</sup>. De ahí que la evolución histórica de la teoría jurídica del delito refleje, al menos parcialmente, la evolución más general del Derecho y de las ideas imperantes en una sociedad. Es decir, no se ha desarrollado como una discusión totalmente independiente dentro del Derecho penal, sino influida por la evolución de las ideas y del pensamiento occidental.

El *sistema clásico del delito* (ej., von Liszt y Beling), que se extendió desde finales del siglo XIX y principios del XX, se basaba en una distinción nítida entre el injusto del hecho y la culpabilidad del autor, de manera que el injusto del hecho se correspondía con la parte objetiva o externa, y la culpabilidad del autor con la parte subjetiva o interna. De este modo, los elementos objetivos o externos se ubicaban en el tipo y la antijuridicidad, en tanto que los elementos subjetivos o internos del sujeto se remitían a la culpabilidad.

El concepto clásico de delito estaba influido por el *naturalismo* de comienzos del siglo XIX, que quería someter las ciencias del espíritu al ideal de exactitud propio de las ciencias de la naturaleza. De ahí que quisiera construir el sistema de Derecho penal desde componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios eran, o bien factores objetivos del mundo externo o bien procesos subjetivos psíquico-internos<sup>5</sup>. Elementos como la causalidad o la concepción psicológica de la culpabilidad respondían a esa influencia.

Posteriormente, el positivismo jurídico (finales del siglo XIX) dio prioridad al aspecto del Derecho como norma y al delito como infracción de la norma. Como sabemos, el positivismo jurídico fue una corriente de pensamiento cuya principal tesis es la separación conceptual entre la moral y el Derecho. Defiende que el objeto de estudio de la ciencia jurídica es, exclusivamente, el Derecho positivo, al margen de consideraciones morales, valorativas o axiológicas. Una ley puede ser justa o injusta, aunque lo deseable sea lo primero. Pero una ley injusta o inmoral no por ello deja de ser ley. El máximo exponente del positivismo jurídico fue el jurista austriaco Hans Kelsen, autor de la *Teoría pura del Derecho*. Kelsen consideraba que ciencia jurídica, al ocuparse de lo ordenado jurídicamente, es una *ciencia normativa*, la cual, para mantenerse dentro de los límites científicos, de-

4 MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 146 y ss.

5 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 198.

bía liberarse de elementos extraños. La ciencia jurídica se ocupa de las normas positivas, no describe una realidad, no es empírica ni formula juicios de hecho ni axiológicos o valorativos.

El *sistema neoclásico* del delito (ej., Mezger), que se extendió desde los años 30 del pasado siglo, no tardó en advertir que el injusto del hecho no podía explicarse en todos los casos como algo meramente objetivo o externo. Así, por ejemplo, la tipicidad del hurto se refiere al «que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño» (art. 234 del CP). Sin el elemento anímico o interno (ánimo de lucro) no es posible explicar adecuadamente el hurto y el injusto del mismo. Esto llevó a la doctrina a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto, si bien como una excepción, manteniendo la estructura general anterior del sistema clásico.

El sistema neoclásico estaba influido por la filosofía de los valores neokantiana (principios y mediados del siglo XX) que vuelve a ligar normatividad jurídico-penal y valor, destacando el aspecto valorativo del Derecho. El neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Tanto unas como otras –decían los neokantianos– son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio, y es precisamente por esto por lo que difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza (ej., la física) estudian su objeto desde un punto de vista causal o explicativo, y las ciencias del espíritu (ej., el Derecho) estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La Ciencia del Derecho se incluye entre estas últimas porque en sus esfuerzos por conocer el Derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración. Por lo tanto, el neokantismo, apartándose de los planteamientos anteriormente vistos, quiso devolver su fundamento autónomo a las ciencias del espíritu, considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores. Partiendo de esta perspectiva, era coherente interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad social y la reprochabilidad<sup>6</sup>. También era coherente fijar la atención en la idea de bien jurídico-penal. Las normas penales protegen bienes y estos son bienes penales, bienes merecedores de esa protección, porque lo son, no porque las normas los protejan. La norma penal ampara el bien penal porque debe ampararlo, con lo que algo es un bien penal, no por razón de la norma penal que lo protege, sino porque la norma penal debe protegerlo (ej., la vida, la libertad...).

6 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 200 y 201.

El *sistema finalista*: la teoría finalista de la acción (ej., Welzel, Maurach) trajo de la mano una nueva sistemática que se extendió con mucho éxito desde los años 50 del pasado siglo. Su punto de partida era un concepto de la «acción» distinto de las anteriores concepciones, cuya esencia radicaba en la finalidad a la que se dirige el sujeto. De ahí se derivó como consecuencia sistemática que el dolo, que el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había considerado como algo subjetivo o interno del sujeto y que, por lo tanto, formaba parte de la culpabilidad, se considerase ya como un componente del tipo de injusto. Por lo tanto, el injusto del hecho ya no solo dependía del aspecto objetivo o externo, sino también de la finalidad que ponía el sujeto al actuar. Esto supone una ulterior *subjetivización* del injusto con respecto al sistema neoclásico.

La teoría finalista de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas. Para dicha concepción era lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría del delito y construir a partir de él todo un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras lógico-objetivas, que proporcionarían a la dogmática perspectivas permanentes e inamovibles.

El *sistema funcionalista*: el funcionalismo penal (años setenta del siglo XX hasta la actualidad) afirma que la construcción teórica del delito debe partir y depende de los fines y funciones que cumple el Derecho penal. Se trataba de superar los inconvenientes a los que había conducido la dogmática tradicional, sobre todo el defecto consistente en el alejamiento entre la teoría y la práctica. Roxin intentó superar dicha incomunicación abriendo y orientando el sistema de Derecho penal a las valoraciones de la política criminal. Las categorías dogmáticas deben ser entendidas desde los fines del Derecho penal y, más concretamente, desde las bases político-criminales de la teoría de los fines de la pena<sup>7</sup>. El Derecho penal se justifica por su utilidad para la solución de los problemas de la realidad social. Tiene el sentido de proteger las condiciones esenciales de la convivencia social, limitando o reduciendo a límites razonables la criminalidad. Por eso, su concepción es eminentemente preventiva, es decir, se dirige a prevenir o evitar el delito. Para este autor, los

7 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 203 y ss.

finés de la pena son tanto la prevención general como la prevención especial, como medio para proteger las condiciones esenciales para la convivencia social (bienes jurídicos).

Este planteamiento de Roxin se ha extendido ampliamente en nuestra doctrina penal. Sin embargo, la búsqueda de una orientación funcionalista (o teleológica) ha llevado a algunos autores a planteamientos más radicales. En este sentido, puede destacarse a Jakobs, quien formula la dogmática jurídico penal desde la terminología, conceptos y categorías de la sociología y, más concretamente, desde la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann)<sup>8</sup>. Este autor considera que los conceptos y categorías propios del Derecho penal no tienen un contenido prejurídico, sino que solo se pueden determinar en función de las necesidades sociales. Esto le lleva a renunciar a conceptos, elementos y límites tradicionales en el Derecho penal, como el concepto de bien jurídico, o a diluir el elemento de la culpabilidad en consideraciones de prevención general, es decir, de lo que es necesario socialmente para el reforzamiento de la confianza en las normas, relegando las capacidades individuales del sujeto para adecuar dicho comportamiento a las normas. Esta clase de planteamientos extremos han llevado a distinguir un funcionalismo más moderado, en la línea de Roxin, y un funcionalismo más estricto o radical, en la línea de Jakobs.

En cualquier caso, para determinar la función del Derecho penal es importante partir de nuestro modelo de Estado, pues dependiendo del modelo de Estado que se adopte dicha función puede variar y varía. No es lo mismo partir de un Estado teocrático, de un Estado liberal clásico, de un Estado social... A tales efectos, nuestra Constitución parte de la fórmula ecléctica o intermedia del Estado social y democrático de Derecho (art. 1 de la CE), lo que nos ofrece

8 JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 8 y ss.

el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, que debe servir de base y tenerse en cuenta tanto en la construcción de la teoría jurídica del delito, como en la teoría de la pena<sup>9</sup>.

Pues bien, un Estado Social y democrático de Derecho, en cuanto Estado *social*, está obligado a proteger a la sociedad, a proteger las condiciones esenciales de la convivencia social. Estas condiciones esenciales para la convivencia se concretan en una serie de elementos valiosos, que el Estado debe tutelar, como la vida, la salud de los ciudadanos, la libertad, la propiedad... Son los denominados *bienes jurídicos*, que el Estado tiene la obligación de proteger, evitando su menoscabo. Esto le atribuye una misión de prevención, es decir, de evitación de delitos, como medio para proteger dichos bienes jurídicos.

Pero, como Estado *democrático de Derecho*, no puede pretender desempeñar esa función de prevención de manera ilimitada, no puede llevar la dimensión social o colectiva del Estado al extremo, sino a riesgo de volver a las dramáticas experiencias totalitarias vividas a lo largo del siglo pasado (ej., URSS, Alemania Nazi...). No puede, por ejemplo, introducir cámaras en todos los domicilios para vigilar a los ciudadanos y así evitar que delincan. Un Estado democrático de Derecho debe someter esa labor de prevención a una serie de límites, como el principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, fragmentariedad y subsidiariedad, humanidad de las penas...

Así, puede afirmarse que la función del Derecho penal en un *Estado social y democrático de Derecho* es la prevención (general y especial) pero sujeta a estrictos límites. Tanto esa función como sus límites deben tener reflejo en la teoría jurídica del delito. Así, por ejemplo, el principio de legalidad, como manifestación del Estado de Derecho, exige que el delito y la pena que le corresponde, se determinen

9 Véase, especialmente, MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 100 y ss.

previamente con la suficiente precisión. De ahí surge la exigencia de tipicidad, es decir, el delito debe ser un hecho típico, tipificado.

## 1.2. Concepción legal del delito

La tarea más importante con la que se enfrenta la teoría jurídica del delito es configurar un concepto general de delito, es decir, un concepto que contenga las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito. Para ello, hay que partir del Derecho positivo, pues todo intento de definir el delito al margen del Derecho vigente es situarse peligrosamente fuera del ámbito de lo jurídico para entrar en otros ámbitos (filosofía, religión, ética...)<sup>10</sup>.

A este respecto, el art. 10 del Código Penal vigente (en adelante CP) señala: «Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». En dicho precepto ya se alude a varios elementos relevantes:

- 1.º *Acciones*: se hace referencia a los delitos de acción, que son aquellos que se realizan a través de un hacer (ej., disparar a otro con una pistola y matarle).
- 2.º *Omisiones*: se hace referencia a los delitos de omisión, que son aquellos que se realizan a través de un no hacer (ej., la madre que deja morir a su bebé por no proporcionarle alimento).
- 3.º *Dolosas*: se hace referencia al dolo, que en Derecho penal suele entenderse como la realización del hecho con conciencia y voluntad (ej., veo cruzar el paso de cebra a mi vecino, al que odio, acelero el vehículo, le atropello y le mato intencionadamente).
- 4.º *Imprudentes*: se hace referencia a la imprudencia, es decir, cuando el sujeto realiza el hecho, no con conciencia y voluntad,

10 MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 17 y 18.

pero sí por haber infringido el deber de cuidado que era exigible, por haber sido negligente o descuidado (ej., no quería a matar a nadie, pero como iba a más velocidad de la permitida, no me dio tiempo a frenar antes del paso de cebra, por lo que atropellé y maté a una anciana).

También se aclara en el art. 10 del CP que dichas acciones y omisiones, dolosas o imprudentes, para ser delito, deben estar penadas previamente por la ley, lo que constituye una manifestación del principio de legalidad en materia penal.

Sin embargo, para afirmar la existencia de un delito, no basta con que haya una acción u omisión, dolosa o imprudente, penada por la ley. Estas características, con ser importantes, son solo una parte de los elementos que debe reunir el delito. Corresponde al jurista elaborar ese concepto, obteniendo, a través de un esfuerzo de abstracción, las características generales que debe reunir el delito. Para ello, insistimos, debe partir de lo que el Derecho positivo considera como delito; pero no solo debe partir del art. 10 del CP, sino también de la Constitución y de los demás preceptos legales que se refieren al delito<sup>11</sup>.

Así, sobre la base del Derecho positivo, puede definirse el delito como un *comportamiento típico, antijurídico y culpable*. A tales elementos generales, algunos autores han añadido un último elemento, denominado *punibilidad*<sup>12</sup>.

11 MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 18 y 19.

12 Véanse, por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 133 y 134; MELENDO PARDOS, M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, UNED-Dykinson, Madrid, 2015, pp. 681 y ss. Con mayor amplitud, GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1997.

## 1º. Comportamiento

Lo primero que tiene que existir es un comportamiento, es decir, *una conducta humana manifestada externamente y controlada o controlable por la voluntad*, lo que implica que no pueden ser considerados delitos los comportamientos meramente involuntarios (ej., movimientos reflejos, estados de inconsciencia...). Debe producirse, por lo tanto, una manifestación externa de la voluntad del sujeto, lo que puede tener lugar a través de una acción u omisión.

## 2º. Tipicidad

Pero dicho comportamiento humano ha de ser *típico*, es decir, tiene que ajustarse o adecuarse a la tipificación delictiva, a la descripción que lleva a cabo la ley penal (ej., art. 138 del CP: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena...»). Solo la conducta típica, esto es, la que se encuentra tipificada, puede llegar a ser un delito. Ello es consecuencia del principio de legalidad en materia penal, exigencia ineludible de un Estado de Derecho, y que conlleva, entre otras garantías, que no hay delito sin ley previa que lo establezca (*nullum crimen sine lege*). Por lo tanto, si un comportamiento no es típico, es decir, no encaja en la tipificación legal, no puede ser considerado un delito, por muy grave y nocivo que pueda resultar para la convivencia social.

## 3º. Antijuridicidad

Mas no basta con que el comportamiento humano sea penalmente típico, sino que es necesario, además, que sea *antijurídico*, es decir, definitivamente contrario a Derecho. En efecto, según el criterio mayoritario, cumplida la exigencia de tipicidad, el siguiente paso es comprobar si dicha conducta típica es antijurídica, es decir, si ha sido realizada de forma definitivamente contraria a Derecho. Normalmente, los comportamientos típicos (ej., Antonio mata a Juan) son también

antijurídicos. Pero puede suceder, y en ocasiones sucede, que un comportamiento típico (ej., David mata a Manuel) no es antijurídico, si concurre una *causa de justificación* (ej., la legítima defensa). Así, cuando se actúa al amparo de una causa de justificación (ej., la legítima defensa) por más que el comportamiento sea típico (ej., matar a otro), dicho comportamiento no es antijurídico, es decir, no es contrario a Derecho. A la inversa, es jurídicamente correcto, esto es, conforme a Derecho.

#### 4º. Culpabilidad

Sin embargo, para que haya delito, no es suficiente con que el comportamiento sea típico y antijurídico, sino que a continuación hay que analizar, también, si el sujeto es culpable, es decir, si puede ser hecho responsable de sus actos, si podía motivarse normalmente en contra de la realización del delito. Comúnmente se estima que las personas actúan con culpabilidad, pero en ocasiones se considera el sujeto, en el momento del hecho, actúa sin culpabilidad (ej., si padece una grave enfermedad mental, como una discapacidad intelectual severa que le impide comprender lo que hace o una grave esquizofrenia que le empuja a actuar de ese modo debido a las alucinaciones que sufre). En tal caso, se estima que el sujeto no es responsable de sus actos y, por lo tanto, no podremos afirmar que ha cometido un delito, sin perjuicio de imponerle una medida de seguridad (ej., internamiento en un centro psiquiátrico) para evitar, en la medida de lo posible y razonable, que vuelva a realizar tales actos.

#### 5º. Punibilidad

Normalmente, con la comprobación de los elementos anteriores (comportamiento humano, típico, antijurídico y culpable) ya puede afirmarse la existencia del delito y el que lo ha realizado ya puede ser sancionado penalmente. Sin embargo, en ocasiones, la ley exige la presencia de algún elemento adicional, que no forma parte de la tipicidad, ni de la antijuridicidad, ni de la culpabilidad

y, sin embargo, condiciona la posibilidad de imponer la pena (ej., la inviolabilidad de la que gozan determinadas autoridades). Comúnmente se estima que estos elementos excepcionales, denominados *condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias* (o causas de exclusión de la pena), no configuran un nuevo elemento del delito. Sin embargo, como se ha señalado, algunos autores sí han considerado que debe añadirse este nuevo elemento, denominado punibilidad, en la estructura general del delito.

En conclusión, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, podemos definir el delito como *comportamiento típico, antijurídico y culpable*. Esta definición tiene *carácter secuencial*<sup>13</sup>, es decir, se trata de una sucesión, serie o progresión de elementos que deben verificarse por su orden para afirmar la existencia de un delito. Una vez afirmado el comportamiento, se pasa a la tipicidad; una vez afirmada la tipicidad, se pasa a la antijuridicidad; una vez afirmada la antijuridicidad, se pasa a la culpabilidad. Por el contrario, si del examen de los hechos resulta que no hay tipicidad, ya no hay que pasar a la antijuridicidad; si no hay antijuridicidad, ya no es necesario plantearse la culpabilidad del sujeto...

## 2. El comportamiento humano y su ausencia

### 2.1. Las teorías sobre la «acción» y sus consecuencias

#### 2.1.1. Consideraciones generales

Es tradicional empezar la definición de delito afirmando que, en primer lugar, es una «acción», entendida en sentido amplio, como concepto comprensivo de la acción en sentido estricto (con-

13 Expresión utilizada por MUÑOZ CONDE, F: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 21.

sistente en un *hacer*) y de la omisión (consistente en un *no hacer*). Para evitar confusiones y no mezclar el todo con la parte, a nuestro juicio, es preferible la utilización del término comportamiento o conducta.

*Definición:* en una primera aproximación, como ya hemos señalado, el comportamiento puede definirse como *una conducta humana manifestada externamente y controlada o controlable por la voluntad*. Dicha conducta puede concretarse en un hacer (acción en sentido estricto) o en un no hacer (omisión).

El comportamiento humano es un presupuesto indispensable de toda reacción jurídico-penal. Así lo reconoce el art. 10 del CP, cuando señala que son delitos «las *acciones y omisiones*, dolosas o imprudentes, penadas por la ley».

En la tradicional oposición entre el *Derecho penal de acto* y el *Derecho penal de autor*, nuestro Derecho penal, como Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, se inclina por el Derecho penal de acto, poniendo el centro de atención en el hecho realizado por el sujeto y no en las características del sujeto mismo<sup>14</sup>. Por el contrario, el denominado Derecho penal de autor, propio de regímenes totalitarios, ponía el centro de atención en determinadas cualidades personales del sujeto (ej., vago, maleante, ladrón, vagabundo, homosexual, drogadicto, ocasional, habitual, incorregible...). De este modo, la reacción penal se distanciaba del hecho realizado y de su gravedad, atendiendo a un pronóstico de peligrosidad del sujeto, es decir, a una valoración de riesgo y probabilidad. Así, por ejemplo, frente a un sujeto de vida desordenada, dispersa y poco acorde con los valores imperantes, cabía reaccionar con una pena o medida muy severa o contundente, pese a que tan solo había cometido pequeños hurtos, y viceversa. Esto condujo a la desproporción, a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídica, por lo que, hoy día, el Derecho penal de autor, al menos como modelo o planteamiento general, se considera incompatible con un Estado democrático de Derecho. Sin embargo, todavía pueden encontrarse manifestaciones del mismo en nuestro Derecho penal vigente (ej., la agravante de reincidencia).

14 Sobre esta distinción, puede verse: CARUSO FONTÁN, M.V./PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, editorial Bdf, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 205 y ss.

De la exigencia de una acción o comportamiento humano, se deduce que:

1. No pueden constituir delito los *meros pensamientos*, en tanto no se traduzcan en actos externos (ej., un sujeto odia profundamente a su suegra y piensa que cualquier día la va a matar).
2. Tampoco pueden constituir delito los sucesos producidos por animales (ej., un sujeto va paseando por el campo y es atacado por un lobo), ni por fenómenos de la naturaleza (ej., terremotos, inundaciones, erupciones volcánicas...).
3. Pero tampoco pueden constituir delito, como veremos, los hechos exteriores procedentes del ser humano plenamente involuntarios, que quedan fuera del control del sujeto (ej., movimientos reflejos, estados de inconsciencia...).

### 2.1.2. Las principales teorías de la «acción» o comportamiento

#### 1. *Concepto causal*

El concepto causal de acción constituye la posición clásica y tradicional. Entre los autores que lo impulsaron y defendieron puede destacarse a von Liszt, para quien la acción era un *movimiento corporal, causado por un impulso de la voluntad, que causaba a su vez una modificación en el mundo exterior*<sup>15</sup>.

Una de las principales objeciones que se opuso a este planteamiento es que era incapaz de abarcar los delitos de omisión, pues estos no consisten en un movimiento corporal que cause modificación en el mundo exterior. Más bien al contrario: si se adopta

15 VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducido por L. Jiménez de Asúa y adiciones por Quintiliano Saldaña, 2ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1927, pp. 285 y ss.

esta terminología, los delitos de omisión consistirían en la ausencia de un movimiento corporal y en no impedir que se produzca una modificación en el mundo exterior; o si se prefiere, en no impedir que los acontecimientos sigan su curso. Así, por ejemplo, el comportamiento de la madre que, activamente, introduce la cabeza de su bebé en el agua de la bañera hasta que se ahoga, efectivamente, consiste en un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior. Sin embargo, el comportamiento de la madre que ve que su bebé se ha caído del asiento para bañera y, pese a que se está ahogando, no hace nada para salvarle, consiste más bien en la ausencia de un movimiento corporal (acción de rescate) y en no impedir que los acontecimientos externos sigan su curso causal (ahogamiento del bebé).

## 2. Concepto finalista

Ante las dificultades que planteaba el concepto causal de acción, Welzel desarrolló el concepto final o finalista de acción, que como su propio nombre indica, ponía el centro de atención en la *finalidad* a la que se dirige el sujeto al actuar. Se afirma así, que lo esencial de la acción es la finalidad, es decir, el dirigirse intencionalmente a un objetivo<sup>16</sup>.

A este respecto, Welzel, insigne y brillante jurista alemán, afirmaba: «Acción humana es ejercicio de actividad final... Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin... Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo con un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego»<sup>17</sup>.

16 WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte general*, traducción por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 11ª edición alemana y 2ª edición castellana, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, pp. 53 y ss.

17 WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte general*, ob. cit., pp. 53 y 54.

Sin embargo, esta concepción tampoco se libró de las críticas. Así, una de las principales objeciones que se ha opuesto a este planteamiento es que no resulta adecuado para abarcar los delitos imprudentes, pues la finalidad a la que se dirige el sujeto no es lo esencial en esta clase de delitos. Más bien al contrario: en los delitos imprudentes, la finalidad del sujeto no se dirige a la producción del resultado y, sin embargo, este se produce por haber infringido el deber de cuidado, por haber sido descuidado, negligente. Ej., el conductor del vehículo no tenía la finalidad de matar a nadie, pero por ir a más velocidad de la permitida, no le dio tiempo a frenar en el paso de cebra, por lo que atropelló y mató a un viandante que estaba cruzando por dicho paso de peatones.

### 3. *Concepto social*

Desde esta concepción de la acción se estima que hay que buscar un denominador común que permita abarcar las diferentes manifestaciones o modalidades de conducta (acciones, omisiones, dolosas, imprudentes) y que tal denominador común se encuentra en una perspectiva social: *será acción la conducta socialmente relevante* (ej., Jescheck<sup>18</sup>).

Parece indudable que esta teoría nos ofrece un elemento común, ya que las distintas manifestaciones de la conducta delictiva se pueden caracterizar como fenómeno social, como algo socialmente relevante. Sin embargo, ello no pasa de ser una caracterización excesivamente genérica e inespecífica, carente de la mínima concreción, lo que arroja un concepto, al menos en gran medida, inoperativo o inútil a la hora aplicarlo y deducir qué supuestos

18 JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción y adiciones S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Volumen I, BOSCH, Barcelona, 1981, pp. 295 y ss.

quedan integrados y cuáles quedan excluidos de dicha consideración.

En efecto, este concepto no puede cumplir la función delimitadora o negativa, importante a efectos prácticos, pues quizá pueda afirmarse que los meros pensamientos no son socialmente relevantes, pero todo lo demás que se debe excluir por medio del concepto de acción, ¿por qué no es socialmente relevante?: ej., un sujeto sufre un acto reflejo y lesiona a otro, rompiéndole la nariz, o un conductor padece un desmayo repentino e imprevisible, por lo que atropella y mata a otro, etc. Por ello, los partidarios del concepto social de acción se ven obligados, o bien a adoptar características de otros conceptos de acción (como la voluntariedad, dominabilidad, controlabilidad...) o bien a desplazar el problema al ámbito de la tipicidad (abandonando el concepto de acción como «sujeto» y las restantes características del delito como «predicado»).

#### 4. Otras concepciones de la acción

##### A) Concepto negativo:

Se basa en el *principio de evitabilidad*, y en este sentido se ha definido la «acción» o comportamiento como un «no evitar evitable en posición de garante» (Herzberg) o como la «causación del resultado individualmente evitable» (Jakobs)<sup>19</sup>. Es decir, se caracteriza la «acción» como un *no evitar lo que podía y debía evitarse*. Con ello se pretenden reconducir las diferentes modalidades delictivas al concepto de omisión, como si todo hecho delictivo consistiese en un no hacer, en un dejar de hacer. Sin embargo, este planteamiento vuelve a adolecer de parcialidad, de forma similar a lo que sucedía con el concepto causal, pero esta vez en sentido inverso; es decir, en vez de dejar fuera a la omisión, esto es, al comportamiento consistente en un no hacer, deja fuera a la acción en sentido estricto, es decir, al comportamiento consistente en un hacer positivo. Pero parece evidente que ambas modalidades existen y no son equivalentes, ni una puede reconducirse a la otra. Existen delitos por acción, que consisten en un hacer, y delitos por omisión, que consisten precisamente en lo contrario, esto es, en un no hacer, en un dejar de hacer. Así lo reconoce el propio art. 10 del CP, cuando señala que son delitos «las acciones y omisiones, dolosas o imprudentes, penadas por la ley».

Por otra parte, se trata de un concepto que invade la tipicidad (no evitar lo que el Derecho penal te obliga a evitar) con lo que termina negando la posibi-

19 Véase: JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 168 y ss.

lidad de un concepto de comportamiento o «acción» autónomo de las restantes categorías del delito<sup>20</sup>.

B) Concepto personal:

Roxin caracteriza la «acción» como una «manifestación de la personalidad»<sup>21</sup>. Según dicho autor, ello significa lo siguiente: «... es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción, y esto falta en el caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal («somática») del hombre, o «del ámbito material, vital y animal del ser», sin estar sometidos al control del yo, de la instancia conductora anímico espiritual del ser humano».

Este concepto, sin embargo, resulta un tanto genérico y necesitado de concreción. Cuando Roxin se propone precisarlo, lo aproxima al concepto clásico de acción como una *conducta humana manifestada externamente y dominada o dominable por la voluntad*. Así, afirma que «si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas estas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia, y por lo tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico espiritual de la persona».

Además, como el propio Roxin reconoce, no es un concepto «completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica»<sup>22</sup>.

C) Concepto significativo:

Para Vives Antón, la «acción» no es el comportamiento con significado, sino el propio significado que se atribuye a un determinado comportamiento, el «significado social de la conducta». Según dicho autor, las acciones son «interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al

20 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 247 y ss.

21 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 252 y ss.

22 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 252.

comportamiento humano». De este modo, define la acción, «no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos»<sup>23</sup>.

Así, la «acción» pasa a concebirse, no como algo que el ser humano hace y que aparece determinado por su voluntad, sino como el propio significado de lo que hace. Por lo tanto, la determinación de si se está ante una acción –así como la del tipo de acción ante la que se está– ya no se efectúa con parámetros psicofísicos, sino que tiene lugar en virtud de reglas convencionales, o sea, en términos normativos. Se trata, nuevamente, de un concepto normativo, próximo al concepto social de acción.

Este breve recorrido por algunas de las principales *teorías de la acción* que se han ensayado ya permite deducir la razón por la que dichos intentos, en mayor o menor medida, han fracasado a la hora de ofrecer un concepto general de «acción» o comportamiento. Esto es lógico: las formas de aparición del hecho delictivo son demasiado diversas como para poder agruparlas bajo un mismo concepto de acción lo suficientemente concreto, operativo y útil. Cuando se ha intentado precisar, se ha dejado fuera alguna modalidad del comportamiento delictivo, y cuando se ha pretendido abarcar todo, se ha caído inevitablemente en conceptos excesivamente genéricos, demasiado abstractos en el mal sentido, cuando no exageradamente normativizados. Por otra parte, algunas manifestaciones del comportamiento delictivo son tan dependientes de la tipicidad –como sucede con la omisión– que resulta muy difícil, cuando no imposible, ofrecer un concepto de comportamiento independiente de la misma.

En cualquier caso, a nuestro juicio, aunque resulte extraordinariamente difícil o imposible ofrecer un concepto de acción completo, concreto, útil y totalmente independiente de los restantes ele-

---

23 VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 205 y ss.

mentos del delito, cabe, al menos, no renunciar a los elementos de la *humanidad, exterioridad y voluntariedad*. Sobre la base de ello, y con todas sus limitaciones, entendemos que no hay inconveniente en aceptar la definición ofrecida de la acción o comportamiento como *una conducta humana manifestada externamente y controlada o controlable por la voluntad*.

## 2.2. Las causas de ausencia de «acción» o comportamiento

Como ya hemos adelantado, quedan excluidos de la acción o comportamiento humano el *comportamiento animal*, los sucesos producidos por fenómenos de la naturaleza, así como los meros pensamientos humanos, en tanto no se traduzcan en hechos externos. Pero también se excluyen los hechos exteriores procedentes del ser humano plenamente involuntarios, puesto que quedan fuera de su control. Ciertamente, carecería de sentido que nuestro Derecho penal pretendiera prohibir los actos plenamente involuntarios —u ordenar lo que el sujeto es plenamente incapaz de hacer— pues no es algo que la persona pueda controlar, dominar o evitar (¡Le prohíbo que tenga un acto reflejo!; ¡Le prohíbo que sufra un desmayo!, etc.). Estas situaciones completamente involuntarias de ausencia de acción o comportamiento suelen reconducirse a tres grupos de casos: 1.— *Fuerza irresistible*; 2.— *Actos reflejos*; 3.— *Estados de inconsciencia*<sup>24</sup>.

24 Cfr.: CARUSO FONTÁN, V./POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, coord. E. Pérez Alonso, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2022, pp. 136 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 73 y 74; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 149 y ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 142 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 135 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general. Con materiales prácticos para su docencia y aprendizaje*, Servicio

En cuanto a su regulación o respaldo en el Derecho positivo, tales supuestos pueden ubicarse nuevamente en el art. 10 del CP, en la medida en que afirma que son «delitos las acciones u omisiones...». De ahí se deduce que, donde no haya acción u omisión, no puede haber delito y, por lo tanto, se requiere, como presupuesto mínimo de la reacción jurídico-penal, la existencia de una acción u omisión.

### 2.2.1. Fuerza irresistible

El que obra impulsado por una fuerza irresistible no actúa voluntariamente, sino que se convierte en un mero instrumento. Ej., nos dan un fuerte y repentino empujón y caemos sobre otra persona que, debido a ello, resulta lesionada.

En cuanto a la *cantidad de la fuerza*, la misma debe ser absoluta, de manera que suprima por completo la voluntad del sujeto: anulación de la voluntad.

En lo que atañe a la *cualidad de la fuerza*, ha sido habitual estimar que solo puede excluir el comportamiento la violencia física, pero no la violencia psíquica o intimidación. Sin embargo, es sabido desde hace tiempo que ambas cuestiones no tienen una relación de implicación necesaria, en el sentido de que tanto la fuerza física como la psíquica pueden producir un efecto absoluto. Así, una situación de terror extremo puede llegar a producir la paralización muscular e, incluso, la muerte del sujeto. De este modo, no pue-

---

de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, 2020, pp. 96 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, Reppeter, Barcelona, 2019, p. 80 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 33 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 57 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A., en *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, coords. C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016, pp. 99 y 100.

de descartarse que el miedo insuperable (art. 20.6 del CP) no solo excluya o disminuya a la culpabilidad del sujeto, sino que incluso pueda llegar a excluir el propio comportamiento.

Por otra parte, ha sido frecuente requerir que la fuerza irresistible proceda de una *tercera persona*. Sin embargo, debería bastar con que proceda del exterior, con independencia de que tenga su origen o no en una tercera persona (ej., si hay un temblor de tierra, una ola de mar o un vendaval, y nos caemos encima de otra persona que, debido a ello, resulta lesionada).

En cualquier caso, existe consenso a la hora de afirmar que dicha situación debe tener un *origen externo* y no interno (ej., enfermedades mentales). Esto no impide la aplicación de otras circunstancias, eximentes o atenuantes, que pueden excluir o disminuir la culpabilidad del sujeto, como estudiaremos en su momento.

La *consecuencia principal* de la apreciación de esta circunstancia es que el receptor de la fuerza irresistible carece de responsabilidad penal, pues su hecho es totalmente involuntario, no estaba sujeto a su control. Responderá, en su caso, el sujeto que ha ejercido esa fuerza irresistible.

### 2.2.2. Actos reflejos

Un acto reflejo es un movimiento plenamente involuntario que una persona realiza ante un cierto estímulo (ej., apartamos rápidamente la mano de un objeto muy caliente y le damos un golpe a otro en la nariz, o sentimos un dolor tan intenso e insoportable cuando el dentista nos está interviniendo que soltamos un manotazo involuntario que va a parar a su cara). Dichos actos reflejos, por lo tanto, tienen lugar sin la participación de la voluntad del sujeto, por lo que se trata de actos totalmente involuntarios, no sujetos a su control.

La SAP de Albacete (Sección 2ª) 214/2009 de 18 septiembre (JUR 2009\461788) admitió la existencia de un acto reflejo en un sujeto que, en el

marco de una discusión de pareja, fue mordido por ella y él le dio un empujón para apartarla. La SAP de Madrid (Sección 6ª) 537/2008 de 29 octubre (ARP 2009\819), de manera más discutible, admitió la existencia de un movimiento reflejo en un sujeto que, en el marco de una discusión, para soltarse de su pareja que le tenía agarrado por el jersey, lanzó un golpe con el brazo hacia atrás que impactó en el rostro de la pareja, originándole lesiones.

Distintos de los movimientos reflejos, y con más trascendencia en la práctica, son los denominados *actos en cortocircuito*, que son reacciones impulsivas o explosivas del sujeto, como los ataques de ira o explosiones de cólera que se desencadenan por una vivencia de gran intensidad. Ej., nos encontramos a nuestro marido con su amante en nuestra cama, sufrimos un enorme ataque de ira y le lanzamos un objeto a la cabeza. Suele estimarse que tales actos, que integrarían la llamada *zona intermedia*, son formas de comportamiento en los que, de algún modo, interviene la voluntad, aunque sea levemente, por lo que no pueden considerarse actos meramente involuntarios. De ahí que se considere que no excluyen la acción o el comportamiento del sujeto, sino que, a lo sumo, pueden afectar a su culpabilidad, a través de circunstancias como el trastorno mental transitorio, arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante... Con más razón, no son actos involuntarios otros *comportamientos instintivos*, como los condicionados por el instinto de alimento, instinto sexual, etc.

También distintos de los movimientos reflejos son los denominados *actos automatizados*, que se dan, por ejemplo, en el ámbito de la conducción de vehículos a motor: ej., pisar el pedal de freno mientras se va conduciendo muchas veces se hace de forma prácticamente automática, sin una reflexión consciente. Sin embargo, estos actos suelen considerarse «acciones», al entender que se trata de actos controlables por la voluntad del sujeto, es decir, procesos potencialmente reconducibles que se hallan abiertos a la intervención reguladora y correctora de la voluntad; o por estimar que tales actos son comportamiento porque forman parte, junto con otros, de la conducta general y voluntaria de conducir un automóvil (el sujeto es consciente al menos de la globalidad del proceso).

### 2.2.3. Estados de inconsciencia

Bajo los estados de inconsciencia, como situaciones en las que está ausente la voluntad del sujeto, suelen incluirse supuestos relativos al *sueño*, *desmayos*, *la embriaguez letárgica* o, incluso, *la hipnosis*.

Comenzando por la *embriaguez letárgica o comatosa*, constituye el grado máximo de embriaguez y da lugar a un estado de inconsciencia que excluye la propia presencia de un comportamiento voluntario. Aunque el término embriaguez frecuentemente se asocia al consumo excesivo de alcohol, también otras drogas pueden producir efectos análogos de eliminación completa de la voluntad. Asimismo, pueden darse supuestos que, aunque no sean tan intensos como para llegar a excluir el comportamiento o «acción», afecten de manera relevante a la culpabilidad del sujeto, dando lugar a la aplicación de una atenuante o, incluso, de una eximente, como veremos más adelante.

En cuanto a la *hipnosis*, tradicionalmente se ha discutido si podía dar lugar a una ausencia de comportamiento o «acción», por total ausencia de voluntariedad. Antiguamente se pensaba que, si un sujeto estaba bajo el influjo hipnótico de un operador competente, este último podría conseguir de su paciente prácticamente cualquier cosa, incluida la realización de hechos delictivos. Dicho de otro modo, la voluntad del paciente podía quedar totalmente anulada frente a los deseos del hipnotizador. Hoy en día, suele estimarse que esto no es así, es decir, que ningún paciente o sujeto hipnotizado realizará algo que realmente no quiera hacer, por mucho que su hipnotizador se lo ordene.

En los supuestos relativos al sueño suele aludirse al *sonambulismo*. De hecho, nuestros tribunales admitieron como de ausencia de acción el caso de un guardia civil que, en servicio de guardia y en estado de sonambulismo, tomó su arma, disparó y alcanzó a su compañero, que resultó lesionado (SAP de Zaragoza, Sección 3ª, 140/1999 de 7 julio).

La SAP de Navarra, Sección 2<sup>a</sup>, 57/2003, de 6 mayo, confirmó la absolución de un conductor de camión que, a consecuencia de un repentino ataque de tos, perdió el aire, se desmayó al volante y colisionó con otro vehículo, resultando un muerto y varios heridos.

Mayor importancia práctica tienen los casos de *sueño sobrevenido durante la conducción de vehículos a motor*, que da lugar a graves siniestros de tráfico. Sin embargo, aunque en el momento en el que el sujeto se ha quedado dormido al volante no podamos afirmar su voluntad, esto no significa que el hecho deba quedar impune, como veremos a continuación.

Lo anterior rige también, *mutatis mutandis*, para los comportamientos omisivos. Ej., el padre atado de pies y manos, que tiene que ver sin poder evitarlo el asesinato de su hijo, o el tetrapléjico en silla de ruedas que no puede socorrer a otra persona.

### 2.3. La llamada «acción libre en la causa» (*actio libera in causa*)

Hemos estudiado que, como regla general, si está ausente el comportamiento por falta de voluntariedad en el momento del hecho no hay delito (ej., un conductor sufre un desvanecimiento repentino e imprevisible al volante y, debido a ello, atropella a un peatón). Sin embargo, tradicionalmente se ha venido considerando que esta regla está sujeta a una excepción: la denominada *acción libre en la causa*, que permitiría construir el delito sobre la base de un comportamiento anterior, siempre que el sujeto haya actuado con dolo (conciencia y voluntad con respecto al resultado) o, en ausencia de dolo, infringiendo el deber de cuidado que era exigible<sup>25</sup>. Ej.,

25 Cfr.: CARUSO FONTÁN, V./POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 140 y 141; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3<sup>a</sup> edición, ob. cit., pp. 141 y 142; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN

un sujeto sufre numerosos desvanecimientos a lo largo de la semana y, sin embargo, decide continuar utilizando su vehículo, de manera que, mientras va conduciendo, sufre uno de esos desmayos, atropellando y matando a un peatón.

La tradicional construcción estática de la «acción» ha llevado, por lo tanto, a la necesidad de buscar un comportamiento previo sobre el que construir la estructura del delito, que es la llamada acción libre en la causa. Sin embargo, posteriormente, una configuración más dinámica de la «acción» o comportamiento ha permitido a algunos afirmar que en realidad esa es la propia acción, contextualizada, por lo que no hay necesidad de considerar que se trata de un comportamiento anterior<sup>26</sup>.

En cualquier caso, la idea de la acción libre en la causa es sostener la construcción del delito sobre la base de un comportamiento anterior, en el que el sujeto ha actuado con dolo o, en ausencia de dolo, infringiendo el deber de cuidado exigible.

Ej.1: el controlador aéreo que se emborracha hasta quedarse dormido para provocar intencionadamente el choque de un avión y la muerte de los pasajeros (dolo).

Ej.2: el controlador aéreo que, por haber *salido de fiesta* la noche anterior, bebiendo alcohol y sin dormir nada, se queda dormido en su trabajo, de manera que su grave negligencia o falta de cuidado determina el choque del avión y la muerte de los pasajeros (imprudencia).

---

LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 99 y 100; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 82 y ss.

26 Véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 35 y 36.

También suelen ubicarse aquí los casos de *sueño sobrevenido durante la conducción* de vehículos a motor, que dan lugar a graves siniestros de tráfico, produciendo lesiones o, incluso, la muerte de otros conductores o peatones. Aunque en el momento en el que el sujeto se ha quedado dormido al volante no podemos afirmar su «acción», debido a su estado de inconsciencia, solo cabrá afirmar la impunidad si falta la acción libre en la causa. Y lo cierto es que, normalmente, estos supuestos se atribuyen a título de imprudencia, generando responsabilidad por el correspondiente delito imprudente (homicidio, lesiones...) con el argumento principal de que el sueño es un estado que generalmente avisa, por lo que el sujeto advierte que se está quedando dormido al tiempo de detener la marcha, y si no lo hace, comete una imprudencia grave.

Ya la STS de 29 de enero 1980 (RJA 1980\254), afirmaba: «Que tiene declarado con constancia y uniformidad esta Sala, que siendo la esencia de la imprudencia la desatención en la conducta de las personas, que provoca el descontrol de la conciencia y de la voluntad sobre el campo de actividad de esta conducta –cosas y seres humanos–, debe declararse que la fatiga y el cansancio actúan como causas muy frecuentes en la delincuencia culposa, en materia de tráfico, puesto que producen el debilitamiento de la atención de una parte, y de otra impiden o enervan la rapidez de reflejos que precisa todo conductor, ante cualquiera de las innumerables emergencias e imprevistos que puedan sobrevenir en toda conducción. Aquellas limitaciones, claramente perceptibles por el conductor que las sufre, colocan al conductor que ligera y mecánicamente continúa la marcha, en la denominada «actio libera in causa», esto es una situación culposa de peligro y creación de riesgo que en su origen es libre totalmente; y pese a observar las condiciones progresivas de inferioridad en que se va desarrollando la conducción del vehículo, con tal fatiga y cansancio, la continúa, lejos de interrumpirla, llegando al estado crepuscular de somnolencia, e integrando una conducta imprudente que esta Sala viene incluyendo en la temeridad; mas si a ello se añade que se quedó dormido el conductor, la temeridad es manifiesta e indiscutible –SS. 31 marzo 1971 (RJA 1971\1663), 26 junio 1973 (RJA 1973\2909), 27 marzo 1974 (RJA 1974\1462), 18 febrero 1975 (RJA 1975\437) entre otras muchas–». La STS 791/2001, de 8 de mayo (RJA 2001\7044) trata el caso de un conductor que a consecuencia del cansancio acumulado por no haber dormido nada durante la noche anterior, perdió el control del automóvil, que invadió totalmente el carril contrario, causando una muerte y otras lesiones, conceptuando los hechos como imprudencia grave.

## 2.4. Los sujetos de la acción

Antiguamente, no solo la persona física podía ser responsabilizada penalmente, sino que también podían serlo los animales e, incluso, las cosas. Ya en la Grecia clásica había un palacio de justicia (conocido como *pritaneo*) en donde —entre otras cosas— se juzgaban no solo animales, sino también objetos inanimados como estatuas. En un caso, un niño murió cuando le alcanzó una jabalina mientras miraba a un lanzador practicar en el gimnasio. Una corte debió determinar si la culpa era del niño, del hombre o de la jabalina. Solo en el caso de que fuera la jabalina, el juicio se haría en el *pritaneo*. Para los griegos, la culpa y el castigo tenían que ser atribuidos a alguna persona, animal o cosa.

Se han encontrado pruebas que evidencian juicios contra animales en casi todos los países de Europa hasta principios del siglo XX (ej., un perro fue sentenciado a muerte en Suiza en 1906). Muchos de los acusados eran cerdos, pues les dejaban correr libremente por las calles de las aldeas medievales y causaban serios daños, pero también pueden encontrarse juicios contra ratas que se comían las cosechas, orugas, osos, topos, burros...

Mientras los intelectuales habían asumido desde hacía siglos la diferencia evidente entre las personas, como seres racionales, y los animales o cosas, estos juicios continuaron. Así, Descartes, considerado como el padre del racionalismo y de la filosofía moderna, a mediados del siglo XVII ya señalaba que «la razón o el juicio es lo único que nos hace hombres y nos distingue de los animales».

Con el desarrollo de la ciencia del Derecho penal, que tiene su origen en el siglo XVIII y en el racionalismo propio del pensamiento ilustrado, frente a la irracionalidades, abusos y arbitrariedades del Antiguo Régimen, se impuso la idea de que solo el ser humano, como ser racional, puede ser sujeto de la «acción» o comportamiento desde la perspectiva del Derecho penal.

En cuanto a la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* (ej., una sociedad anónima o de responsabilidad limitada), en el Dere-

cho Romano se mantuvo la incapacidad de delinquir de las personas jurídicas, de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest*. Pese a ello, en la Edad Media y en la Edad Moderna fue habitual admitir su responsabilidad penal (*societas delinquere potest*) y en tiempos posteriores han convivido ambos modelos. Así, en el Derecho contemporáneo, conviene distinguir el sistema angloamericano del sistema continental europeo. En el Derecho angloamericano y en los países de influencia del *common law*, de estructura diferente al sistema romano-germánico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece como una creación jurisprudencial que surge inicialmente como una excepción en el siglo XIX y se generaliza desde mediados del siglo XX. Por el contrario, en el ámbito del Derecho continental europeo, de influencia romano-germánica, hasta tiempos recientes ha existido una resistencia a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de acuerdo con el ya mencionado principio romano *societas delinquere non potest*. Sin embargo, desde finales del siglo XX y principios del XXI, muchos países del continente europeo han empezado a admitir esta clase de responsabilidad: Holanda (1976), Portugal (1984), Francia (1994), Dinamarca (1996), Bélgica (1999), Suiza (2003), Rumanía (2006), etc.

En España, la reforma penal de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestionando también en nuestro país la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. De este modo, las personas jurídicas (sociedades y demás entes dotados de personalidad jurídica) pueden responder penalmente de los delitos cometidos en su nombre y beneficio por sus representantes o empleados. Sin embargo, como señala Mir Puig, la responsabilidad penal de las personas jurídicas «no obliga a modificar la afirmación de que todo delito requiera una conducta humana: el comportamiento humano sigue siendo el primer requisito de la definición de todo delito»<sup>27</sup>.

27 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 76.

Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de que será estudiada con mayor detenimiento posteriormente, conviene ya tener en cuenta el art. 31 bis del CP, que contempla el régimen general de esta responsabilidad, y el art. 33, 7 del CP, que se refiere a las penas aplicables a las personas jurídicas (ej., multa, disolución, clausura...). Esta responsabilidad solo puede declararse en los supuestos específicamente previstos en las concretas figuras delictivas de la parte especial del CP (ej., estafas, delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales...), por lo que se trata de un sistema de *numerus clausus*.

Sobre las *actuaciones en nombre de otro*, hay que tomar en consideración el art. 31 del CP: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Por lo tanto, se consagra la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas y, en general, de los que actúan en representación de otro. Se trata de una cláusula para evitar la impunidad en los denominados *delitos especiales*, cuando la cualidad especial requerida por el tipo (ej., ser deudor tributario) no se da en la persona que actúa. Ej., imaginemos que una sociedad de la que es administrador un futbolista defrauda a la Hacienda Pública un millón de euros de impuestos en un ejercicio. Si no existiera esta cláusula, el futbolista podía ampararse en que él no es el deudor, sino la sociedad, es decir, una persona jurídica distinta a él. Gracias a esta cláusula, se le puede hacer penalmente responsable, aunque no concorra en él la cualidad especial prevista en el tipo delictivo del delito contra la Hacienda Pública, pues dicha cualidad sí se da en la entidad en cuyo nombre o representación obra.

### 3. Concepto de tipo. La parte objetiva de los tipos

#### 3.1. El tipo: concepto, evolución y funciones

El tipo o *tipo de injusto* es la descripción general de la conducta prohibida que se lleva a cabo en la ley penal. Cuando Beling, en 1906, empleó por primera vez el término alemán *Tatbestand* (literalmente *supuesto de hecho*, aunque en el ámbito del Derecho penal suele traducirse como *tipo*) lo hizo con referencia al aspecto objetivo o externo de la tipificación delictiva (ej., los actos externos necesarios para matar, lesionar, robar...) <sup>28</sup>. Se trataba, así, de una descripción meramente objetiva y fáctica.

Frente a esa primera explicación del tipo, no tardó en objetarse que algunas tipificaciones delictivas no ofrecen meras descripciones objetivas, sino que contienen también elementos subjetivos, es decir, no solo elementos externos, sino también elementos internos, relativos a la intención, al ánimo. Un ejemplo al que suele acudir es el del tipo de hurto, que en nuestro CP se refiere a «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño...» (art. 234 del CP). Como puede comprobarse, este tipo se refiere al ánimo de lucro, es decir, al propósito de obtener un provecho, beneficio, ventaja o utilidad para uno mismo o para un tercero. Esto no es un elemento objetivo o externo, sino un elemento subjetivo o interno, referido a la intención del sujeto. Al advertir este hecho, algunos autores empezaron a señalar que algunos tipos delictivos solo pueden explicarse teniendo en cuenta tales elementos subjetivos, que se denominan *elementos subjetivos del tipo* o del injusto (ej., Mezger <sup>29</sup>). No obstante, consideraban que tales elementos

28 V. BELING, E.: *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Librería el Foro, Buenos Aires, 2002, pp. 73 y ss.

29 MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 287 y ss.

eran algo excepcional, por lo que el tipo continuaba concibiéndose como una descripción prioritariamente objetiva.

Welzel, sin embargo, sobre la base de su concepto de *acción finalista*, en la que lo esencial de la acción era la finalidad a la que se dirigía el sujeto, entendió que el dolo (la conciencia y voluntad del sujeto) debía incluirse en la tipicidad. De esta manera, estimó que el tipo de injusto estaba formado por dos partes: por un *tipo objetivo* y por un *tipo subjetivo*<sup>30</sup>. Esta es la concepción mayoritaria en la actualidad, aunque no se admitan los presupuestos ontológicos que sirvieron de fundamento a Welzel para llegar a dicha conclusión<sup>31</sup>.

Puede afirmarse que el tipo penal cumple una serie de *funciones* esenciales:

- 30 WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte general*, ob. cit., pp. 93 y ss.
- 31 Cfr.: CARUSO FONTÁN, V./POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 121 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 79 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 205 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 142 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 155; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 121 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 87; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 71 y ss.; SOLA RECHE, E., en *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, coords. C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016, pp. 115 y ss. Rechazan esta construcción, sobre la base de una concepción predominantemente objetiva del tipo, OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 129 y ss., quienes integran el dolo, no en la tipicidad, sino en la culpabilidad.

- 1<sup>a</sup>. Una función de *selección* de los comportamientos penalmente relevantes. De la multitud de comportamientos nocivos para convivencia que se producen, se seleccionan los que se estiman más graves y necesitados de respuesta penal.
- 2<sup>a</sup>. Una función de *garantía*, en la medida en que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden llegar a ser sancionados penalmente. Ello contribuye a la seguridad jurídica, valor esencial en un Estado de Derecho, pues los ciudadanos pueden conocer de antemano lo que puede ser penalmente sancionado.
- 3<sup>a</sup>. Una función *motivadora general*, ya que, con la descripción del comportamiento en el tipo penal, la ley indica a los ciudadanos lo que con carácter general está prohibido bajo la amenaza de una pena (ej., matar, lesionar, secuestrar, amenazar, robar...) Intenta así motivar, disuadir de esta clase de conductas.
- 4<sup>a</sup>. Una función *indiciaria de la antijuridicidad*, ya que la realización de la tipicidad es un *serio indicio* de que el comportamiento del sujeto puede ser contrario a Derecho. Como hemos señalado, normalmente, el comportamiento típico (ej., matar a otro) será antijurídico, aunque puede suceder que excepcionalmente no lo sea, si concurre una causa de justificación (ej., que el sujeto que mata haya actuado en legítima defensa). Por lo tanto, la tipicidad de un comportamiento no implica necesariamente la antijuridicidad del mismo, sino solo un indicio, sin duda serio y que normalmente se confirmará, pero puede suceder que excepcionalmente no se confirme<sup>32</sup>.

32 Sobre las funciones del tipo penal, véase, con más amplitud, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 57 y ss.

### 3.2. La estructura del tipo penal: la conducta típica, sujetos y objetos

En una aproximación general, los elementos estructurales del tipo son los siguientes: la *conducta típica*, los *sujetos* y los *objetos*<sup>33</sup>.

#### 1. La conducta típica:

La conducta típica se integra por dos partes: una *parte objetiva* y una *parte subjetiva*.

La *parte objetiva* se refiere al aspecto externo de la conducta (ej., los actos externos necesarios para cometer un allanamiento de morada, para injuriar...). En algunos casos –los llamados *tipos o delitos de resultado*– se contempla, además, un efecto separable de la conducta y que surge de ella (ej., la muerte de otra persona en el homicidio).

La *parte subjetiva* se refiere al aspecto interno de la conducta. Este aspecto interno puede concretarse en el dolo (conciencia y voluntad), la imprudencia (falta de cuidado o negligencia) y en otros especiales elementos subjetivos del tipo (ej., el ánimo de lucro en el hurto). Estos conceptos ya se explicarán en las lecciones correspondientes.

#### 2. Sujetos:

En este ámbito hay que distinguir dos clases de sujetos:

*Sujeto activo*, que es el que puede realizar el tipo delictivo. Normalmente, los tipos delictivos pueden ser realizados por cualquiera, por lo que reciben la denominación de *tipos o delitos comunes* (ej., el homicidio). En algunos tipos, sin embargo, solo pueden ser autores quienes reúnan unas características o cualidades específicas (ej., el

33 Así, sintéticamente, MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 87 y ss.

tipo de prevaricación judicial del art. 446 del CP exige que el autor sea Juez o Magistrado), por lo que reciben la denominación de *tipos o delitos especiales*.

*Sujeto pasivo*, que es el titular del bien jurídico protegido. Puede tratarse de un sujeto pasivo individual (ej., en el homicidio, que protege la vida de la persona física) o colectivo (ej., en los delitos contra el medio ambiente o la salud pública, que protegen bienes jurídicos de la colectividad).

### 3. Objetos:

El *objeto material* hace referencia a la persona o cosa sobre la que tiene que recaer la acción típica (ej., la persona física en el homicidio, o la «cosa mueble ajena» en el hurto).

Distinto del objeto material es el que, en ocasiones, se denomina *objeto jurídico*, que hace referencia al bien jurídico protegido, es decir, al valor o interés que se tutela a través de la norma. Así, siguiendo el ejemplo anterior, en el homicidio el bien jurídico sería la vida, y en el hurto, la propiedad.

## 3.3. Las principales clases de tipos

1. Atendiendo a la conexión o relación entre los tipos, se alude a *tipos básicos* y *tipos derivados*.

Los *tipos básicos*, como su propio nombre indica, contienen los elementos básicos o esenciales del injusto de un determinado delito (ej., tipo básico del robo con violencia o intimidación del art. 242. 1 del CP).

Los *tipos derivados*, por el contrario, contienen elementos accidentales o accesorios. Estos, a su vez, pueden ser *tipos* o *subtipos cualificados* o *agravados*, y *tipos* o *subtipos atenuados* o *privilegiados*. Así, por ejemplo, los apartados 2 y 3 del mismo artículo 242 contemplan

una serie de circunstancias típicas que determinan un aumento de la gravedad del robo. Por el contrario, el apartado 4 de dicho artículo contempla un tipo atenuado.

2. Atendiendo a la parte objetiva o externa de los tipos, interesa destacar la distinción entre *tipos de mera actividad* y *tipos de resultado*.

Los *tipos de mera actividad* son aquellos que se limitan a describir una acción u omisión, sin contemplar la producción de un resultado separable (espacio-temporalmente) de la conducta (ej., el allanamiento de morada del art. 202.1 del CP).

Los *tipos de resultado* son aquellos que no solo describen una acción u omisión, sino que también contemplan la producción de un resultado separable de la conducta (ej., el homicidio del art. 138 del CP contempla la muerte de otro derivada de la conducta homicida).

3. Atendiendo a la parte subjetiva o interna de los tipos, interesa destacar la distinción entre *tipos dolosos* y *tipos imprudentes*.

Los *tipos dolosos*, que son la inmensa mayoría, requieren que el autor los realice con conciencia y voluntad (ej., el homicidio del art. 138 del CP).

Los *tipos imprudentes*, por el contrario, implican que el sujeto no los realiza con conciencia y voluntad, pero sí por haber infringido el deber de cuidado que era exigible, es decir, por haber sido descuidado o negligente (ej., el homicidio del art. 142 del CP).

4. Atendiendo a la modalidad de conducta, interesa destacar la distinción entre *tipos de acción* y *tipos de omisión*.

Se denominan *tipos de acción* a aquellos que consisten en un hacer, es decir, que se realizan a través de un comportamiento activo del sujeto (ej., el hurto, que se refiere a tomar las cosas muebles ajenas).

Los tipos de omisión, por el contrario, son aquellos que se realizan a través de un no hacer (ej., la omisión del deber de socorro del art. 195. 1 del CP).

Como veremos más adelante, dentro de los tipos de omisión se distingue, a su vez, entre *tipos de omisión propios* (o tipos de omisión pura) y *tipos de omisión impropios* (o tipos de comisión por omisión). Los tipos de omisión propios o de omisión pura son aquellos en los que el tipo se limita a describir un no hacer, sin que se contemple la producción de un resultado (ej., la omisión del deber de socorro del art. 195. 1 del CP). Sin embargo, los tipos de omisión impropios o de comisión por omisión son tipos de resultado, pues no solo contemplan la conducta omisiva, sino también un resultado imputable o atribuible a dicha conducta. Estos tipos normalmente se obtienen de la combinación del art. 11 del CP con los correspondientes tipos de resultado. Así, por ejemplo, la madre que por imprudencia grave deja morir a su bebé ahogado en la bañera realiza un tipo de homicidio imprudente en comisión por omisión (art. 11 y art. 142. 1 del CP).

5. Atendiendo a su relación con el *bien jurídico protegido*, interesa destacar la diferencia entre *tipos de lesión* y *tipos de peligro*.

Los *tipos de lesión* son aquellos que contemplan el menoscabo del bien jurídico (ej., el homicidio del art. 138 del CP se refiere al que «matare a otro», es decir, a acabar con la vida de otra persona).

Los *tipos de peligro*, como su propio nombre indica, son aquellos en los que basta con poner en peligro o riesgo el bien jurídico. Así, por ejemplo, el art. 380 del CP se refiere a «El que condujere un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o integridad de las personas...». Posteriormente, dependiendo de la mayor o menor exigencia de verificación del peligro en el caso concreto, se hacen ulteriores clasificaciones dentro de los tipos de peligro, distinguiendo entre *tipos de peligro concreto*, *de peligro hipotético*, *de peligro abstracto-concreto*, *de peligro abstracto*...<sup>34</sup> Los

34 Véase: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 192 y ss.

*delitos de peligro abstracto*, en los que la conducta se tipifica porque generalmente conlleva un peligro, pero no es preciso comprobarlo en el caso concreto (ej., la conducción de vehículos a motor o ciclomotores sin permiso o licencia del art. 384 del CP) plantean serios problemas de legitimidad desde el punto de vista del principio de lesividad.

6. Atendiendo a los sujetos, interesa destacar la distinción entre *tipos comunes* y los *tipos especiales*.

Los *tipos comunes*, que son los más frecuentes, son aquellos que pueden ser realizados por cualquiera o, más precisamente, aquellos que no contienen limitaciones en el ámbito de los posibles autores (ej., el homicidio del art. 138 del CP se refiere a «El que matare a otro...»).

Los *tipos especiales*, por el contrario, limitan el ámbito de los posibles autores, de manera que solo pueden ser autores de los mismos quienes reúnan ciertas condiciones o cualidades específicas (ej., la prevaricación judicial del art. 446 del CP requiere ser «Juez o Magistrado»).

Dentro de los *tipos especiales* suele distinguirse, a su vez, entre *tipos especiales propios*, que contienen limitaciones en el ámbito de los posibles autores, sin que exista correspondencia con otro tipo común, y *tipos especiales impropios*, que aunque solo pueden ser realizados por quienes reúnan ciertas características o cualidades específicas, encuentran correspondencia con otro tipo común, de manera que la realización de esa conducta por quien no reúna tales condiciones especiales puede reconducirse y castigarse con arreglo a otro tipo delictivo común.

Con respecto a los denominados *tipos* o *delitos de propia mano*, categoría muy discutida y discutible<sup>35</sup>, se afirma que son aquellos que exigen la realización personal y directa del tipo, como se suele afirmar con respecto a algunos delitos sexuales, por lo que no es posible realizarlos a través de otra persona a la que se utiliza como un mero instrumento (no admiten la denominada autoría mediata).

35 Véase: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *El denominado delito de propia mano*, Dykinson, Madrid, 2004.

Frecuentemente, en los tipos especiales esa cualidad específica que debe reunir el autor consiste en un específico deber extrapenal que este ha de infringir. Así, por ejemplo, en los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, solo podría ser autor el que infringe su deber especial derivado de su posición oficial. Esto condujo a Roxin, en su célebre obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*<sup>36</sup>, a considerar que era preferible hablar de *delitos de infracción de deber*. En tales delitos, según Roxin, la autoría no dependía de que el sujeto tuviera el *dominio del hecho*, sino de esa infracción de un deber extrapenal, lo que le llevó a distinguir entre *delitos de dominio* y *delitos de infracción de deber*. Esta distinción ha adquirido importancia, sobre todo, en el ámbito de la delimitación entre autoría y participación.

Posteriormente, otros autores han profundizado en el fundamento de los delitos de infracción de deber, entre los que hay que destacar a Jakobs<sup>37</sup> y a Sánchez-Vera Gómez-Trelles<sup>38</sup>, ofreciendo una teoría general sobre los mismos, con consecuencias importantes en el ámbito de la participación criminal y en materia de tentativa. Estos autores parten de una clasificación de los hechos punibles, distinguiendo entre *delitos de responsabilidad por organización* y *delitos de infracción de deber*. Dicha clasificación es sustentada a su vez en la distinción entre *deberes negativos* y *deberes positivos*. Los *delitos de responsabilidad por organización* consistirían en la infracción de un *deber negativo*, mientras que los delitos de *infracción de deber* consistirían en el quebrantamiento de un *deber positivo*. En los primeros se infringiría un deber negativo de abstención, una obligación de inhibirse de realizar ciertos hechos, mientras que, en los segundos, se vulnerarían deberes positivos de ayuda o solidaridad. Por consiguiente, no cualquiera podría cometer un *delito de infracción de deber*, sino solo ciertas personas, las cuales, en virtud de su vinculación a una institución positiva, tendrían deberes especiales de ayuda o solidaridad, deberes de «edificar un mundo en común» con otras personas (por ejemplo, relaciones familiares, funcionarios públicos, etc.). En cambio, los *delitos de responsabilidad por*

36 ROXIN, C.: *Autoría y dominio sobre el hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

37 JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pp. 787 y ss.

38 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

*organización* podrían ser ejecutados por cualquiera, ya que abstenerse de dañar a otro es lo mínimo que se exige a los que viven en sociedad. Por lo tanto, en los *delitos de responsabilidad por organización* se quebrantarían órdenes de abstención, prohibiciones de realizar ciertas conductas. En cambio, en los *delitos de infracción de deber* se violarían deberes de realizar determinadas prestaciones en favor de otro, de ayudarlo, cooperar con él...<sup>39</sup>

### 3.4. La relación de causalidad y la imputación objetiva

Como hemos visto, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la tipicidad está compuesta tanto por elementos objetivos como por elementos subjetivos, por lo que se distinguen dos partes dentro del tipo: la parte objetiva o *tipo objetivo* y la parte subjetiva o *tipo subjetivo*. También hemos estudiado que el tipo objetivo se integra, en primer lugar, por el aspecto objetivo o externo de la conducta (ej., los actos externos necesarios para cometer un allanamiento de morada, para injuriar...) y que en algunos casos –los llamados *tipos o delitos de resultado*– se contempla, además de la conducta, un resultado, es decir, un efecto separable de la conducta y que surge de ella (ej., la muerte de otra persona en el homicidio).

Para considerar realizada la parte objetiva de un tipo se requiere, con carácter general, un comportamiento que encaje en la descripción legal imputable a una *conducta peligrosa*. Pero en los tipos de resultado, se requiere, además, que exista una determinada *re-*

39 Para una clasificación más completa de los tipos, cfr.: CARUSO FONTÁN, V./ POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 128 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 81 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 188 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 155 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 87 y ss.; ORTS BERENQUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 228 y ss.; FLORES MENDOZA, F, en *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, coords. C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016, pp. 106 y ss.

*lación o conexión* entre la conducta peligrosa y el resultado producido. Por ejemplo, si un conductor que iba a demasiada velocidad atropella con su camión a un peatón, que muere instantáneamente aplastado, podremos afirmar que existe una clara relación entre la conducta y el resultado producido (muerte del peatón). Pero si ese mismo conductor atropella al peatón, que queda gravemente herido, y mientras se está recuperando en el hospital muere por una infección hospitalaria, o muere porque la ambulancia que le recoge se estrella de camino al hospital, no podremos afirmar que existe una clara conexión entre el comportamiento inicial del conductor del camión y la muerte del peatón.

Para resolver el anterior problema, tradicionalmente se ha acudido a la *relación de causalidad*, con el fin de comprobar si la conducta del sujeto es *causa* del resultado o, si se prefiere, a la inversa, si es resultado producido es *consecuencia* de la conducta del sujeto. Pero, ya desde hace décadas, la doctrina mayoritaria viene considerando que la relación de causalidad no es suficiente y que se necesita verificar también una relación de *riesgo* entre la conducta y el resultado, que permita imputar dicho resultado (ej., la muerte de otro) a la conducta peligrosa del sujeto. De esta segunda relación o conexión se ocupa la denominada *teoría de la imputación objetiva*, que, como su propio nombre indica, trata de resolver si es posible o no imputar o atribuir al sujeto la realización del tipo objetivo (ej., si es posible o no imputarle la muerte del peatón)<sup>40</sup>.

40 Véanse, en general, CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 92 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 208 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 201 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 107 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 99 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 37 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*,

También la jurisprudencia, desde hace años, ha asumido que no basta con afirmar la relación de causalidad, sino que es necesario establecer «después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce...» (véanse, por ejemplo, STS 805/2017, de 11 de diciembre; STS 505/2021, de 10 de junio, y la jurisprudencia allí citada). STS 3/2016, de 19 de enero: «Tiene declarado esta Sala –cfr. SSTS 37/2006, 25 de enero; 1611/2000, 19 de octubre; 1671/2002, 16 de octubre y 1494/2003, 10 de noviembre, que... es la teoría de la imputación objetiva a través de la cual debe explicarse la relación que ha de existir entre la acción y el resultado típico. Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado... Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que conforme a estos postulados, comprobada la misma causalidad material, la imputación del resultado requiere, además, verificar –como decimos en la STS 470/2005, 14 de abril: a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal».

---

ob. cit., pp. 82 y ss.; PÉREZ ALONSO, E.: en *Derecho penal. Parte general*, coord. E. Pérez Alonso, Bdef, Motevideo-Buenos Aires, 2022, pp. 144 y ss.; SOLA RECHE, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 121 y ss. Véanse, también, CANCIO MELLÁ, M.: «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, dirs. J.R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo, Colex, Madrid, 2008, pp. 39 y ss.; FRISCH, W.: *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios penales y criminológicos*, n° 10, 1985-1986, pp. 167 y ss.; del mismo, «En defensa de teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y, también, contra algunos de sus partidarios», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 73, Fasc./Mes 1, 2020, pp. 9 y ss.; JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996; del mismo, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 226 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, EDESA, Madrid, 1992; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 342 y ss.

### 3.4.1. La relación de causalidad

Son diversas las respuestas que se han ofrecido para resolver la cuestión de si una conducta es causa del resultado.

#### A) *La teoría de la equivalencia de las condiciones*

Esta teoría, ideada a mediados del siglo XIX e influida por el *naturalismo* propio de aquella época —que pretendía someter las ciencias del espíritu al ideal de exactitud propio de las ciencias de la naturaleza— sostiene que, desde el punto de vista de la causalidad natural, todas las condiciones del resultado son equivalentes, por lo que no hay motivo para distinguir unas de otras. Es decir, todo resultado o efecto es consecuencia de una serie de condiciones, siendo todas ellas, desde el punto de vista causal, igualmente necesarias y, por tanto, equivalentes.

Desde tal perspectiva, ha sido habitual proponer la utilización de la siguiente fórmula: *es causa toda condición que, suprimida en la mente, haría desaparecer el resultado en su forma concreta* (es decir, en su modo, tiempo y lugar concretos). Ej., Antonio, asesino a sueldo, disparó una bala con su revolver sobre la cabeza de Juan, que murió instantáneamente. La pregunta que, según esta teoría, debemos hacernos es la siguiente: si suprimimos mentalmente (como si no hubiera sucedido) el comportamiento de Antonio, consistente en disparar sobre la cabeza de Juan, ¿desaparecería la muerte de Juan en su forma concreta? Si la respuesta es positiva, podremos afirmar que hay relación de causalidad, es decir, relación causa-efecto entre la conducta Antonio y la muerte de Juan. Como podemos comprobar, se trata de una fórmula hipotética, es decir, de plantearnos en nuestro pensamiento la suposición de que dicho comportamiento no se hubiera producido, es decir, de eliminar mentalmente la conducta realizada. Por eso, con frecuencia, se habla también de la *fórmula de la supresión mental* o de la *conditio sine qua non* (*condición sin la cual no se hubiera producido*).

Algunos autores, a raíz de la aportación de Engisch, han propuesto sustituir esta fórmula hipotética por la denominada de la *condición ajustada a las leyes de la*

*naturaleza*<sup>41</sup>. Esta fórmula prescinde del juicio hipotético de la supresión mental y se pregunta si el resultado aparece unido a la conducta con arreglo a las leyes de la naturaleza, cuestión que debe decidir el experto (ej., el médico forense) a la luz de los conocimientos científicos de su disciplina.

En cualquier caso, la insuficiencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones deriva, no tanto de su incorrección, como de los insatisfactorios resultados a los que conduce en un ámbito como el Derecho. Con arreglo a esta teoría, el ámbito de lo penalmente relevante tiende al infinito. Así, de acuerdo con este criterio, el comportamiento del asesino consistente en disparar sobre la cabeza de la víctima, es causa del resultado. Pero lo mismo puede decirse del comportamiento de la madre del asesino, por haberle concebido, pues si no lo hubiera hecho, el asesino no hubiera nacido y no hubiera podido disparar a su víctima. Idéntico razonamiento puede aplicarse a la abuela del asesino, al fabricante del arma, etc. Con este ejemplo, pese a que roza lo cómico o ridículo, se aprecia con claridad que pretender trasladar automáticamente los criterios de las ciencias de la naturaleza (ej., física, química, biología...) a las denominadas ciencias sociales y, en particular, al Derecho, sin hacer los debidos ajustes y valoraciones, puede conducir a resultados insatisfactorios.

Es más, ya hace tiempo que las propias ciencias de la naturaleza vienen realizando ajustes en el ámbito de la causalidad y así, por ejemplo, la física, sobre todo a raíz de la *teoría de la relatividad* de Einstein, dejó relegado a Newton y a la causalidad determinista que tenía la física hasta aquel momento. Posteriormente, el principio de incertidumbre afectó profundamente al pensamiento de físicos y filósofos, cuestionando el principio de causalidad. Pero ello no implica que el principio de incertidumbre anule toda certeza acerca de la naturaleza, ni que el conocimiento científico esté a merced de los caprichos imprevisibles de un Universo, donde el efecto no sigue necesariamente a la causa. Pero, además, la aceptación o no del principio de incertidumbre en el ámbito de la mecánica cuántica, no

41 Véase: ENGISCH, K.: *La causalidad como elemento de los tipos penales*, traducción de la edición alemana de Tübingen de 1931 por M. A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

cambia el hecho de que en el mundo macroscópico la indeterminación cuántica es casi siempre completamente despreciable, y los resultados de las teorías físicas deterministas siguen teniendo validez en los casos prácticos de interés. Por lo tanto, como señala Roxin, el jurista puede seguir trabajando con el concepto tradicional de causalidad, pues en el mundo de la vida cotidiana, que es con el que tiene que tratar el jurista, podemos «confiar en las leyes causales con una certeza prácticamente absoluta»<sup>42</sup>. Sin embargo, lo que no puede pretender es depositar la decisión sobre la responsabilidad de un sujeto en la mera causalidad sin efectuar las adaptaciones y valoraciones precisas.

Por eso, no tardaron en surgir una serie de teorías limitadoras de la causalidad, que como su propio nombre indica, pretendían limitar el concepto tan amplio de causa que ofrecía la teoría de la equivalencia de las condiciones.

### B) *Teorías limitadoras de la causalidad*

La idea inicial de estas teorías era limitar, desde la propia perspectiva de la causalidad, el concepto tan amplio de causa que ofrecía la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde toda causa del resultado era equivalente. Sin embargo, posteriormente se ha reconocido que muchas de ellas no eran teorías de la causalidad en sentido estricto, pues ya contenían elementos valorativos de atribución o imputación jurídica. Así, trataban de establecer una diferencia, con ayuda de diversos criterios, entre causa y condición, de manera que solo cuando la conducta constituyera una verdadera causa del resultado (y no una mera condición) podría tener relevancia penal. Dentro de estas teorías limitadoras puede destacarse *la teoría de la causa eficiente*, que sostiene que hay que atender a las condiciones que tengan una mayor eficacia causal. A tal efecto, se proponen distintos criterios, cuantitativos y/o cualitativos, como atender a la condición última (la inmediatamente anterior al resultado), la condición más eficaz, la condición decisiva...

42 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 347.

### C) *La teoría de la adecuación*

Mantiene que causa es únicamente la condición generalmente adecuada, con arreglo a la experiencia, para producir el resultado. A tal efecto, se propone la realización de un juicio de *previsibilidad*, en el siguiente sentido: hay que adoptar *la posición de un espectador objetivo (imparcial) y prudente, colocado en el lugar del autor y en el momento en el que se realiza la acción, y provisto de los conocimientos generales de la experiencia común y los especiales que tuviera el autor*. No será una condición adecuada si se llega a la conclusión de que el resultado se ha producido por pura casualidad o que era altamente improbable que se produjera. Así, en el célebre caso del sobrino que envía a su tío rico a un viaje en avión con la esperanza de que el avión se estrelle, muera y pueda obtener rápido la cuantiosa herencia, no podrá considerarse que el sobrino ha puesto una condición adecuada para el resultado de muerte de su tío, ya que antes del vuelo, un espectador objetivo y prudente habría considerado tal muerte como algo extraordinariamente improbable. Pero, por ejemplo, si el sobrino sabía que alguien había puesto una bomba en el avión en el que iba a viajar su tío, el espectador objetivo enjuiciará la conducta como adecuada y la muerte como previsible.

### D) *La teoría de la relevancia*

Ya propone atender a la condición que sea relevante desde un punto de vista jurídico-penal. La verificación de una relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones no supone aún que esta relación de causalidad sea relevante para el Derecho penal. A tales efectos, habrá que atender al sentido de las tipificaciones delictivas. Por lo tanto, la atribución solo podrá tener sentido cuando se comprueba que la acción es jurídicamente relevante atendiendo al tipo penal correspondiente.

Hoy en día, ya se reconoce que los criterios propuestos por las anteriores teorías, cuando no son impracticables o arrojan resultados insatisfactorios o parciales en el ámbito del Derecho penal, padecen un problema de falta de concreción. Sin embargo, el camino

iniciado por la *teoría de la adecuación* y, sobre todo, por la *teoría de la relevancia* no es en absoluto despreciable, pues sienta las bases de la *teoría de la imputación objetiva*, actualmente dominante, y que lo que pretende es, precisamente, concretar esos criterios que permiten afirmar la relevancia típica.

En la actualidad, la mayoría estima que en el plano de la causalidad es aceptable la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, pero su limitación no debe buscarse a través de la restricción del propio concepto de causa, sino añadiendo un nuevo plano relativo a la tipicidad: la denominada *imputación objetiva*.

Por ello, se distinguen dos planos diversos:

- 1º. El *plano de la causalidad*, a resolver por la teoría de la equivalencia de las condiciones. Aquí, no obstante, quedan excluidos los delitos de omisión, pues el no hacer, por su propia esencia, no es causal. El que no actúa, permite que los acontecimientos sigan su curso, pero no los causa (ej., los padres que no acuden al médico con su bebé gravemente enfermo de neumonía, por lo que termina muriéndose, lo que hacen con su comportamiento es no impedir que los acontecimientos sigan su curso natural, pero no los causan).
- 2º. El *plano de la imputación objetiva*, a resolver mediante el análisis de los tipos penales respectivos. Se trataría, por lo tanto, de corregir los excesos de la causalidad mediante el plano de la tipicidad, a través de una serie de criterios específicos que veremos a continuación.

### 3.4.2. La teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva ya logra precisar, en buena medida, los criterios que permiten esa atribución.

Aquí conviene distinguir dos aspectos: A) El que afecta a la imputación objetiva de la conducta, común a todos los delitos; B) El

que afecta a la imputación objetiva del resultado, en los delitos que contemplan la producción de un resultado, es decir, de un efecto separable (espacio-temporalmente) de la conducta (ej., el homicidio del art. 138 del CP).

A) *La imputación objetiva de la conducta*

Para que pueda considerarse que una conducta realiza la parte objetiva del tipo es necesario que dicha conducta haya creado un riesgo relevante que esté jurídicamente desaprobado. Este sería el primer criterio de imputación objetiva: *creación de un riesgo relevante*. Puede estimarse que ello no concurre en los supuestos de *riesgo insignificante* y *riesgo permitido*.

- a) Riesgo insignificante: se incluyen aquí los supuestos en los que el riesgo creado o incrementado por el sujeto es mínimo o insignificante. Ej., ya aludido, del sobrino que envía a su tío rico a un viaje en avión con la esperanza de que el avión se estrelle, muera y pueda obtener ya una cuantiosa herencia, lo que efectivamente y contra todo pronóstico sucede.

En estos casos, para decidir la existencia de suficiente riesgo, es habitual utilizar la fórmula proporcionada por la teoría de la adecuación, que ya hemos visto: el juicio de previsibilidad se lleva a cabo adoptando la posición de un espectador objetivo (imparcial) y prudente, colocado en el lugar del autor y en el momento en el que se realiza la acción, y provisto de los conocimientos generales de la experiencia común y los especiales que el autor pudiera tener<sup>43</sup>. Por ello, si el autor sabía, por ejemplo, que alguien había planeado un atentado

43 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 367.

con bomba en el avión en el que iba a viajar su tío sí habrá un riesgo relevante a efectos de imputación objetiva.

Aunque el requisito de la adecuación de la conducta suele exigirse tanto en los tipos dolosos como en los tipos imprudentes, hay casos dolosos (en los que el sujeto actúa con conciencia y voluntad) en los que se plantea si el grado de adecuación exigido debe ser menor. Ej., el célebre caso del *tirador inexperto*: un tirador inexperto, con la intención de matar de otra persona, dispara su rifle desde una distancia tal que resultaba prácticamente imposible acertar, hasta el punto de que los tiradores más expertos seguramente hubieran fallado. Sin embargo, y contra todo pronóstico, el tirador inexperto acierta con el disparo y mata a la víctima, como era su deseo. En principio, de acuerdo con la fórmula de la previsibilidad propuesta por la teoría de la adecuación, habría que negar la imputación objetiva y absolver al tirador, pues era absolutamente improbable el resultado de muerte, que se ha producido por pura casualidad. Sin embargo, la doctrina mayoritaria afirma la tipicidad en este caso.

Bajo el *principio de insignificancia*, también pueden caer los denominados casos de *bagatela*, de escasa importancia o valor. Ej., el que hace un pequeño regalo al médico o al funcionario (unas flores, unos bombones, le invita a un café...) no afecta de manera relevante al correcto funcionamiento de la Administración ni a la confianza de los ciudadanos en la misma, por lo que no realiza el tipo de cohecho. Ej., el funcionario que sustrae un folio o una grapa para un fin particular no realiza el tipo de malversación. Ej., el que en la terraza de un bar no tiene fuego y sustrae una cerilla al de la mesa de al lado, que se ha ido al lavabo, para encenderse el cigarro, no realiza el tipo de hurto...

- b) Riesgo permitido: tampoco cabe imputar objetivamente la conducta cuando, pese a suponer un riesgo que no es insignificante, el mismo carece de relevancia jurídica, por estar permitido en atención a determinados intereses generales<sup>44</sup>. Por ejemplo, el ejercicio de algunas actividades (como la conducción de vehículos a motor, la industria química, la investigación médica, etc.) entrañan peligros que no son insignificantes

44 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 371 y ss.

y, sin embargo, no puede haber imputación objetiva siempre que se mantengan dentro de los márgenes permitidos. El ejercicio de estas actividades no implica que el sujeto realice un hecho típico generalmente prohibido, pero excepcionalmente autorizado en ese caso, sino que el sujeto no realiza tipo delictivo alguno. Ej., quien, observando las reglas del tráfico, conduce un turismo por autopista a 120 km/h va generando un riesgo que no es insignificante (solo hay que ver las cifras de siniestros de tráfico) pero se trata de un riesgo permitido. No obstante, si sobrepasa esa velocidad, ya se sale de los márgenes del riesgo permitido.

También en este ámbito del riesgo permitido se alude al denominado *principio de confianza*, que implica que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, con carácter general se autoriza o *permite* confiar en su comportamiento correcto, siempre que las circunstancias del caso concreto no hagan pensar lo contrario. Ej., el conductor que va adelantando a otro vehículo no tiene por qué contar con que este gire a la izquierda inesperadamente. Este principio adquiere importancia, sobre todo, en las actividades que implican un trabajo en equipo (ej., equipos quirúrgicos, fabricación y mantenimiento mediante división del trabajo, como el mantenimiento de aeronaves...). En estos ámbitos, si cada uno tuviera que dedicarse a controlar el comportamiento ajeno, como mínimo, excluiría la dedicación plena a la actividad propia, cuando no sería imposible una división del trabajo eficaz<sup>45</sup>. Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han ido extendiendo el ámbito de aplicación de este principio y han llegado a definirlo como un criterio general con el que delimitar el deber de cuidado en todos aquellos casos en los que la producción del resultado lesivo puede verse condicionada por la actuación incorrecta de un tercero. En ocasiones se fundamenta el principio de confianza a partir del principio de *autorresponsabilidad*. Sin embargo, frente a ello se argumenta que en caso de un aumento del riesgo (ej., fallos perceptibles en la conducción del otro) el principio de confianza pierde su primacía y decae, por lo que también se protegen los bienes jurídicos del infractor de las normas, sin perjuicio de su responsabilidad propia<sup>46</sup>.

45 JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 253 y ss.

46 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 1004.

- c) Un sector de la doctrina también añade como criterio de exclusión de la imputación objetiva la disminución de riesgo, si el sujeto lo que hace es disminuir el peligro ya existente y, por lo tanto, mejora la situación del bien jurídico. Suele mencionarse el ejemplo de quien desvía una piedra dirigida a la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra que tan solo le dé en un hombro<sup>47</sup>. En estos casos, a pesar de que el comportamiento es causa del resultado, se afirma que no hay imputación objetiva y, por lo tanto, se excluye la realización del tipo, pues carecería de sentido prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran la situación del bien jurídico<sup>48</sup>. Otros autores, sin embargo, se oponen a este criterio, al entender que determina o no la presencia de la imputación objetiva a partir de elementos subjetivos (la intención del sujeto de disminuir el riesgo) o por trasladar al tipo objetivo una problemática de interés preponderante más propia del ámbito de la justificación (que debe estudiarse en el marco de la antijuridicidad, que es la siguiente categoría o elemento del delito)<sup>49</sup>.

Según la jurisprudencia, la «creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así

47 Véanse, por ejemplo, MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 105; PÉREZ ALONSO, E.; en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 146 y 147; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 365.

48 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 365 y 366.

49 Véase, por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 202 y 203.

como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado» (STS 61/2013, de 7 de febrero; STS 3/2016, de 19 de enero, entre otras).

La *consecuencia jurídica* de no haber creado un riesgo relevante es la falta de tipicidad penal y, por lo tanto, la impunidad.

### B) *La imputación objetiva del resultado*

Normalmente se estima que, en los delitos activos de resultado, es necesario comprobar:

1º. La relación de causalidad, a resolver a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si faltase la relación de causalidad, ya no es necesario seguir adelante. Pero si puede afirmarse dicha causalidad, es preciso pasar a analizar la imputación objetiva.

2º. La imputación objetiva del resultado, con arreglo a los siguientes criterios:

a) *Que se haya creado un riesgo relevante.*

Este aspecto ya lo hemos estudiado en el apartado anterior.

b) *Que sea ese riesgo el que se haya materializado o realizado en el resultado.*

Es necesario, por lo tanto, que sea ese riesgo que previamente se ha creado el que se haya plasmado en el resultado<sup>50</sup>.

Este criterio también es asumido por la jurisprudencia, que, como hemos visto, estima que «la constatación de una causalidad natural entre

50 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 373 y ss.

la acción y el resultado... es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que conforme a estos postulados, comprobada la misma causalidad material, la imputación del resultado requiere, además, verificar –como decimos en la STS 470/2005, de 14 de abril: a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción... El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la *autopuesta en peligro* o *principio de la propia responsabilidad*. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva» (STS 61/2013, de 7 de febrero; STS 3/2016, de 19 de enero, entre otras).

De ahí que deba negarse la imputación objetiva cuando no sea el riesgo creado por la conducta el que se materialice en el resultado, sino que sea otro riesgo distinto. Ej., un sujeto apuñala a otro en el abdomen con la intención de matarlo, hasta el punto de que hubiera muerto de no haber sido intervenido quirúrgicamente a continuación. Sin embargo, mientras la víctima está en el hospital, se produce un incendio en la planta en la que está ingresado y mueren todos los pacientes de la misma. O en el mismo caso, la ambulancia que viene a buscar a la víctima se sale de una curva, cae por un barranco y mueren todos los ocupantes. O en el mismo caso, el cuñado de la víctima, *testigo de jehová*, le retira la transfusión de sangre, por lo que no se recupera y muere. O en el mismo caso, imaginemos que es la propia víctima herida la que, pese a conocer la gravedad de su situación, se niega a ser tratado médicamente.

Aquí se incluyen los casos que la doctrina y la jurisprudencia antiguas calificaban como *interrupción del nexa causal*, y que actualmente ya se estima que no afectan propiamente a la causalidad, sino a la imputación objetiva. En realidad, la causalidad no se interrumpe por el hecho de que, entre la conducta y el resultado, se interfiriera una acción de terceras personas o de la propia víctima. La causalidad existe o no existe, pero no es algo que se pueda interrumpir. Esto es lo que defendía antiguamente la teoría de la *prohibición de regreso*, que sostenía que no se podía regresar o retroceder a momentos previos a la acción interruptora de un delito doloso.

Actualmente, estos casos se resuelven desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva. Así, en los ejemplos señalados, cabe la imputación objetiva de la *conducta*, pues quien apuñala a otro en el abdomen de ese modo, crea un riesgo no permitido de producir la muerte. Sin embargo, es habitual excluir la imputación objetiva del *resultado*, pues no ha sido el riesgo inicial de las puñaladas el que se ha materializado en el resultado, sino que ha sido otro riesgo diferente. Ello impide la imputación objetiva del resultado, pero no la imputación de la conducta inicial, que podrá ser castigada como tentativa (al existir dolo, esto es, conciencia y voluntad de matar). Es decir, se podrá discutir la atribución del resultado, pero lo que es indiscutible es que, en los ejemplos señalados, el autor ha intentado matar a otro.

La *consecuencia jurídica* de la no realización del riesgo en el resultado, por lo tanto, es la ausencia de consumación, por lo que, en su caso, se puede imponer la pena por tentativa.

- c) *Que el resultado producido esté cubierto por el fin de protección de la norma*

El resultado producido debe estar incluido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir, debe tratarse de uno de los resultados que la norma pretende

evitar<sup>51</sup>. Este criterio es útil para solucionar casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se plasma en el resultado, no debe haber imputación objetiva, pues caen fuera del fin de protección de la norma. Ej., si atropellas a un peatón por ir conduciendo tu vehículo de un modo gravemente imprudente, su muerte entra dentro del ámbito de protección de la norma, pues es un resultado que el precepto infringido pretende evitar. Pero si la madre del peatón sufre un infarto mortal al conocer que su hijo ha muerto atropellado, ese resultado ya cae fuera del ámbito de protección de la norma. En este caso, el fin de protección del precepto que castiga el homicidio no incluye a personas distintas del directamente afectado, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civiles por los daños indirectos que deriven de esa muerte. El precepto comprende, por lo tanto, el menoscabo a la vida *directo*, y no los menoscabos *indirectos o secundarios* derivados del anterior.

Aquí también suelen excluirse de la imputación objetiva los casos de *participación en la puesta en peligro de un tercero*. Salvo que se trate de una inducción o cooperación al suicidio, que está expresamente castigada en el art. 143 del CP, se estima que no debe haber imputación objetiva, porque el Derecho penal no protege a quien voluntaria y conscientemente se pone en peligro. Ej., un sujeto aconseja a otro que atraviese un lago con el hielo quebradizo, y este, pese a darse cuenta del peligro, lo cruza y encuentra la muerte. Ej., un sujeto convence a otro para jugar a la *ruleta rusa* y este acepta, con tan mala fortuna que le toca la bala y muere. Ej., un sujeto induce a otro a hacer una carrera con motos y este acepta, sufriendo durante la carrera un accidente mortal<sup>52</sup>.

51 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 377 y ss.

52 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 387 y ss.

También suelen excluirse de la imputación objetiva los supuestos en los que la evitación del resultado cae en la esfera o ámbito de *responsabilidad ajena*. Ello tiene importancia, sobre todo, para las actividades que sirven para combatir peligros (ej., bomberos, policías, socorristas, servicios de recate en la montaña...). A este respecto se argumenta que asumir tales riesgos forma parte de la profesión y de la propia esfera de responsabilidad, por lo que no puede pretenderse cargar la responsabilidad al que origina la situación de peligro (ej., el excursionista que se ha perdido en la montaña, el bañista que se está ahogando, el que origina imprudentemente un incendio en su casa...). Ej., un sujeto, imprudentemente, origina un incendio en su casa y durante de las medidas de salvamento muere un bombero. Ej., un excursionista, imprudentemente, se extravía en la montaña y durante las medidas de rescate muere un miembro del equipo de salvamento. Ej., un sujeto roba un banco, escapando en un vehículo, y durante la persecución policial, dos policías sufren un accidente mortal al salirse de una curva con su coche<sup>53</sup>.

Un sector de la doctrina también excluye los resultados sobrevenidos muy posteriormente (ej., un sujeto, con la intención de producir la muerte de otro, le contagia una enfermedad, generándole la muerte muchos años después, debido al lento deterioro del organismo). Se estima que el resultado de muerte queda fuera del ámbito de protección de la norma del homicidio doloso, pues no es voluntad de la norma imputar un resultado cuya producción se demora tanto tiempo<sup>54</sup>.

53 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 398 y ss.

54 Véanse, por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 201 y 202; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 208.

## 4. El tipo doloso activo

### 4.1. El dolo: concepto, regulación, composición y clases

#### 1. Concepto

Como hemos señalado, en el tipo de injusto suelen distinguirse dos aspectos: el tipo objetivo (aspecto externo) y el tipo subjetivo (aspecto interno). Este aspecto subjetivo puede concretarse en el dolo, la imprudencia y en otros especiales elementos subjetivos del tipo.

En el ámbito del Derecho, el término dolo es un término polisémico, que, por lo tanto, tiene diferentes significados. Incluso en el ámbito del Derecho civil y canónico, en ocasiones, se identifica con el engaño como vicio de la voluntad. Sin embargo, en el ámbito del Derecho penal, que es el que nos interesa aquí, el dolo suele entenderse como la *conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo* (ej., en el art. 138 del CP la conciencia y voluntad de matar a otro)<sup>55</sup>. Se trata, por lo tanto, de *saber* que se está realizando y *querer* realizar el tipo objetivo del delito. No obstante, un sector de la doctrina, cada vez más numeroso, estima que el dolo solo implica la conciencia (y no la voluntad) en la realización del tipo objetivo (ej., Jakobs<sup>56</sup>).

55 Cfr.: CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 96; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 208; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 226; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 120 y 121; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 73; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 415 y ss.; SOLA RECHE, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 125.

56 JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 312 y ss. Véanse también, GRECO, L.: «Dolo sin voluntad», en *Nuevo Foro Penal*, vol. 13, núm. 88, 2017, pp. 10 y ss.; con gran amplitud, RAGUÉS I VALLÈS, R.: *El dolo y su prueba en el*

En cualquier caso, la opinión casi unánime estima que no es equivalente, desde el punto de vista del *injusto* del hecho, la actuación dolosa y la actuación imprudente. Desde una perspectiva material, puede afirmarse que quien integra en su plan, quien incluye en sus cálculos, la realización de un tipo delictivo (ej., matar a otro) evidencia una actitud más hostil hacia el Derecho, hacia los bienes jurídicos, que justifica una mayor punición que aquel que no lo incluye entre sus cálculos y lo realiza por simple descuido, negligencia o imprudencia<sup>57</sup>.

En cuanto al *momento del dolo*, debe concurrir durante la ejecución de la conducta típica y, por lo tanto, no basta un dolo antecedente (*dolus antecedens*), es decir, un dolo previo a la ejecución. Ej., quien tenía previsto matar a su suegra, pero en la ejecución del hecho, la atropella y mata por descuido, al salir marcha atrás y a mucha velocidad con su coche del garaje, no actúa con dolo. Tampoco basta un dolo subsiguiente (*dolus subsequens*), es decir, un dolo posterior a la ejecución. Ej., quien mata por descuido a su vecino del piso de arriba, al que odia, aunque después se alegre profundamente de ello, no actúa con dolo.

## 2. Regulación

En cuanto a su regulación, debe aclararse que el dolo es la regla general en los tipos penales. Cualquier tipo penal debe considerarse doloso, salvo que se establezca expresamente que se trata de un tipo imprudente. Ello se deduce de la combinación de los arts. 10 y 12 del CP.

---

*proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 165 y ss.; RAMOS TAPIA, I., en *Derecho penal. Parte general*, coord. E. Pérez Alonso, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2022, pp. 174 y ss.

57 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 416 y ss.

Por una parte, el art. 10 del CP, como vimos, señala que «son delitos las acciones y omisiones, *dolosas* o *imprudentes*, penadas por la ley».

Por otra parte, el art. 12 del CP establece que «las acciones y omisiones *imprudentes* solo se castigarán cuando *expresamente* lo disponga la Ley».

Es decir, el tipo que no es expresamente imprudente debe entenderse que exige dolo para su realización. Este régimen jurídico determina que, normalmente, los tipos dolosos no aludan explícitamente a la exigencia de dolo, pues se entiende que está implícita. Por el contrario, los tipos imprudentes sí tienen que aludir de manera expresa a la necesidad de imprudencia.

Así, por ejemplo, el art. 138. 1 del CP señala: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años». Como puede comprobarse, este tipo delictivo no alude a la necesidad de dolo ni de imprudencia, por lo que se deduce que es un tipo doloso.

El art. 142.1 del CP, por el contrario, establece: «El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años». Como puede verse, este tipo delictivo, exige *expresamente* la necesidad de imprudencia, por lo que se trata de un tipo imprudente.

### 3. Composición

De la definición de dolo comúnmente aceptada en el ámbito del Derecho penal se deduce que el mismo está compuesto por dos elementos: un elemento intelectual (la conciencia o el saber) y un elemento volitivo (la voluntad o el querer).

## A) Elemento intelectual

Para actuar dolosamente el sujeto tiene que *saber* que está realizando el tipo objetivo. Ej., en el homicidio, tiene que saber que está matando a otra persona; en las relaciones sexuales con menores que la víctima es menor de 16 años; en el hurto que sustrae una cosa mueble ajena...

El elemento intelectual del dolo, por lo tanto, tiene que abarcar los elementos objetivos del tipo: sujetos (ej., en las agresiones sexuales a menores del art. 181. 1 del CP que sea una menor de 16 años), objetos (ej., en el hurto del art. 234. 1 del CP que sustrae una cosa mueble ajena), el resultado (ej., en el homicidio del art. 138. 1 del CP que está matando a una persona) y otras posibles circunstancias externas, como las de lugar, tiempo (ej., en el robo del art. 241 del CP que la casa en la que se realiza está habitada).

El conocimiento que exige el dolo es un *conocimiento actual*. No basta, en consecuencia, con un conocimiento meramente potencial. Es decir, el sujeto tiene que saber que está realizando los elementos objetivos del tipo de injusto y no es suficiente con que hubiera podido y debido saberlo. Esto último, dará lugar, en su caso, a la imprudencia, pero no al dolo. Ej., en el delito de prevaricación judicial, para considerar que el juez ha realizado el tipo doloso del art. 446 del CP, tiene que saber que está dictando una resolución injusta o contraria a Derecho. No es suficiente con que hubiera podido y debido saberlo. De este modo, si de las circunstancias del caso concreto, llegamos a la conclusión de que ese juez no sabía que estaba dictando una resolución contraria a Derecho, pero podía y debía saberlo, habiendo sido gravemente descuidado o negligente en su actuación (ej., aplicó preceptos derogados) no podremos aplicar el tipo doloso del art. 446 del CP, sino que tendremos que acudir al tipo imprudente del art. 447 del CP.

Pero que se exija un conocimiento actual, como el señalado, no significa que se requiera del sujeto un *conocimiento exacto, espe-*

*cífico o especializado* de que está realizando los elementos objetivos de un determinado tipo penal, que está previsto en un concreto artículo, que es un asesinato y no un homicidio, que hay alevosía y no simple abuso de superioridad... Requerir un conocimiento de estas características, solo al alcance de expertos en Derecho penal, sería absurdo. De ahí que se afirme que es suficiente a estos efectos con una *valoración paralela en la esfera del profano*, esto es, con hacer un paralelismo en el ámbito de un lego de Derecho, incluso aunque sea iletrado o inculto. Por seguir con el ejemplo del asesinato, basta con que el autor sepa que se ha aproximado sigilosamente a su víctima por la espalda y le ha disparado en la cabeza, con independencia de que sepa o no lo que es la alevosía a efectos jurídico-penales.

### B) *Elemento volitivo*

Para actuar dolosamente no basta con que el sujeto conozca los elementos objetivos del tipo, es decir, no basta con que *sepa* que está realizando el tipo objetivo de la figura delictiva, sino que se exige, además, la voluntad de efectuarlo, esto es, que el sujeto *quiera* realizar ese tipo objetivo (ej., en el art. 138. 1 del CP, que el sujeto quiera matar a otra persona).

Pero este *querer* no hay que confundirlo con los *deseos o móviles principales* ni con las *finalidades o motivaciones últimas* del sujeto para realizar el tipo delictivo. En alguna ocasión pueden coincidir, como en el caso del sujeto que mata por el mero placer de matar o del cleptómano que hurta en los grandes almacenes principalmente por el placer que le provoca realizar esas sustracciones, pero en muchos otros casos no coincidirán. Así, por ejemplo, en el asesino a sueldo que mata a otra persona por encargo, normalmente su motivación última y principal no será matar a esa persona, a la que probablemente ni conoce, sino obtener el pago prometido y gastarlo de determinada manera (ej., en una vida lujosa, en una casa mejor, en un vehículo más potente...). Pero si se acerca por la espalda y efectúa un disparo sobre la cabeza de la víctima, es evidente

que hay voluntad de matar, que quiere matar, y con eso basta para apreciar el elemento volitivo del dolo, aunque su motivación última y principal sea otra.

Tampoco hay que confundir el elemento volitivo del dolo con el *querer exclusivo*, es decir, puede suceder que la voluntad de realizar el tipo objetivo concorra con otra clase de finalidad de tanto, mayor o menor peso. Ej., el que sustrae, empleando fuerza en las cosas, la bicicleta de su vecino del piso de arriba para llevársela a su casa del pueblo, puede querer obtener un beneficio patrimonial que no le corresponde y, además, presumir de bicicleta último modelo los fines de semana que vaya al pueblo y, también, fastidiar o disgustar a su vecino de arriba, que le «cae fatal», y no por ello deja de realizar el tipo de robo.

En conclusión, *hay dolo aunque la voluntad de realizar el tipo objetivo no sea la finalidad principal o última, o la finalidad única de quien actúa*<sup>58</sup>.

No obstante, aunque generalmente se estima que el dolo solo comprende la conciencia y voluntad en la realización del tipo objetivo, al margen de esas otras *motivaciones*, que no formarían parte del mismo, la verdad es que los jueces y magistrados no siempre consiguen sustraerse a la influencia de esas motivaciones a la hora de valorar los casos y lo cierto es no siempre resulta fácil obviarlas<sup>59</sup>. Por ejemplo, un sujeto va conduciendo su vehículo a gran velocidad porque quiere llegar a ver a su madre anciana a la residencia antes de que termine el horario de visitas, dado que lleva unos días que

58 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 419.

59 Véase, a este respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Un reto para el dolo: los motivos del autor», en *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, coord.: M.L. Maqueda Abreu, M. Martín Lorenzo y A. Ventura Püschel, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2016, pp. 339 y ss.

se siente un poco triste y sola; o porque desea comprar un bonito regalo a esposa, antes de que cierren las tiendas, y llegar puntual a su cena de aniversario para que su mujer no se disguste. Otro sujeto, sin embargo, va conduciendo a la misma velocidad que el anterior, pero en este caso lo hace para presumir de coche frente a sus vecinos con menos recursos o porque no quiere llegar tarde a una fiesta en un prostíbulo en la que habrá sexo, drogas y alcohol. En definitiva, por poner otro ejemplo, no se valora igual a *Robin Hood*, que sustraía los bienes de los ricos para repartirlos entre los pobres y oprimidos, que al ladrón avaro, mezquino, cicatero, codicioso, egoísta y ávido de riqueza que, pese a ser ya millonario, continúa sustrayendo los bienes ajenos sin importarle lo más mínimo si las personas a las que se lo hace lo necesitan más que él. Piénsese, no obstante, que esta clase de consideraciones constituyen más bien valoraciones de tipo moral, basadas en arquetipos, prototipos, modelos, paradigmas, ejemplos o ideales morales e, incluso más específicamente, religiosos, que como tales no deben entrar en el ámbito del Derecho como disciplina heterónoma. Es decir, esta clase de valoraciones no deben introducirse en el ámbito de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, que consagra la libertad ideológica como derecho fundamental.

#### 4. Clases de dolo

En atención a la mayor o menor intensidad con la que concurren sus elementos suelen distinguirse las siguientes clases de dolo: *dolo directo en primer grado, dolo directo en segundo grado y dolo eventual*<sup>60</sup>.

60 Cfr.: CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 96 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 217 y 218; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 241 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 232 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho*

### A) *Dolo directo en primer grado*

En esta clase de dolo la intención del sujeto se dirige a la realización del tipo objetivo como un fin, es decir, se trata de un propósito u objetivo inmediato. Ej., la esposa que está harta de su marido y le pone veneno en la comida hasta que, por fin, se muere. Esta es la clase de dolo en la que el elemento volitivo (el querer) aparece con la mayor intensidad, por lo que no es necesaria una gran intensidad en cuanto al elemento intelectual. Ej., el asesino a sueldo que efectúa un disparo a gran distancia, aunque sepa que puede fallar, incurre en dolo directo en primer grado<sup>61</sup>.

### B) *Dolo directo en segundo grado*

Se trata del *dolo de consecuencias necesarias*, es decir, el sujeto advierte como necesaria o segura la realización del tipo objetivo y, aunque no la persigue directamente, la asume. Ej., María, harta de su marido, decide matarlo poniendo una bomba en su coche, pero sabe que su marido siempre está acompañado de su madre, suegra de María, pues nunca se despega de él. Pues bien, aunque el objetivo inmediato de María no es matar a su suegra, de la que piensa que bastante desgracia tiene con aguantar a ese hijo, lo asume como resultado necesario, coloca la bomba en el coche y mata también a la suegra. En esta clase de dolo, el elemento intelectual (el saber) presenta la mayor intensidad, pues el sujeto sabe con cer-

---

*penal. Parte general*, ob. cit., pp. 124 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 111 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 76 y 77; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 169 y ss.; ORTOS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 342 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 415 y 416; SOLA RECHE, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 127 y ss.

61 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 416.

teza, por lo que no es necesaria una gran intensidad en cuanto al elemento volitivo (el querer)<sup>62</sup>.

### C) *Dolo eventual*

En estos casos el sujeto advierte como probable la realización del tipo objetivo y, aunque no la persigue directamente, la asume. Ej., un sujeto, para cobrar el importe de un seguro, decide incendiar su propio bar, pero sabe que es probable que el incendio también podría afectar gravemente a las personas y a los bienes de los vecinos que viven en el edificio, encima del bar. Pese a ello, lo asume, provoca el incendio, se extiende a todo el edificio y mueren dos ancianos que vivían en el tercer piso, que no pudieron salir del edificio en llamas. En esta clase de dolo, el elemento intelectual (saber) se presenta con menor intensidad que en dolo directo en segundo grado y también el elemento volitivo (querer) es menos intenso que en el dolo directo en primer grado<sup>63</sup>. Ello determina una disminución del injusto del hecho y, en consecuencia, justifica una disminución de la responsabilidad criminal dentro del marco penal contemplado para el delito de que se trate.

*Ejemplo conjunto:* se le encarga a un asesino a sueldo matar a un empresario. Tras una serie de seguimientos, el asesino a sueldo comprueba que el empresario vive en un lujoso chalé y sale todos los días de su casa a las nueve de la mañana, en un vehículo blindado y acompañado de un conductor y de un escolta armado, por lo que estima que, si quiere asegurarse de lograr su objetivo y no ser atrapado, debe colocar un explosivo de alta potencia en la puerta del garaje, que se accionará al pasar el vehículo. Aunque sabe que, debido a la potencia de la bomba, también destruirá el vehículo y morirán necesariamente el conductor y el escolta, lo asume y deci-

---

62 *Loc. cit.*

63 *Loc. cit.*

de seguir adelante con su plan. Sin embargo, también comprueba que en el edificio de al lado hay una guardería y que precisamente a esa hora los padres dejan a los niños en la misma. Aunque sabe que, debido a la potencia de la bomba, también es probable que mueran algunos niños y sus padres, decide seguir adelante con su plan, asumiendo esas consecuencias. El día previsto, coloca la bomba, estalla al salir el vehículo del garaje y efectivamente mata al empresario, que era su objetivo inmediato (dolo directo en primer grado), mata también al conductor y al escolta, y destroza el vehículo (dolo directo en segundo grado) y asimismo mata a dos padres y a tres niños, a los que alcanza la metralla de la bomba (dolo eventual).

En *conclusión*, bajo el concepto de dolo directo en primer grado se integra lo que el sujeto persigue como un fin; bajo el concepto de dolo directo en segundo grado, es abarcado lo que el sujeto no persigue como un fin, pero prevé que se producirá con seguridad; y bajo el dolo eventual, cae lo que el sujeto no persigue como un fin ni tampoco prevé como seguro, sino que solo prevé que es probable que se produzca y, para el caso de que así sea, lo asume en su voluntad<sup>64</sup>.

Según la jurisprudencia recaída en casos de homicidio (STS 44/2019, de 1 de febrero; STS 333/2020, de 19 junio) «en cuanto a las modalidades del dolo, se vienen distinguiendo fundamentalmente dos: el dolo directo de primer grado (con una submodalidad de dolo directo de segundo grado) y el dolo eventual. En el dolo directo el autor quiere realizar intencionadamente el resultado homicida; y en el dolo eventual el sujeto activo se representa el resultado como probable y aunque no quiere directamente producirlo, prosigue realizando la conducta prohibida aceptando o asumiendo así la eventual muerte de la víctima. Dicho lo anterior, es importante reseñar ahora que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica

64 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 415.

en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal».

#### 4.2. Estudio particularizado del dolo eventual y su delimitación con respecto a la imprudencia

Particulares problemas plantea la delimitación entre el *dolo eventual* y la llamada *imprudencia consciente*, es decir, resulta difícil fijar con exactitud la frontera entre la modalidad menos exigente de dolo (*dolo eventual*) y la modalidad más exigente de imprudencia (*imprudencia consciente*). Sin embargo, no es una cuestión de mera «cirugía teórica», sino que tiene consecuencias prácticas relevantes, pues dependiendo del criterio adoptado, un mismo caso de homicidio, por ejemplo, encajará en el art. 138.1 del CP (prisión de 10 a 15 años) o en el art. 142.1 del CP (prisión de 1 a 4 años).

Tradicionalmente, en nuestro país se han enfrentado dos criterios fundamentales para tratar de solucionar esta problemática: la *teoría de la probabilidad* y la *teoría del consentimiento*<sup>65</sup>.

##### 1. Teoría de la probabilidad

Para la *teoría de la probabilidad (o representación)*, como su propio nombre indica, lo decisivo a estos efectos es el grado de probabilidad con el que el sujeto se representa la producción del resultado. Así, la conducta se estimará dolosa si el sujeto se ha representado la producción del resultado como altamente probable e imprudente si solo se lo ha representado como posible, como una posibilidad más o menos

65 Cfr.: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 218 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 235 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 112 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 77 y ss.

remota. De este modo, se pone el acento en el elemento intelectual del dolo (en el saber, en el conocimiento del elevado riesgo) y se renuncia, al menos en esta modalidad de dolo, al elemento volitivo (al querer).

## 2. Teoría del consentimiento

La *teoría del consentimiento (o aprobación)*, por el contrario, se resiste a renunciar al elemento volitivo del dolo, si bien lo exige con menor intensidad (ej., «asumir», «aceptar», «conformarse con el resultado»...). Así, para apreciar el dolo eventual no es suficiente con que el sujeto se represente la producción del resultado como probable, sino que es necesario, además, que el sujeto lo asuma, lo acepte, se conforme con ello. Por el contrario, si el sujeto, aun conociendo el riesgo, confiaba en que no se produciría el resultado, habrá imprudencia consciente. Esta confianza, no obstante, es más que una esperanza irracional o infundada.

Entre los argumentos que apoyan la teoría de la probabilidad se encuentra la dificultad probatoria que, en la práctica, puede plantear la demostración de ese elemento volitivo. Sin embargo, los partidarios de la teoría del consentimiento argumentan que no por ello puede eliminarse un elemento esencial del dolo, es decir, que si el dolo es conciencia y voluntad, tendrán que exigirse ambos elementos, si bien con diferente intensidad, en sus distintas modalidades, y no eliminar el elemento volitivo «a última hora». También argumentan que no siempre el conocer la probabilidad de producir el resultado debe dar lugar a una imputación a título de dolo.

Ciertamente, la mayor dificultad del dolo (y en general de los elementos subjetivos o internos del sujeto) se encuentra en su prueba, particularmente a la hora de demostrar en el proceso penal el elemento volitivo, el querer. Se trata de elementos que no son susceptibles de aprehensión o captación directa por el juez (ej., no puede introducirse directamente en la mente del acusado con una máquina y saber exactamente lo que pensaba en el momento en el que mataba

a la víctima), por lo que debe obtenerlos o deducirlos de circunstancias exteriores y verificables (ej., la zona del cuerpo a la que se dirigió el ataque, la clase de arma o instrumento utilizado, el número e intensidad de las acometidas, lo que escucharon los testigos, amenazas previas, etc.). Sin embargo, por una parte, esta es una dificultad general en el ámbito del Derecho y no por ello se debe prescindir de la prueba de tales elementos. Estas dificultades probatorias también se producen en otros sectores del Derecho penal (ej., en los delitos sexuales, cometidos frecuentemente en la intimidad, en la privacidad o en el aislamiento) y no por ello se debe prescindir de la prueba, ni invertir la carga de la misma con dicho argumento.

Pero, además, y sobre todo, es que el conocimiento del riesgo o peligro de una actuación no parece suficiente para efectuar la imputación a título de dolo, como reconoce la mayoría. Así, por ejemplo, cuando alguien sigue fumando en la cama pese a las reiteradas advertencias de su esposa y de su suegra, y provoca un incendio en el que muere su mujer, difícilmente podrá argumentar que desconocía el elevado riesgo de su actuación (que se le ha puesto de manifiesto hasta la saciedad) y, sin embargo, resultaría excesivo concluir que actúa con dolo de matar a su esposa. Podrá ser razonable argumentar que su conducta ha sido gravemente imprudente, pero no que ha sido dolosa, precisamente porque no es razonable afirmar que el sujeto *quisiera* que eso sucediese.

Otro ejemplo: la conductora de un coche que tiene prisa por llegar a su trabajo y se salta un semáforo o un stop, difícilmente podrá argumentar que desconocía el elevado riesgo de su actuación (solo hay que ver las cifras anuales de muertos y heridos en accidentes de tráfico). Sin embargo, si en ese momento aparece otro conductor en moto, chocan y debido a ello muere el motorista, podrá ser razonable argumentar que esa conductora ha cometido una imprudencia grave, pero resultaría excesivo condenarla por homicidio doloso con el argumento de que conocía el elevado riesgo de su actuación, pues lo cierto es que no es razonable afirmar que *quisiera* matar al motorista.

Y es que ese elemento volitivo, ese *querer*, es precisamente la clave que permite distinguir dos injustos sustancialmente diversos en cuanto a su gravedad, cualquiera que sea la perspectiva que se adopte (sociológica, axiológica...). No es lo mismo el caso del fumador o de la conductora que el caso del sujeto que mata *quiere* matar. Ese elemento volitivo es el que mejor permite dar el salto en el *injusto* del hecho, para pasar del homicidio imprudente al homicidio doloso. Por lo tanto, no parece que deba prescindirse en el dolo del elemento volitivo ni de su prueba en el proceso, aunque se exija forma más mitigada, aliviada o debilitada en el ámbito del dolo eventual.

Sobre la base de estas teorías de la probabilidad y del consentimiento, existen numerosos criterios que introducen matices, aunque suelen llegar a resultados similares a las anteriores. Así, es habitual afirmar que *hay dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente o se toma en serio la posibilidad de la realización del tipo objetivo y, al menos, se resigna a ello; y habrá culpa consciente cuando sujeto advierte la posibilidad de realización del tipo objetivo, pero no se la toma en serio, no cuenta seriamente con ella, confiando en que no se producirá*<sup>66</sup>. Junto a este criterio del *tomarse en serio-resignarse a*, se han ensayado multitud de criterios (*teoría de la indiferencia o del sentimiento, teoría de la posibilidad, las célebres fórmulas de Frank, teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, la teoría del conocimiento del riesgo de Frisch, la no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo de Jakobs, la teoría del peligro no cubierto o asegurado de Herzberg, la teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto de Schroth...*)<sup>67</sup>.

La jurisprudencia, aunque en ocasiones argumenta desde la teoría del consentimiento o afirma que ha llegado a una solución ecléctica, conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento, lo cierto es que se inclina por la teoría de la probabilidad o representación, relegando el elemento volitivo y la necesidad de su acreditación: «Estas dificultades en la explicación junto a las derivadas de la acreditación del elemento subjetivo que es necesario inferirlo del dolo, han propiciado un concepto normativo del dolo que esta Sala ha utilizado desde la Sentencia de la colza (STS 23-4-1992), basado en el conocimiento de

66 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 427 y 428.

67 Cfr.: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 219 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, cit., pp. 430 y ss.

que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido» (STS 333/2020, de 19 junio). Véanse, también, STS 537/2021, de 18 junio; STS 708/2021, de 20 septiembre; STS 763/2022, de 15 septiembre; STS 770/2022, de 15 septiembre; STS 900/2022, de 16 noviembre, y la jurisprudencia allí citada.

Incluso, en ocasiones, la jurisprudencia ha llegado a admitir la figura de la ignorancia deliberada (*willful blindness*), de origen angloamericano, en cuya virtud *quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y trata de beneficiarse, debe responder de las consecuencias penales de su actuar*. Según esta tesis, los casos de desconocimiento de los elementos del tipo provocados voluntariamente por el sujeto o las situaciones en las que el sujeto se ha colocado deliberadamente en un estado de *ceguera* deben ser equiparados a casos de conocimiento efectivo y merecen el tratamiento del delito doloso (STS 349/2008, de 5 de junio; STS 446/2008, de 9 de julio). Sin embargo, la equiparación de la denominada ignorancia deliberada con el dolo resulta profundamente objetable, pues supone admitir la existencia de un dolo, no ya sin voluntad, sino incluso sin conocimiento. De ahí que otras sentencias rechacen dicha equiparación. Así, la STS 507/2020, de 14 octubre, señala: «En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la *ignorancia deliberada* como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del art. 14.1 CP o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso). Este punto de vista ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se lo entendió como una transposición del *willful blindness* del Derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Asimismo, se ha llamado la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la *ignorancia deliberada* –cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STS de 20-7-2006– pueda ser utilizada para eludir «la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual» o para invertir la carga de la prueba sobre este extremo. Debemos, por lo tanto, aclarar que en el Derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Asimismo, tampoco cabe impugnar la aplicación del principio *in dubio pro reo* realizada por los Tribunales de instancia sobre los hechos con apoyo en un supuesto «principio» de la ignorancia deliberada» (véase, también, STS 415/2016, de 17 de mayo)<sup>68</sup>.

68 A nivel doctrinal, véanse: BEL GONZÁLEZ, E.: «La ignorancia deliberada en el derecho penal español», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 37, 2018-I, pp. 307 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «La teoría de la ignoran-

Los esfuerzos recientes sobre el dolo eventual se caracterizan, más que por un rechazo a las ideas generales ya plasmadas por la teoría de la probabilidad y la teoría del consentimiento, por un intento de objetivarlas, proponiendo una serie de indicios objetivos que apuntan a su existencia. Habitualmente parten de que el concepto de dolo incluye solo el conocimiento, intentando relegar el elemento volitivo. Sin embargo, a la hora de concretarse estas teorías, suelen incluir el elemento volitivo de manera encubierta, velada, disimulada, subrepticia en el propio concepto del saber, por lo que llegan a resultados similares a los de la teoría del consentimiento con elemento volitivo mitigado (asumir, conformarse con, resignarse a...). Y cuando pretenden ser consecuentes con el punto de partida, llegan a resultados similares a los de la teoría de la probabilidad, ya criticados. En ocasiones, sin embargo, se ofrecen conceptos normativos, en cuya verificación se alejan de la verdadera actitud del sujeto y se aproximan a parámetros como el del hombre medio, la persona realista, sensata..., lo que se opone al principio de reprochabilidad individual. También en alguna ocasión, dadas las dificultades de delimitación, se ha defendido la creación de una figura intermedia situada entre el dolo y la imprudencia que agrupe el dolo eventual y la imprudencia consciente (similar a la *recklessness* característica del ámbito angloamericano). Pero tal decisión, aunque pudiera simplificar la problemática y sería, en este sentido, pragmática (como es habitual en la cultura angloamericana), sin embargo, igualaría situaciones que, a nuestro juicio, no son en absoluto equiparables, como ya se ha puesto de manifiesto con los ejemplos del fumador y de la conductora.

Por otra parte, los elementos del dolo, como hemos señalado, no son susceptibles de aprehensión o captación directa por parte del juez, pues no puede introducirse en la mente de los demás, por lo que solo pueden deducirse de indicios objetivos. Y en este sentido, los esfuerzos recientes sobre el dolo eventual, proponiendo una serie de indicios objetivos que apuntan a su existencia, no son en absoluto desdeñables, pero no hay que confundir el dolo con el indicio de su existencia, es decir, no hay que confundir el objeto que se debe acreditar con los indicios para acreditarlo. Esto conduce a la una sumisión del Derecho penal sustantivo a los intereses facilitadores, simplificadores, allanadores del Derecho procesal-penal que no es de recibo. La función del Derecho penal sustantivo es determinar, en función de una serie de valoraciones materiales, cuando es justo y procedente apreciar que existe dolo, no facilitar o allanar el camino para acreditarlo en el proceso. Si se nos permite el símil, la función del Derecho penal no

---

cia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 1 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, R.: *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

es pasar la apisonadora sobre su carretera de conceptos para allanar el camino al Derecho procesal, sino reclamar al Derecho procesal que tome el camino sinuoso o pedregoso cuando sea necesario.

### 4.3. Otros elementos típicos subjetivos

Normalmente, el tipo de injusto solo requiere, en plano subjetivo, el dolo o, en los casos expresamente establecidos, la imprudencia (art. 12 del CP). Sin embargo, como ya se ha señalado, en algunos tipos se exigen, además, especiales elementos de carácter subjetivo, necesarios para realizar el tipo de injusto. Son los denominados *elementos subjetivos del tipo* o *elementos subjetivos del injusto*. Así, por ejemplo, que el sujeto actúe «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro» (art. 197. 1 del CP), o que celebre matrimonio inválido «para perjudicar al otro contrayente» (art. 218 del CP), o que en ciertos delitos patrimoniales actúe con «ánimo de lucro» (ej., arts. 234, 237, 243 o 248 del CP); elementos que deben añadirse al dolo para realizar el tipo de injusto en tales delitos.

Se trata, por lo tanto, de *específicos requisitos subjetivos, anímicos, que exigen que el sujeto actúe con una finalidad singular, con una peculiar intencionalidad*.

### 4.4. El «error de tipo»: concepto, regulación, clases y error de tipo inverso

#### 1. Concepto

Como se ha visto, uno de los componentes esenciales del dolo es el elemento intelectual, la conciencia, el conocimiento. El sujeto tiene que saber que está realizando los elementos objetivos del tipo. Ej., en el homicidio doloso, tiene que saber que está matando a otra persona; en las relaciones sexuales con menores que la víctima es menor de 16 años; en el hurto que sustrae una cosa mueble ajena...

La falta de conocimiento sobre alguno de esos elementos objetivos del tipo es lo que se denomina error de tipo<sup>69</sup>. El error del tipo, por lo tanto, es aquel en el que *el sujeto desconoce que concurren los elementos objetivos del tipo*. No obstante, el error, pese a su denominación, no exige una falsa suposición, es decir, no requiere confundir o equivocar una cosa con otra, sino que basta con el desconocimiento. Por lo tanto, no solo admite supuestos de conocimiento equivocado, sino también supuestos de desconocimiento.

Puede suceder, por ejemplo, que en una cacería de jabalíes uno de los cazadores creía que estaba matando a un jabalí, cuando en realidad estaba matando a una persona que se encontraba detrás de unas zarzas; o que un conductor iba por una carretera oscura y, sin darse cuenta, atropelló y mató a una persona; o que un sujeto desconociese que la chica a la que había seducido y con la que había mantenido relaciones sexuales no tenía todavía 16 años; o que pensase que la cosa mueble que tomaba no era ajena, sino propia...

La consecuencia de ello es que queda *excluido el dolo* y, por lo tanto, quien incurre en un error de tipo no actúa dolosamente. A lo sumo, el sujeto podrá ser castigado por imprudencia, pero solo en aquellos casos en que la ley prevea expresamente la posibilidad de cometer ese delito por imprudencia (art. 12 del CP). Así, por ejemplo, en el homicidio, aunque el sujeto actúe sin dolo, todavía podrá ser castigado por imprudencia en virtud del art. 142 del CP, pues dicho precepto contempla expresamente el homicidio imprudente. Pero lo normal, como sucede con las agresiones sexuales a menores y con el hurto, es que los delitos exijan dolo y no contemplen, por lo

69 Cfr.: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 210 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 147 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 82 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 230 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 415 y ss.

tanto, la posibilidad de realizarlos por imprudencia. En estos casos, el error de tipo y su efecto excluyente del dolo, lo que determina es la impunidad, es decir, no hay responsabilidad penal.

El error de tipo puede referirse a cualquiera de los elementos del tipo objetivo, ya sean de naturaleza eminentemente descriptiva (ej., matar a otro) o de naturaleza prioritariamente normativa, es decir, que exijan una valoración de carácter normativo (ej., cosa mueble ajena, documento...). Los elementos eminentemente descriptivos requieren, esencialmente, un conocimiento en el sentido de *percepción*, en tanto que los elementos prioritariamente normativos exigen, sobre todo, un conocimiento en el sentido de *comprensión*. No es necesario, sin embargo, como ya se ha señalado al tratar el conocimiento que exige el dolo, un conocimiento exacto, específico o especializado de estos elementos, sino que basta con la ya aludida *valoración paralela en la esfera del profano*. Por ejemplo, basta con que el sujeto sepa que se está llevando un objeto que no es suyo, sin necesidad de que conozca exactamente lo que es una *cosa mueble ajena* desde el punto de vista del Derecho penal. Por lo tanto, no es necesario que el sujeto tenga un conocimiento exacto de los conceptos jurídicos, como tampoco es preciso que el sujeto efectúe una subsunción correcta del hecho (ej., que sepa que es una apropiación indebida y no un robo), pues el denominado *error de subsunción* no excluye el dolo del sujeto. Tampoco hace falta una conciencia absolutamente *explícita*, es decir, que el sujeto reflexione específicamente sobre todos y cada de los elementos objetivos del tipo, sino que basta con una conciencia *implícita* (lo que se conoce en psicología y psiquiatría como *coconsciencia*, es decir, estados conscientes que no están en el foco de atención del sujeto, pero están en la franja del contenido de la consciencia, en la frontera o zona marginal de la consciencia). Ej., quien sustrae un teléfono móvil en unos grandes almacenes ya sabe que eso no es suyo, sin que sea necesario que efectúe una reflexión consciente y específica sobre la ajenidad de la cosa, sobre si pertenece a los grandes almacenes, a la compañía telefónica o al propietario del espacio arrendado, etc....

Pero ello no impide, como se ha señalado, que el desconocimiento o error pueda recaer tanto sobre elementos eminentemente descriptivos, como sobre elementos prioritariamente normativos. El desconocimiento sobre elementos eminentemente descriptivos se referirá, fundamentalmente, a una ausencia de percepción por parte del sujeto, en tanto que el desconocimiento de los elementos prioritariamente normativos se referirá, sobre todo, a una falta de comprensión por parte del mismo.

Ej.1: el error del cazador que, creyendo que mata a un jabalí, en realidad mata a una persona que está detrás de unas zarzas, se concretará fundamentalmente en una falta de percepción, es decir, en no haberse dado cuenta de que estaba matando a otra persona.

Ej.2: el error del sujeto que, equivocadamente, pensaba que la cosa que tomaba ya le había sido transmitida y era de su propiedad, se concretará fundamentalmente en una falta de comprensión, es decir, en no haber entendido adecuadamente las normas de la transmisión de la propiedad.

STS 916/2021, de 24 noviembre: «en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo... excluye en todo caso el dolo, ya que este requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005, de 18 de octubre)».

Conviene distinguir entre el *error de tipo* y el *error de prohibición*, pues ambas modalidades están reconocidas en nuestro Derecho penal vigente. En el error de tipo, como hemos señalado, *el sujeto desconoce que concurren los elementos objetivos del tipo*. Ej., desconocía que la chica a la que había seducido y con la que mantenía relaciones sexuales fuera menor de 16 años. En el *error de prohibición en sentido estricto (o directo)*, sin embargo, no se trata de que el sujeto desconoz-

ca un elemento del tipo objetivo (ej., que la chica era menor de 16 años) sino que lo que desconoce es la prohibición, es decir, no sabía que estaba prohibido. Ej., el sujeto sabía perfectamente que la chica con la que mantenía relaciones sexuales tenía 15 años, pero pensaba que eso no estaba prohibido (pues acababa de llegar a nuestro país y en su cultura y costumbres es absolutamente normal mantener relaciones sexuales y tener hijos a esas edades tan tempranas). El error de prohibición, que afecta al elemento de la culpabilidad, lo estudiaremos más adelante.

STS 438/2018, de 3 de octubre: «Así pues, mientras que el error de prohibición excluye la culpabilidad, el error de tipo excluye el dolo, al no considerar existente o haber valorado erróneamente un elemento del tipo... El dolo es un elemento subjetivo de la tipicidad o, con otras palabras, se integra en el tipo subjetivo, mientras que la conciencia de antijuridicidad pertenece a la culpabilidad. El dolo exige el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de ejecutar la conducta, mientras que la conciencia de antijuridicidad supone la apreciación de que la ejecución de esos elementos del tipo es antijurídica. El error de tipo supone la creencia errónea acerca de la concurrencia de alguno de los elementos del tipo. El error de prohibición, partiendo de una creencia adecuada sobre la concurrencia de los elementos del tipo, implica la creencia errónea de estar actuando conforme a Derecho. La distinción no es fácil cuando se trata de error sobre los elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad, pero, aun existiendo diversas posiciones doctrinales, la doctrina mayoritaria sostiene que los errores sobre elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, son siempre errores de tipo y así deben ser tratados. En ambos casos se requiere una prueba suficiente sobre tal errónea creencia, que ha de ser un comportamiento excepcional, y que ha de ser valorado de acuerdo con las características propias del caso concreto sometido a la valoración del Tribunal». STS 916/2021, de 24 de noviembre: «Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (STS 258/2006, de 8 de marzo, y STS 1145/2006, de 23 de noviembre)».

## 2. Regulación

El error de tipo aparece regulado en el art. 14, apartados 1 y 2 del CP, en los siguientes términos:

- «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación».

### 3. Clases de error de tipo

Sobre la base del art. 14, 1 y 2 del CP puede distinguirse, en primer lugar, entre el error sobre los *elementos esenciales* y el error sobre los *elementos accidentales, accesorios o secundarios*<sup>70</sup>.

#### A) *Error sobre elementos esenciales*

A esta clase de error se refiere el art. 14. 1 del CP cuando alude al «error... sobre un hecho constitutivo de la infracción penal...». Se trata del error que recae sobre elementos esenciales, que son aquellos de los que depende la propia existencia de la tipicidad. Ej., las «cosas muebles ajenas» en el hurto, de manera que, si el sujeto piensa que la cosa no es ajena sino propia, no hay hurto.

Dentro de esta clase de error, el mencionado apartado distingue, a su vez, si el error fuera *invencible* o *vencible*:

- a) Si el error fuera *invencible*, es decir, si no hubiera podido superarse ni aplicando la diligencia debida, el cuidado exigible, se excluye por completo la responsabilidad criminal<sup>71</sup>.

70 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 117 y ss.

71 Véase, por ejemplo, STS 1035/2009, de 17 de octubre.

- b) Si el error fuera *vencible*, es decir, si hubiera podido superarse aplicando la diligencia debida, la infracción se castigará, en su caso, como imprudente. Ello solo será posible, como ya hemos señalado, en aquellos casos en que la ley prevea expresamente la posibilidad de cometer ese delito por imprudencia (art. 12 del CP)<sup>72</sup>. Así, por ejemplo, en el homicidio, el CP no solo prevé la modalidad dolosa, sino también la modalidad imprudente (art. 142 del CP). De este modo, por ejemplo, al cazador que creía que estaba matando a un jabalí cuando en realidad estaba matando a una persona, no le podremos aplicar, debido a su error de tipo, el homicidio doloso, pero sí le podremos aplicar el homicidio imprudente si llegamos a la conclusión de que su error era *vencible*, es decir, de que podía haberlo superado si hubiera aplicado la diligencia debida, el cuidado exigible (ej., dadas las circunstancias de la cacería, debería haberse asegurado mejor antes de disparar, no debería haber disparado «al bulto» sin divisar claramente la pieza de caza, etc.)<sup>73</sup>.

72 STS 1070/2009 de 2 de noviembre: «lo dispuesto para el error de tipo, en el 14.1, esto es, castigar, en su caso, como imprudente el delito cometido por error vencible... Es sabido que la expresión *en su caso* quiere decir que, para que pueda sancionarse el delito cometido mediante error de tipo vencible, es preciso que se trate de infracciones en las que la modalidad de comisión (u omisión) por imprudencia se encuentre expresamente prevista en la ley (art. 12 CP), como ocurre por ejemplo con el delito de homicidio, lesiones graves o blanqueo de capitales (arts. 142, 152.1 y 301.3). Como el delito de estafa es esencialmente doloso, pues no hay norma alguna que prevea la sanción para los casos de imprudencia, ha de estimarse correcto el correspondiente pronunciamiento absolutorio respecto del delito continuado de estafa; siendo de aplicar esta misma razón para absolver también de la apropiación indebida, caso de que se hubiera considerado existente en el presente caso, como pretende el Ministerio Fiscal».

73 Véase, por ejemplo, STS 368/2016, de 28 de abril, que no obstante absuelve a la acusada por no quedar acreditado que la muerte del bebé fuera imputable a su conducta.

## B) *Error sobre elementos accidentales*

A esta clase de error se refiere el art. 14. 1 del CP cuando señala que el «error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación». Su ámbito de aplicación comprende, sin duda, tanto los elementos típicos agravantes, como las agravantes genéricas previstas en el Libro I del CP (art. 22 y, cuando agrave, art. 23 del CP).

Ej.1: una de las agravantes específicas previstas para el hurto, es que se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico (art. 235. 1, 1º del CP). Si sustraemos un libro de la Facultad pensando que es simple manual viejo y de escaso valor que nos va a venir bien para estudiar la asignatura y luego resulta que era una primera edición de enorme valor histórico, cultural o científico, no se nos podrá aplicar dicha agravante específica, pues lo desconocíamos, por lo que se ha producido un error. Por lo tanto, únicamente se nos podrá aplicar el hurto previsto en el art. 234 del CP, pero no el hurto agravado del art. 235 del CP.

Ej.2: si alguien mata a su hermano sin saber que es su hermano, no cabrá aplicar la circunstancia de parentesco del art. 23 del CP para agravar su responsabilidad penal.

Sin embargo, el art. 14. 2 del CP no se pronuncia sobre el posible error con respecto a los elementos típicos accidentales atenuantes, ni con respecto a las atenuantes genéricas previstas en el Libro I del CP (art. 21 y, cuando atenúe, art. 23). El art. 65 del CP se pronuncia parcialmente sobre esta cuestión, al señalar: «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes (genéricas) que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

Salvo en este supuesto (atenuantes genéricas de carácter objetivo) expresamente resuelto por la ley contra reo, los restantes supuestos de atenuación deben resolverse en sentido contrario, pues ni hay precepto que autorice a extender esa solución contra reo, ni cabe efectuar una analogía *in malam partem*. Así, por ejemplo, en el delito de detenciones ilegales, el art. 163. 2 del CP señala: «Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado». En este caso, si el sujeto pone en libertad al detenido dentro de los tres primeros días, pero por las circunstancias del delito piensa erróneamente que ha transcurrido más tiempo, se le debe aplicar este tipo atenuado, y no el tipo básico del art. 163. 1 del CP, más grave, dado que el sujeto ha dejado libre al detenido dentro de los tres primeros días. Lo contrario supondría aplicar un tipo que verdaderamente no concurre en el caso concreto, en función de suposiciones irreales del sujeto y sin ninguna base legal.

#### 4. Supuestos especiales de error

- A. *Error sobre el objeto*: en estos casos, el sujeto confunde a la persona u objeto, es decir, cree que es una persona u objeto cuando en realidad es otra persona u objeto. Aquí conviene distinguir:
- a) Si la persona u objeto son equivalentes, suele estimarse que el error es irrelevante, por lo que no tiene consecuencias jurídicas. Con o sin error, se le debe castigar igualmente. Ej., destrozamos el coche de Antonio, al que no conocemos de nada, creyendo que era el coche de Fernando, nuestro vecino del piso de arriba con el que nos llevamos muy mal.
  - b) Si la persona u objeto no son equivalentes, en el sentido de que no gozan de la misma protección, el error sí será relevante. Ej., un sujeto, creyendo que mata al Rey, en realidad comete un homicidio contra un ciudadano que no goza de protección especial. En este caso suele estimarse que habrá que castigar, además de por el homicidio que se ha consumado, por la tentativa del delito contra la Corona (art. 485 del CP). En el caso inverso, es decir, el de un sujeto que, creyendo que mata a un ciudadano que no goza de protección

especial, en realidad mata al Rey, existirá solamente un homicidio consumado y no el delito contra la Corona, pues el sujeto desconocía que estuviera matando al Rey<sup>74</sup>.

B. *Error sobre el curso causal*: en estos casos el sujeto quería producir un determinado resultado y, pese a su error en el curso de los acontecimientos, se termina produciendo efectivamente. Aquí hay que distinguir dos supuestos:

- a) Que la desviación del curso causal no excluya la imputación objetiva: ej., el asesino a sueldo dispara con un rifle hacia la cabeza de su objetivo con la intención de matarlo instantáneamente, pero solo le hiere gravemente, muriendo a los pocos días en el hospital debido a la gravedad de la herida. Este error es irrelevante, por lo que se le castiga igualmente.
- b) Que la desviación del curso causal sí excluya la imputación objetiva. Ej., en el ejemplo anterior del asesino a sueldo, la víctima muere porque la ambulancia que ha venido a buscarle se estrella contra un árbol, o de incendio en el hospital... En estos casos, como ya hemos visto al estudiar la teoría de la imputación objetiva, suele estimarse que no es el riesgo inicial el que se ha materializado en el resultado, sino que es otro riesgo distinto, por lo que se excluye la imputación objetiva del resultado (aunque cabe aplicar, en su caso, el delito en grado de tentativa)<sup>75</sup>.

C. *Error en el golpe (aberratio ictus)*: se da cuando el sujeto dirige su ataque contra una persona o cosa, pero por un error en la ejecución, daña otra diferente. Ej., el asesino a sueldo dispara hacia la cabeza de su objetivo, pero debido a su mala puntería, mata a su acompañante. Se plantean dos posibles soluciones. En primer lugar, considerar que hay un solo delito consumado por matar al acompañante. En segundo lugar, como suele estimarse preferible, apreciar dos delitos: uno consumado, por matar al acompañante, y otro en grado de tentativa, por intentar matar a su objetivo y no lograrlo<sup>76</sup>. Sin

74 Véanse: MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 118; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 84.

75 Véanse: MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 118; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 85.

76 Véanse: MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 119; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 85.

embargo, esta segunda solución, asumible con carácter general, puede dar lugar a una punición desproporcionada si se aprecia dolo (eventual) en el delito consumado<sup>77</sup>.

## 5. Error de tipo inverso

Se trata del denominado «error al revés», en el que se produce la situación inversa a la que hemos estudiado hasta el momento. Dicha suposición errónea puede recaer, en primer lugar, sobre elementos accidentales, genéricos o específicos. Ej., el ladrón que ha cometido un robo con fuerza en las cosas, cree que ha conseguido sustraer un auténtico cuadro de Goya y en realidad no era más que una copia de escaso valor. Suele estimarse que esta clase de error es irrelevante, por lo que no procede aplicar el tipo agravado del art. 240. 2 del CP, sino solo el tipo del art. 240. 1 del CP<sup>78</sup>.

El error de tipo inverso también puede recaer, en segundo lugar, sobre un elemento esencial (ej., el sujeto cree que está matando a una persona cuando en realidad está disparando a un espartapájaros). Ello plantea la problemática del castigo de la tentativa inidónea, que veremos más adelante.

77 En este sentido, STS 340/2022, de 7 de abril: «Pues bien, atendiendo al relato de hechos probados, resulta que ambos, la persona con la que discutía y a la que lanzó la copa y aquella que resultó lesionada, se encontraban juntos. En concreto, el Sr. José Luis se encontraba detrás de la persona que constituía el objetivo de la acusada, y por tanto era visible para ella, por lo que, si el golpe se dirigió hacia la persona con la que discutía, pero alcanzó al Sr. Jose Luis, nos encontramos ante resultados típicos equivalentes, por lo que debe apreciarse un solo delito doloso consumado».

78 Así, por ejemplo, MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 117.

## 5. El tipo imprudente activo

### 5.1. Consideraciones generales en torno a la imprudencia, concepto, regulación y clases

#### 1. Consideraciones generales y concepto

En términos generales, la imprudencia se refiere a la *falta de prudencia, al descuido, ligereza o negligencia*.

Tradicionalmente, se aludía a la imprudencia con término *culpa* y a los delitos imprudentes con la expresión *delitos culposos*, si bien esta terminología, que inducía a cierta confusión con la ya de por sí confusa culpabilidad como principio general y como elemento de cualquier delito, se ha ido abandonando progresivamente y hoy día ya es rara su utilización.

A diferencia del delito doloso, que ya hemos visto que implica la conciencia y voluntad en la realización del tipo objetivo, *el delito imprudente implica que el sujeto produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no con dolo, pero sí por haber infringido el deber de cuidado, es decir, por no haber puesto la diligencia debida, por haber sido descuidado, negligente*<sup>79</sup>.

79 Cfr.: CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 177 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 227 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 255 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 278 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 124 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 123 y ss.; MUÑOZ CONDE, E.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 89 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 169 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, cit., pp. 415 y 416; RAMOS TAPIA, I., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 183 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, coords. C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016, pp. 133 y ss.

Los delitos imprudentes han adquirido una importancia decisiva en la actualidad, tanto desde el punto de vista regulatorio (nuevas tipificaciones delictivas) como desde el punto de vista estadístico (volumen de delitos imprudentes que se cometen). Este incremento puede explicarse, al menos en parte, por las propias características de la sociedad actual, que algunos han llegado a calificar como *sociedad de riesgo*, en la que la globalización, las relaciones económicas, los nuevos modos de producción, el desarrollo científico y tecnológico, etc., son fuente de nuevos riesgos que, o bien se han generalizado, o bien son potencialmente muy destructivos<sup>80</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la generalización del uso de vehículos a motor, que ha dado lugar a que el tráfico automovilístico represente actualmente una de las fuentes principales de peligro y lesión a la vida y la integridad física, con numerosos muertos y heridos al año. Pero también hay otros ámbitos, como el medio ambiente, la salud pública o el uso de la energía nuclear, en que las imprudencias pueden generar daños enormes e, incluso, irreversibles<sup>81</sup>.

Pese a lo anterior, en un Estado social y democrático de Derecho, no puede perderse de vista el *principio de intervención mínima*, que ya sabemos que obliga a una doble restricción: 1) *Fragmentariedad*, en cuya virtud el Derecho penal solo debe proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves. Por lo tanto, la ley penal debe seleccionar aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (ej., vida, integridad física, salud) y castigar solo las conductas imprudentes más graves; 2) *Subsidiariedad*, pues el Derecho penal debe ser la *ultima ratio*, de manera que cuando estas situaciones puedan resolverse razonablemente acudiendo a otras ramas del Derecho menos radicales (ej., sanciones administrativas, responsabilidades civiles...) no debe intervenir el Derecho penal<sup>82</sup>.

80 ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 133 y 134.

81 En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 89 y ss.

82 *Loc. cit.*

Por otra parte, la regla general en Derecho penal debe ser el castigo de los delitos realizados con dolo, es decir, con conciencia y voluntad. La mera conducta imprudente de las personas, al ser menos grave que la dolosa, como regla general no debe dar lugar a responsabilidad penal. Ello explica que los tipos imprudentes sean y deban ser muchos menos que los dolosos, que normalmente exijan un resultado lesivo grave, y que se castiguen con una pena inferior a la modalidad dolosa.

En cualquier caso, no es solo una cuestión de principios y garantías penales, sino un problema eminentemente práctico, pues la penalización indiscriminada o excesiva de las conductas imprudentes en una sociedad como la actual, que exige a las personas afrontar numerosos riesgos, podría suponer una paralización de la vida social (transporte, industria, investigación...) <sup>83</sup>. Así como los delitos dolosos dependen de nuestra conciencia y voluntad, nadie estamos libres de tener un descuido y, de hecho, el ser humano los tiene constantemente. Si cada vez que ello sucede, al conducir un vehículo, al trabajar en una industria, al investigar en la Universidad, nos expusiéramos a incurrir en responsabilidad penal, al menos muchos, y precisamente los más sensatos y responsables, dejarían de conducir vehículos, de dedicarse a la industria química, a la medicina, a la investigación, etc., buscando tareas más simples y menos arriesgadas. Y no digamos ya en un país como el nuestro en el que raras veces se retribuye de un modo adecuado el riesgo que se asume (solo hay que pensar en los médicos de la Seguridad Social). Salvo en casos de auténtica heroicidad o de vocación propia de un misionero, no compensaría afrontar esos riesgos y esto es algo que una sociedad no se puede permitir. Por lo tanto, al legislador, antes de aprobar nuevas tipificaciones imprudentes, le debe «temblar la mano» y valorar cuidadosamente no solo la degradación

de derechos y garantías ciudadanas, sino el propio desarrollo de la vida social.

Antiguamente, la doctrina estimaba que la imprudencia no se ubicaba en el tipo de injusto sino en el elemento de la culpabilidad, considerándola, junto con el dolo, una *forma de culpabilidad*. Sin embargo, en la actualidad, ya se admite de forma casi unánime, desde diferentes perspectivas teóricas, que la imprudencia es un problema de tipicidad o, si se prefiere, que si el comportamiento del sujeto ha sido adecuado y prudente, si ha observado el cuidado debido, no hay ni debe haber tipicidad. Ej., si un sujeto conduce un vehículo a motor respetando todas las normas de tráfico y, pese a ello, lesiona a alguien que, de forma inopinada, sorpresiva e inesperada, aparece justo delante de su coche, no es que el conductor haya realizado un hecho típico y antijurídico (contrario a Derecho) que hay que esperar a resolver en el ámbito la culpabilidad, sino que su conducta, en la medida en que ha observado el cuidado debido, ni siquiera ha realizado el tipo de injusto de las lesiones<sup>84</sup>.

## 2. Regulación

En cuanto a la regulación de la imprudencia, ya hemos visto que el art. 10 del CP establece que son «son delitos las acciones y omisiones, dolosas o imprudentes penadas por la ley». También hemos estudiado que, como regla general, para que haya delito se exige el dolo, en tanto que la imprudencia solo se castiga cuando viene establecida expresamente (art. 12 del CP), siguiendo un sistema de incriminación específica (*numerus clausus*). Frente al sistema de incriminación genérica (*numerus apertus*), que en el mejor de los casos permite aplicar uno o varios preceptos generales a los

84 Véase, por todos, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 997 y 998.

diferentes delitos para determinar si pueden o no ser cometidos por imprudencia, y que depende en mayor medida de la opinión del intérprete, el sistema de incriminación específica en materia de imprudencia suele considerarse, con razón, más respetuoso con el principio de legalidad y en general con la seguridad jurídica, así como con el principio de intervención mínima, esenciales en un Estado de Derecho<sup>85</sup>. En un Estado de estas características los tipos imprudentes deben ser una excepción, limitada a casos especialmente graves (homicidio, lesiones graves...). Puede afirmarse que en nuestro Derecho penal vigente continúan siendo una excepción, si bien es cierto que en los últimos años han experimentado un cuestionable crecimiento.

Los delitos que pueden cometerse por imprudencia en nuestro CP son los siguientes: homicidio (art. 142), aborto (art. 146), lesiones (art. 152), lesiones al feto (art. 158), manipulación genética (art. 159.2), sustitución de un niño por otro (art. 220.5), insolvencias punibles (art. 259.3), daños (art. 267), blanqueo de capitales (art. 301.3), no facilitar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo (art. 317), daños sobre el patrimonio histórico (art. 324 CP), contra el medio ambiente (art. 331 CP), relativos a la protección de la flora y la fauna (arts. 332. 3 y 334. 3), relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 344 CP), estragos (art. 347), incendios (art. 358), contra la salud pública (art. 367), falsedad documental (art. 391 CP), prevaricación judicial (art. 447 CP), deslealtad profesional (467.2), contra las garantías constitucionales (art. 532), revelación de secretos (art. 601), no evitación de determinados delitos contra la comunidad internacional (art. 615 bis 2).

### 3. Clases de imprudencia

En el Derecho Romano, señala Mommsen, «la evolución del concepto de la responsabilidad general, distinguiendo en ella el daño producido intencionalmente y el derivado de desatención o descuido, fue debida sin duda alguna a la

85 DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 226; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 256; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 123; ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 143.

ciencia jurídica de tiempos de la República, igualmente que la distinción entre el concepto de los miramientos que todo hombre debe a su prójimo, y el concepto de miramientos que se deben unas a otras las personas que intervienen en una obligación contractual»<sup>86</sup>. En el desarrollo posterior de estas ideas, se llegó a distinguir entre una culpa grave o *culpa lata* para referirse a la negligencia extrema, que se definió como *el no entender lo que todos los hombres entienden*, y una culpa leve, que a su vez se subdividía en una culpa leve en abstracto (no poner la diligencia que pondría un buen padre de familia, un hombre medianamente diligente y cuidadoso) y una culpa leve en concreto (no poner la diligencia que suele poner el sujeto en sus propios asuntos). Finalmente, se aludía a la culpa levísima, para referirse a aquella tan ligera que ni el hombre más diligente estaba libre de cometer. Esta clasificación, o similares, todavía hoy influyen en las legislaciones, en la interpretación que se efectúa de las diferentes clases de imprudencia e, incluso, en los problemas que se plantean.

Tradicionalmente, nuestro Código Penal distinguía en entre una *imprudencia grave* (o temeraria) y una *imprudencia leve* (o simple). La imprudencia grave solía definirse, en la línea de la *culpa lata*, como la omisión de la diligencia más elemental, esto es, no poner el cuidado o atención que pondrían incluso las personas menos diligentes, utilizándose frecuentemente este baremo del *hombre menos diligente*. La imprudencia leve, que no podía dar lugar a delitos sino solo a *faltas* penales, solía definirse, en la línea de la *culpa leve* del Derecho Romano, por referencia al baremo del *hombre medianamente diligente y cuidadoso*. Por lo tanto, ya no era la omisión de la diligencia más elemental, que observarían incluso las personas menos diligentes, sino la omisión del cuidado que observaría una persona media, medianamente diligente y prudente.

Actualmente, nuestro CP distingue entre una *imprudencia grave* y una *imprudencia menos grave*. Normalmente, para la realización de un delito imprudente se exige, de acuerdo con el principio de *subsidiariedad*, que la imprudencia sea grave. Tan solo excepcionalmente se contempla, junto a la imprudencia grave, la imprudencia menos grave, concretamente en el ámbito de los delitos contra la vida (art. 142. 2 del CP) y en las lesiones particularmente graves (art. 152. 2 del CP). Desde la Reforma Penal de 2015, la *imprudencia leve* ha sido

86 MOMMSEN, T.: *Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, Themis, Bogotá, 1976, p. 62.

eliminada junto con las *faltas* del vigente CP, por lo que los hechos realizados por imprudencia leve ya no generan responsabilidad penal, sin perjuicio de que puedan dar lugar a responsabilidad civil o a otros tipos de responsabilidades (ej., disciplinarias).

Se suscitan dudas a la hora de interpretar el concepto de imprudencia menos grave y su distinción de la imprudencia grave<sup>87</sup>. A este respecto, las reformas de la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, *en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente*, y de la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, *de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor*, han modificado el tratamiento de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes con vehículo a motor o ciclomotor, y de los delitos contra la seguridad vial. Dichas reformas, rompiendo una larga tradición, aproximan una definición de la imprudencia grave y menos grave en el ámbito del homicidio y lesiones cometidos con vehículos a motor o ciclomotores.

Así, se modifica el delito de *homicidio* por imprudencia grave cometido con vehículo a motor o ciclomotor (art. 142. 1, párrafo segundo, del CP), en el que se señala: «A los efectos de este apartado se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 determinara la producción del hecho» (se refiere con ello a los delitos de conducción a velocidades muy elevadas y a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas).

87 Cfr.: CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 187 y 188; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 237 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 276 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 299 y 300; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 123 y ss.; MORILLAS CUEVA, L.: «La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones», en *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 771 y ss.; MUÑOZ CONDE, E.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 96; ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 349 y 350; RAMOS TAPIA, I., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 188 y 189.

En los casos de homicidio por imprudencia grave (con o sin vehículo a motor o ciclomotor) se introduce un nuevo art. 142 bis: «En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1, 2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado».

Asimismo, en virtud de la reforma de la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, *de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor*, se ha modificado el art. 142. 2, párrafo segundo, referido al homicidio con vehículo a motor o ciclomotor causado por imprudencia menos grave, y a este respecto de señala: «Se reputará en todo caso como **imprudencia menos grave** aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido **determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial**».

En el ámbito de los *delitos de lesiones* se introducen modificaciones similares: art. 152. 1, párrafo segundo: «A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 determinara la producción del hecho» (vuelve a referirse a los delitos de conducción a velocidades muy elevadas y a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas). Art. 152. 2: «El que por **imprudencia menos grave** causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses. Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como **imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial**. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada».

Finalmente, en los casos de lesiones por imprudencia grave (con o sin vehículo a motor o ciclomotor) el art. 152 bis también señala: «En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente

la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere **notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido**, y hubiere provocado **lesiones** constitutivas de delito del artículo 152.1, 2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado».

Aunque las definiciones de imprudencia grave y menos grave que contiene esta reforma solo se refieren al homicidio y lesiones cometidos con vehículo a motor o ciclomotor, contienen referencias legales importantes que no cabe desechar. Ello es particularmente trascendente en el ámbito de la imprudencia menos grave, dado que esta modalidad de imprudencia solo se contempla en el ámbito del homicidio y las lesiones.

Para distinguir la *imprudencia grave* de la *imprudencia menos grave* en la regulación vigente pueden plantearse diferentes opciones:

En primer lugar, considerar que todo sigue igual, estimando que la imprudencia menos grave ha venido a ocupar el espacio de la antigua imprudencia leve. Esta opción, sin embargo, no parece que se ajuste a la voluntad del legislador y de la ley, pues si ha eliminado la imprudencia leve y ha introducido la imprudencia menos grave no puede ser que la voluntad sea que todo siga igual. Si se hubiera pretendido que todo siguiera igual, se habría mantenido la imprudencia leve.

En segundo lugar, considerar que el contenido de la imprudencia grave sigue igual y que parte de los supuestos que anteriormente se consideraban imprudencias leves han pasado a ser imprudencias menos graves. Esta opción, sin embargo, tan solo subsana en parte la insuficiencia de la anterior, pues la voluntad del legislador y de la ley ha sido eliminar la imprudencia leve, no mantenerla, ni total ni parcialmente.

En tercer lugar, considerar que la figura de la imprudencia menos grave ha venido a absorber una parte de la imprudencia grave (la más baja) y una parte de la antigua imprudencia leve (la más alta). Esta opción incurre en la objeción de la anterior, contrariando la voluntad del legislador y de la ley.

En cuarto lugar, como consideramos preferible, estimar que las vigentes imprudencias grave y menos grave han venido a ocupar el lugar de la antigua *imprudencia grave*, absorbiendo la vigente imprudencia grave una parte de la antigua imprudencia grave (la más alta) y la imprudencia menos grave otra parte de la antigua imprudencia grave (la más baja). Esta opción, además de ser la más respetuosa con el *principio de intervención mínima* y, concretamente, con la exigencia de *subsidiariedad*, también parece la más acorde con las reformas penales de 2019 y 2022. Por una parte, en cuanto a la vigente imprudencia grave, los arts. 142. 1, párrafo segundo, y 152. 1, párrafo segundo, del CP, tan solo contienen dos ejemplos (los de art. 379 del CP), pero en todo caso los ejemplos a los que se remite hoy día se consideran imprudencias especialmente graves y peligrosas (delitos de conducción a velocidades muy elevadas y a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas). Por otra parte, se define la vigente imprudencia menos grave en los siguientes términos: «aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial» (véanse: arts. 74 y ss. del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial). Por más que pueda estimarse que existe una diferencia cuantitativa o cualitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, lo que resulta evidente es que el CP se refiere, para definir a la vigente imprudencia menos grave, a «infracciones graves de normas».

Por lo tanto, estimamos que lo más procedente es considerar que las vigentes imprudencias grave y menos grave han venido a ocupar el espacio de la antigua imprudencia grave y comportan, en todo caso, una *infracción grave del deber de cuidado*.

A los efectos de distinguir una de otra, debe tenerse en cuenta –de acuerdo con los arts. 142 bis y 152 bis del CP– «la

entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido»<sup>88</sup>.

En lo que atañe a la entidad y relevancia del riesgo o peligro, suelen combinarse dos variables: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico implicado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante)<sup>89</sup>. Ej., no es equivalente, desde este punto de vista, participar en una carrera de vehículos no autorizada en una carretera más o menos desierta en la que solo se genera un riesgo para bienes patrimoniales, que hacer la misma carrera en una carretera muy transitada por otros vehículos y conductores.

En cuanto a la entidad y relevancia del deber normativo de cuidado no es equivalente, por ejemplo, circular en un vehículo con una o varias luces fundidas, con los neumáticos gastados o no respetar una señal de ceda el paso, que circular en sentido contrario al establecido. En los casos en los que existan normas jurídicas extrapenales, puede servir de orientación la propia clasificación de las infracciones efectuada por dichas normas, de manera que la colocación de la infracción en el rango más elevado (ej., «son infracciones muy graves...») junto con la severidad de la sanción, será un indicio importante de la entidad y relevancia del deber infringido.

STS 464/2021, de 28 de mayo: «Como criterio general, la gravedad de la imprudencia se determina mediante un doble análisis. Desde una perspectiva objetiva o externa, ha de valorarse la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor; magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta

88 De acuerdo con los mencionados artículos, una vez afirmada la imprudencia grave y teniendo en cuenta el número y entidad de los resultados causados, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente una pena agravada.

89 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., p. 125.

activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. Desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto, de forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración (STS 133/2013, de 6 de febrero)». STS 945/2022, de 12 diciembre de 2022: «la jurisprudencia de esta Sala, en la determinación de los conceptos de imprudencia grave, menos grave y leve, concretamente en relación con la conducción de vehículos de motor, ha señalado, en primer lugar, que la constatación de la existencia de una infracción grave de la ley de tráfico determinante de la producción del hecho, es un fuerte indicador inicial de la existencia de una imprudencia menos grave, pero que no en todos los supuestos da lugar a esa calificación, pues la existencia de tal clase de infracción puede determinar las tres clases de imprudencia, en atención a las circunstancias de cada caso. Así, en la STS 284/2021, de 30 de marzo, citando la STS 421/2020, de 22 de julio, se recuerda que «la presencia de una infracción grave de tráfico —que es la pauta orientadora introducida en 2019— puede determinar: a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor magnitud de la infracción del deber de cuidado; b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices; c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales». Y, por otro lado, en segundo lugar, también ha afirmado en la citada sentencia que es posible apreciar una imprudencia grave en casos distintos de los relacionados con las previsiones del artículo 379: «el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el art. 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas). Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación con el art. 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero) estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo

que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave».

En el seno de la imprudencia, existe otra distinción, no tan relevante en la actualidad y a la que no se refiere el CP, entre *imprudencia consciente* e *imprudencia inconsciente*, que ya hemos estudiado parcialmente al analizar la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. En la imprudencia consciente el sujeto se representa el peligro, advierte el riesgo, pero *confía en que resultado no se producirá*. En la *imprudencia inconsciente*, sin embargo, el sujeto ni siquiera llega a representarse el peligro, no advierte el riesgo de su comportamiento. En principio, la imprudencia consciente, en la medida en que el sujeto llega a advertir el riesgo, es más grave que la imprudencia inconsciente, en la que el sujeto ni siquiera se da cuenta del peligro. Sin embargo, no siempre es así, pues la imprudencia inconsciente puede ser tanto o más grave que la consciente, si conlleva una infracción del deber de cuidado mayor que la realizada con culpa consciente<sup>90</sup>. Por lo tanto, la *conciencia del riesgo* no implica necesariamente una mayor gravedad, pues, en determinados ámbitos, que un sujeto haya realizado una conducta peligrosa, mostrando tal grado de desidia y despreocupación que ni siquiera se ha detenido un momento a pensar en los riesgos que comportaba, puede suponer una infracción del deber de cuidado incluso mayor<sup>91</sup>.

Finalmente, la denominada *imprudencia profesional* aparece como una agravación específica de la imprudencia grave en determinados delitos (homicidio del 142. 1, aborto del art. 146, lesiones del art. 152, lesiones al feto del art. 158 del CP). A estos efectos suele distinguirse entre la *imprudencia profesional* propiamente dicha, que implica la agravación, y la *imprudencia del profesional*, considerando que no es suficiente que la conducta imprudente se realice por un profesional (im-

90 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., p. 124.

91 En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 96.

prudencia del profesional), sino que es necesario que, al margen del simple dato objetivo de la condición personal del profesional, *la conducta imprudente se realice en el ejercicio de sus funciones y consista precisamente en la omisión grave de aquellas reglas del arte o normas técnicas que son exclusivas de la profesión, y no las que son comunes a todas las personas*, debiéndose así reservar la modalidad integradora del subtipo a aquellos supuestos integrados precisamente en la profesionalidad como tal<sup>92</sup>. Ej., si el ginecólogo llega muy tarde al parto porque ha estado de «fiesta» con sus amigos, no cabe hablar imprudencia profesional propiamente dicha, sino de imprudencia del profesional; por el contrario, si lo que sucede es que maneja los fórceps omitiendo las medidas más elementales de cuidado según la *lex artis*, cabe hablar de una imprudencia profesional y aplicar la agravación específica. Estos deberes, por lo tanto, no son los comunes que se imponen a cualquier persona, sino que se refieren a los del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que el sujeto ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de dichas reglas es lo que determina un mayor injusto, que explica la elevación de la pena. La denominada *lex artis*, por lo tanto, es un elemento clave de esta modalidad agravada, como conjunto de deberes que son propios de esa concreta profesión en el seno de cuyo ejercicio se produce la conducta imprudente.

## 5.2. El tipo de injusto en los delitos imprudentes

Como en todo tipo, en el tipo de injusto de los delitos imprudentes puede distinguirse una parte objetiva y una parte subjetiva.

92 STS 537/2005, de 25 de abril: «es preciso distinguir la agravada «culpa profesional» de la «culpa del profesional» ya que la agravada impericia profesional se caracteriza por la trasgresión de deberes de la técnica propia por evidente ineptitud, lo que constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (Cfr. Sentencia 1823/2002, de 7 de noviembre)». Véase, también, ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 144 y 145.

La *parte objetiva* implica la infracción del deber de cuidado y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (ej., la vida en el tipo de homicidio).

La *parte subjetiva* se caracteriza esencialmente por no haber querido realizar ese hecho típico, pues de lo contrario habría dolo.

Ej., el conductor que va toda velocidad, *por encima de lo permitido*, no le da tiempo a frenar y, *sin querer*, atropella y mata a un peatón que cruza un paso de cebra.

Algunos autores se pronuncian en contra de la división entre tipo objetivo y tipo subjetivo en el ámbito de los delitos imprudentes, porque la voluntad de realización del sujeto no se dirige al resultado penalmente relevante<sup>93</sup>. Sin embargo, otros autores admiten la existencia de un tipo subjetivo, al menos en la imprudencia consciente, que requiere que el sujeto *advierta el riesgo* y la *confianza* en que no se realizará el tipo<sup>94</sup>.

## 1. La infracción del deber de cuidado

Cuando nos preguntamos por el contenido de la conducta imprudente, nos encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia con componentes diversos. No obstante, la mayoría de las veces se menciona, como elemento esencial de la tipicidad, la *infracción del deber de cuidado*. Junto a él, frecuentemente se alude a la *previsibilidad* y/o la *evitabilidad* como presupuestos o requisitos de la imprudencia. Además, se recurre a la teoría de la imputación objetiva para limitar la responsabilidad por imprudencia.

Habitualmente, se estima que la infracción del deber de cuidado presupone la *previsibilidad objetiva*, pues respecto de aquello que

93 Así, por ejemplo, STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, trad. M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 418 y ss.

94 Así, por ejemplo, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., p. 1022.

es imprevisible no existe ni debe existir un deber de cuidado de intentar evitarlo. Pero se insiste en que el criterio de la previsibilidad objetiva no es suficiente, pues no toda conducta que objetivamente puede producir resultados lesivos es imprudente. Ej., conducir un automóvil por la noche en medio de una tormenta es una actividad peligrosa y, aunque pueda ser previsible que de ella derive un daño a los bienes jurídicos, no es ya, sin más, una imprudencia. Para que esa conducta peligrosa pueda ser calificada como imprudente es necesario, además de la previsibilidad, que el sujeto haya infringido las normas de cuidado que el tráfico exige observar<sup>95</sup>.

En cualquier caso, tras la característica infracción del deber de cuidado, se esconden una serie de criterios de imputación objetiva que ya hemos estudiado. Así, puede afirmarse que dicha *infracción del deber de cuidado tiene lugar cuando la conducta del sujeto crea un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico que supere los límites del riesgo permitido*.

En cuanto a las *fuentes del deber de cuidado*, en ocasiones, las normas de cuidado que deben observarse se recogen en *normas jurídicas extrapenales* (ej., Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial). Otras veces se trata de *reglas técnicas* propias del ejercicio de determinadas profesiones u oficios (médico, arquitecto, ingeniero, etc.)<sup>96</sup>. Estas reglas se conocen como *lex artis*. Sin embargo, muchas de las actividades de la vida cotidiana no están reguladas (ej., cocinar, planchar, dormir, etc.). Se habla, entonces de un *deber genérico de cuidado*, y para decidir si se ha infringido o no, se atiende a la experiencia común o general<sup>97</sup>. Ej., no debo irme de casa dejando una sartén con aceite al fuego. No hay normas escri-

95 En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 93.

96 Véase: ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 139 y ss.

97 DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 232.

tas que digan cómo hay que utilizar una sartén, pero es algo que se deduce del sentido común, de la experiencia general.

Sin duda, la infracción de normas jurídicas extrapenales es un serio *indicio* de la creación de un riesgo relevante, pero no lo fundamenta automáticamente, pues lo peligroso en abstracto puede no ser peligroso en el caso concreto. Tal infracción meramente formal, por lo tanto, no excluye la posibilidad de considerar que en el caso concreto no ha habido un riesgo relevante desde una perspectiva jurídico-penal. Más que dudoso, sin embargo, es el supuesto inverso, es decir, que alguien respete escrupulosamente esas normas y, a pesar de ello, su conducta pueda considerarse imprudente, como en alguna ocasión se ha admitido.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de criterios destinados a precisar el concepto de imprudencia penalmente relevante. En términos generales ya los hemos estudiado (creación o incremento de un riesgo jurídicamente relevante, riesgo permitido, fin de protección de la norma...).

Como hemos visto, es común afirmar que en este ámbito no es suficiente con la previsibilidad objetiva, sino que se precisa, además, un comportamiento con un nivel de peligro que *supere o rebase los límites del riesgo permitido*. En la sociedad actual, el deber normativo de cuidado o diligencia solo tiene sentido observarlo con respecto a aquellas conductas o situaciones cuya peligrosidad exceda el riesgo permitido. Suele destacarse en este ámbito, como manifestación concreta del riesgo permitido, el *principio de confianza*, sobre todo en materia de circulación de vehículos a motor y, en general, en las actividades en las que opera la división de trabajo (ej., equipos quirúrgicos, fabricación y mantenimiento mediante división del trabajo, como el mantenimiento de aeronaves...). Como ya hemos estudiado, este principio implica que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, con carácter general se autoriza o *permite* confiar en su comportamiento correcto, siempre que

las circunstancias del caso concreto no hagan pensar lo contrario<sup>98</sup>. Se trata de un principio que permite excluir el riesgo jurídicamente relevante.

Ej.1: el conductor de un vehículo a motor puede confiar en efectuar un adelantamiento respetando las normas de tráfico sin que el conductor del vehículo adelantado efectúe un giro hacia la izquierda. No obstante, si observa que el vehículo que lleva delante va «haciendo eses», oscilando de un lado a otro o escorándose, decae esa confianza y deberá adaptar su comportamiento a la situación de peligro.

Ej.2: en el quirófano, durante una intervención quirúrgica, el cirujano puede confiar en que los restantes miembros del equipo (ej., enfermero, anestesista...) realizarán su trabajo correctamente. No obstante, si percibe que el anestesista presenta serios síntomas de estar ebrio, no cabe oponer el principio de confianza.

Sobre todo, donde faltan normas escritas o parámetros claros de conducta, es habitual aludir a una serie de criterios generales para determinar la relevancia del riesgo:

- 1.º *Deber de advertir la presencia del peligro* (frecuentemente denominado «deber de cuidado interno»): precisamente por la existencia de este deber de advertir el peligro puede castigarse la *imprudencia inconsciente*, en la que el sujeto ni siquiera llega a advertir el riesgo de su conducta.
- 2.º *Deber de preparación e información previa*: antes de emprender determinadas acciones que pueden resultar peligrosas para los bienes jurídicos, el sujeto debe prepararse e informarse. En síntesis, como señala Roxin, «quien no sabe algo, debe informarse»<sup>99</sup>.
- 3.º *Deber de omitir acciones peligrosas*: quien pretende emprender algo peligroso y no es capaz de hacer frente a los peligros debido

98 DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 232 y 233.

99 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 1009 y 1010.

a insuficiencias físicas o por falta de experiencia, práctica o habilidad, debe omitir la conducta. En caso contrario, el solo *emprendimiento* de la actividad ya constituye una imprudencia. En síntesis, como señala Roxin, «quien no puede hacer algo, debe dejarlo»<sup>100</sup>.

- 4.º *Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas*: la vida moderna permite e incluso exige afrontar numerosas situaciones de peligro que se consideran útiles para la sociedad. Aquí no rige el deber de abstenerse de realizarlas, pero sí de llevarlas a cabo con precaución.

En el ámbito angloamericano se acude al criterio de lo *razonable*, de manera que si se considera que el sujeto no actuó como lo hubiera hecho en esas circunstancias una persona razonable, puede afirmarse la imprudencia.

Por otra parte, se ha discutido ampliamente en la doctrina si el deber de cuidado es un *deber objetivo*, con independencia del individuo en particular, o un *deber subjetivo*, que atiende a las capacidades individuales del concreto sujeto<sup>101</sup>. Ej.: ¿Se le debe exigir lo mismo a estos efectos a un cirujano genial que a un cirujano normal?; ¿se le debe exigir más a un piloto de carreras experimentado que a un conductor común?

Normalmente se estima que hay un *deber objetivo de cuidado*, que se sitúa en el tipo de injusto de los delitos imprudentes, mien-

100 *Loc. cit.*

101 Cfr.: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 229 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 257 y ss.; HIRSCH, H. J.: «Sobre lo injusto del delito imprudente», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 217 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 283 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 128 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 1013 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 136 y 137.

tras que el *poder individual del sujeto* para cumplir con ese deber se sitúa en el elemento de la culpabilidad. Es decir, la cuestión de si el sujeto concreto podía cumplir esas exigencias generales únicamente es un problema de culpabilidad. A este respecto se argumenta que la capacidad individual de actuar de otro modo —al menos en los delitos comisivos— es un problema de culpabilidad. Si se pretenden introducir estos criterios individualizadores en el tipo, entonces se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad<sup>102</sup>.

Por tanto, suele estimarse que el deber de cuidado es *objetivo*, si bien se acude a baremos como el del *hombre diligente en la misma posición del autor*; es decir, no se aplica a todas las personas el mismo nivel de exigencia, sino que se tienen en cuenta los conocimientos especiales de la situación que tuviera el sujeto, su nivel cultural, profesional...

De este modo, quien no infrinja el deber objetivo de cuidado, su comportamiento es atípico y, por lo tanto, no hay delito. Pero más allá de circunstancias objetivables, el poder subjetivo del individuo de ajustarse a la norma de cuidado se valora en el elemento de la culpabilidad. De esta manera, si el individuo en particular no podía ajustar su comportamiento al deber objetivo de cuidado, se disminuye su culpabilidad o, en casos extremos, se excluye.

En los últimos años, sin embargo, un sector de la doctrina ha retornado a la idea del *deber subjetivo*, que atiende a los poderes y facultades del individuo en particular. De este modo, se considera que si el sujeto en particular, debido a sus concretas capacidades y habilidades, podía haber actuado con mayor prudencia que el hombre medio, debió hacerlo, y si no lo hizo, su imprudencia es penalmente relevante. Por el contrario, quien no podía comportarse

102 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, ob. cit., pp. 1015.

con la prudencia del hombre medio, no realiza ni siquiera el tipo delictivo (ej., Stratenwerth<sup>103</sup>, Jakobs<sup>104</sup>...).

La principal diferencia entre ambos criterios, por lo tanto, se refiere al caso de las capacidades superiores a la media. Con arreglo a la teoría del deber objetivo, no se exige a nadie más de lo que se requiere con carácter general. La teoría del deber subjetivo, sin embargo, sí requiere que el sujeto utilice esas superiores capacidades y en este sentido es más exigente.

Esta discusión, sin embargo, es un tanto artificial, pues los que defienden la existencia de un deber objetivo de cuidado no pretenden aplicar el mismo criterio a todas las personas, sino que utilizan baremos como el del *hombre diligente en la misma posición que el autor*, teniendo en cuenta sus conocimientos especiales, su nivel cultural, profesional, experiencia, etc. Por ejemplo, no aplican el mismo nivel de exigencia a un cirujano altamente experimentado que a un cirujano que acaba de empezar.

Pero tampoco los que hablan de un deber subjetivo de cuidado pretenden que una persona, por ser el mejor cirujano del mundo, al que hace años que no se le ha muerto nadie en la mesa de operaciones, deba incurrir en responsabilidad porque un determinado día, sin querer matar a nadie, no estuvo a la altura de sus extraordinarias habilidades, y se le murió un paciente igual que se le hubiera muerto a cualquier otro cirujano, incluso excelente. Además, pese a afirmar que quien no podía cumplir el deber general de cuidado, no realiza ni siquiera el tipo delictivo, tampoco descartan siempre la existencia del delito, en aquellos casos en los que, si el sujeto no estaba en condiciones de cumplir con el deber general de cuidado, tendría que haberse abstenido de actuar.

103 STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte general I*, ob. cit., pp. 421 y 422.

104 JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 388 y 399.

## 2. Producción del resultado

La infracción del deber de cuidado debe determinar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (ej., la vida). La mayoría de los tipos imprudentes son tipos de resultado, es decir, exigen un resultado material separable de la conducta (aunque no todos: ej., art. 331 del CP).

Una de las cuestiones que, tradicionalmente, se ha planteado en este ámbito es si el llamado *desvalor del resultado* (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) fundamenta el injusto de los delitos imprudentes o basta con el denominado *desvalor de acción* (infracción del deber de cuidado). A este respecto, se argumenta que, si el delito imprudente es esencialmente la infracción del deber de cuidado, ¿por qué tiene que integrar el injusto de la imprudencia la circunstancia, a menudo dependiente del azar, de que tal infracción produzca un resultado? Se afirma, por ejemplo, que tan imprudente es el comportamiento de quien se salta un semáforo en rojo en un cruce concurrido y causa la muerte de alguien, como si tiene la suerte de no causarla. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que el resultado en la imprudencia no es un elemento del injusto, sino lo que se conoce como una *condición objetiva de punibilidad* y, por lo tanto, de una circunstancia que queda al margen del injusto y de la culpabilidad. Sin embargo, la inmensa mayoría de la doctrina, como consideramos preferible, estima que el desvalor del resultado también fundamenta, junto con el desvalor de acción, el injusto en los delitos imprudentes<sup>105</sup>.

En los delitos imprudentes que exigen la producción de un resultado separable (que son la inmensa mayoría) ese resultado

105 Véanse, en este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 241 y 242; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 278 y ss.; HIRSCH, H. J.: «Sobre lo injusto del delito imprudente», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 215 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 147.

debe estar en relación con el comportamiento imprudente, lo que implica verificar la *relación de causalidad* y la *imputación objetiva*, con los criterios que ya hemos estudiado. No basta, por lo tanto, con verificar la relación de causalidad. Tampoco es suficiente con la previsibilidad objetiva del resultado y la infracción del deber de cuidado. Es necesario, también, que el resultado causado sea la realización o materialización de la inobservancia del cuidado debido. A este respecto se exige frecuentemente la *evitabilidad del resultado*, pues si el resultado, aun siendo previsible, era inevitable, no cabe imputarlo. Se plantean aquí los casos en los que el resultado se ha causado por la conducta imprudente, pero se hubiera causado de igual manera con otra conducta no imprudente (*casos de comportamiento alternativo correcto o conforme a Derecho*). Ej., un anestesista, por descuido, le suministra a un paciente un tipo de anestesia que no era la indicada para su caso, pero se demuestra que hubiera muerto igual aunque le hubiese suministrado la clase de anestesia indicada para su caso.

Normalmente se exige aquí, para la imputación del resultado, que hubiese sido seguro o prácticamente seguro (*probabilidad rayana con la seguridad o certeza*) que, si el comportamiento no hubiese sido imprudente, no se habría producido el resultado (*in dubio pro reo*). Es decir, que si el sujeto hubiese actuado correctamente (ej., poniendo la anestesia indicada) no se habría producido el resultado, al menos con una probabilidad rayana en la certeza<sup>106</sup>. Para otros autores, sin embargo, basta con que la imprudencia del sujeto haya elevado considerablemente el riesgo, para poder imputarle el resultado (*teoría del incremento del riesgo*)<sup>107</sup>.

106 DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 234; HIRSCH, H. J.: «Sobre lo injusto del delito imprudente», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, p. 226.

107 A este respecto, véase la STS 805/2017, de 11 de diciembre, recaída en el caso del *Madrid Arena*. En este caso, el Tribunal Supremo no comparte el

Finalmente, para la imputación objetiva del resultado en los delitos imprudentes, también se requiere que la producción de dicho resultado esté dentro del *fin de protección de la norma* de prudencia vulnerada, es decir, tiene que ser un resultado que la norma de cuidado infringida tratase de evitar (criterio que ya hemos estudiado con anterioridad).

STS 623/2022, de 22 de junio: «A este respecto la jurisprudencia viene señalando que la imprudencia se configura por la concurrencia de los siguientes elementos: a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual; b) el factor psicológico o subjetivo consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo, elemento no homogeneizable y por tanto susceptible de apreciarse en gradación diferenciadora; c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia; d) producción del resultado nocivo; y e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva (STS 1382/2000, de 24 de octubre; STS 1841/2000, de

---

argumento de la Sentencia recurrida que basó la absolución de uno de los médicos en que «no resultaba acreditado que la asistencia sanitaria que el doctor Viñals hubiera debido prestar, y no prestó, hubiera evitado, con probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las jóvenes». La Sala precisa que Cristina ingresó en el servicio médico y que este «no llevó a cabo las maniobras más elementales de reanimación», afirmando que se «omitió toda diligencia debida». Añade que es un elemento innegable que incrementó el riesgo para la vida de la joven como consecuencia de tal comportamiento, ya que «llegó viva a su servicio médico, y nada hizo el acusado por reanimarla». Para la mayoría de los Magistrados, «lo que no es de recibo es justificar la postura del médico acusado, que desatiende escandalosamente su actuación profesional, nada menos que en un caso de urgencia vital, no poniendo los medios mínimos adecuados para intentar salvar la vida de la paciente». En conclusión, la responsabilidad del médico surge porque «ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva». Véase, también, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La Sentencia del Madrid Arena», diario *El Mundo*, día 7 de octubre de 2016.

1 de diciembre). Efectivamente la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado. Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racionalmente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el Ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetivo del tipo. Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo».

### 3. Concurrencia de culpas o imprudencias

La llamada concurrencia de culpas o imprudencias supone que dos o más comportamientos imprudentes de sujetos que actúan separadamente contribuyen causalmente a la lesión del bien jurídico, pudiendo ser uno ellos la propia víctima. En el ámbito del Derecho privado se estima generalmente que la imprudencia concurrente del perjudicado puede disminuir o incluso compensar la responsabilidad del agente, de manera que se reduce proporcionalmente o incluso se anula la obligación de indemnizar. De este modo, cuando en la producción del resultado interviene, también, la imprudencia del propio perjudicado, lo que implica que tanto el actuar del agente como el del propio perjudicado intervienen en la producción del daño, debe tenerse en cuenta la incidencia que en el daño ha tenido la conducta del propio perjudicado. Así: a) Puede ser de tal entidad que exonere al agente, al ser la conducta del perjudicado el único fundamento del resultado; b) O, por el contrario, que la conducta del perjudicado sea de tan escasa entidad o relevancia que no tiene incidencia alguna en el resultado, por lo que el agente responderá en su integridad del resultado dañoso; y c) Por último, si ambas conductas inciden en el resultado dañoso, se producirá la distribución de la obligación de reparar el daño causado, lo que ocasionará la *compensación*, con una rebaja proporcional de la cuantía indemnizatoria.

Ej., un conductor va a velocidad excesiva, superando el riesgo permitido, pero el peatón estaba cruzando imprudentemente por un lugar no destinado al

efecto, y el conductor, al no darle tiempo a frenar, atropella al peatón y le causa lesiones por imprudencia.

En el ámbito del Derecho penal, como rama del Derecho público, este planteamiento es problemático y en este sentido es habitual afirmar, como principio general, que en el Derecho penal, al existir intereses públicos, no es admisible la compensación o anulación de la imprudencia del agente con la imprudencia de la víctima. Sin embargo, afirmado este principio general, lo cierto es que suele admitirse que si la imprudencia de la víctima es considerable puede degradar la imprudencia del autor (de grave a menos grave o leve). Incluso excepcionalmente, si la imprudencia concurrente de la propia víctima es decisiva o claramente preponderante, puede eximir de responsabilidad penal. Los argumentos que se ofrecen a este respecto son diversos (*la eficiencia de la causa, participación meramente imprudente e impune del agente, fin de protección de la norma, reducción normativa del peligro, reducción de la gravedad de la infracción del cuidado debido, menor previsibilidad, menor evitabilidad, reducción de la imputación personal ligada a la exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno, atenuante analógica...*)<sup>108</sup>.

En el ámbito de la jurisprudencia, como señala la STS 491/2002, de 18 de marzo, «en estos casos el Derecho Penal, en principio, no tiene en cuenta el comportamiento del ofendido, sino que mide la responsabilidad criminal del autor por la propia conducta de este, es decir, por la antijuridicidad y por la culpabilidad de su propia acción u omisión. Tal concurrencia de comportamientos se ha venido teniendo en cuenta en materia civil para distribuir los daños producidos en proporción a la intensidad de la culpa de cada uno y a la consiguiente contribución causal de ambas al resultado dañoso. Pero no a efectos penales: en lo penal no había tal compensación de culpas. No obstante, a partir de 1970 se abrió camino una jurisprudencia de esta sala, muy insistente y razonada (SS. 22-12-1970, 4-6-1971, 4-12-1971, 29-12-1972, 5-1-1973, 18-2-1973, 16-5-1974, 18-3-1975, 31-7-1982, 10-12-1982 y otras muchas), construida fundamentalmente sobre la relación de causalidad, de modo que habría de medirse la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir este al sobreviviente y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño. Si había mayor contribución en la conducta del acusado y se reputaba irrelevante a efectos penales la aportación causal de la víctima, o se podía rebajar aquella, rebaja que habría de producirse cuando esas contribuciones fueran equiparables, o incluso en casos extremos de desigualdad se llegaba a eliminar la responsabilidad

108 Véase: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 239 y 240.

criminal del imputado en el proceso cuando se podía considerar la de este como irrelevante, con el criterio preponderante de medición de una y otra conducta en cuanto a su aportación causal. Esta tesis jurisprudencial ha venido manteniéndose por esta Sala (S. 29-2-1992), si bien en los últimos años existen algunas sentencias que vuelven a la tesis tradicional de irrelevancia de la imprudencia de la víctima a efectos de fijar la responsabilidad penal del autor del delito, quedando en todo caso una eficacia compensatoria para la determinación de la cuantía de la indemnización civil. Esto último se manifiesta con evidente claridad en materia de accidentes de trabajo (SS. de 19-10-2000, 17-5-2001, 5-9-2001 y 17-10-2001) en que se considera un principio definitivamente adquirido, como una manifestación más del carácter social que impera en las relaciones laborales, el de la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales (véase el fundamento de derecho 6º de la Sentencia de 5-9-2001, que acabamos de citar). En los casos de imprudencia relativa a la circulación de vehículos de motor es claro que, a diferencia de los accidentes laborales, no existe una legislación específica protectora de la víctima, pero también se ha puesto en tela de juicio la mencionada doctrina de la relevancia penal de la compensación de culpas (S. 22-9-1999 que examina también un caso como el presente de atropello de un peatón por un vehículo de motor)».

Ciertamente, la concurrencia de imprudencias en Derecho penal, a diferencia de lo que sucede en Derecho privado, encuentra un obstáculo importante en la propia función preventiva a la que se dirige. Sin embargo, el Derecho privado de daños, por su propia naturaleza, se configura como un mecanismo indemnizatorio y reparador *por el resultado de lesión o daño producido*, lo que explica la mayor facilidad de encaje en el Derecho privado y la mayor dificultad de encaje en el Derecho penal.

## 6. Los tipos omisivos dolosos e imprudentes

### 6.1. Concepto y clases de omisión

#### 1. Concepto

Puede definirse la omisión penal como la *no ejecución de un obrar esperado por el Ordenamiento jurídico penal*. En efecto, en ocasiones, las normas penales establecen, no prohibiciones de actuar, sino mandatos de actuar frente a situaciones peligrosas o lesivas para determi-

nados bienes jurídicos, amenazando con una pena la no realización de la acción ordenada con la finalidad de motivar a los ciudadanos a cumplir dicho mandato<sup>109</sup>.

De acuerdo con el art. 10 del CP, como hemos visto, son delitos las acciones y *omisiones dolosas o imprudentes* penadas por la ley.

También hemos estudiado que hay *tipos de acción* y *tipos de omisión*. Se denominan *tipos de acción* a aquellos que consisten en un hacer, es decir, que se realizan a través de una actividad del sujeto (ej., el hurto, que se refiere a *tomar* las cosas muebles ajenas). Los *tipos de omisión*, por el contrario, son aquellos que se realizan a través de un no hacer (ej., la omisión del deber de socorro del art. 195. 1 del CP).

## 2. Clases

Dentro de los tipos de omisión se distingue, a su vez, entre *tipos de omisión pura* (o propios) y *tipos de comisión por omisión* (o impropios):

- A) Los *tipos de omisión pura* son aquellos en los que el tipo se limita a describir un no hacer, sin que se contemple la producción de un resultado (ej., la omisión del deber de socorro del art. 195. 1 del CP). Estos tipos siguen un sistema de *numerus clausus*, por lo que solo pueden obtenerse de las específicas descripciones del Libro II del CP o de otras leyes penales especiales.
- B) Sin embargo, los *tipos de comisión por omisión* son tipos de resultado, pues no solo contemplan la conducta omisiva, sino también un resultado material imputable a dicha conducta. Estos tipos, en ocasiones, aparecen específicamente previstos, pero normalmente se obtienen a través de la combinación de la cláusula general del art. 11 del CP con los correspondientes

109 PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 200.

tipos de resultado. Así, por ejemplo, la madre que por imprudencia grave deja morir a su bebé ahogado en la bañera realiza un tipo de homicidio imprudente en comisión por omisión (art. 11 y art. 142. 1 del CP).

Esta interpretación estricta del resultado, como efecto material separable espacio-temporalmente de la conducta, a nuestro juicio, es la más aconsejable aquí, pues de lo que se trata, al menos fundamentalmente, es de distinguir si se puede o no imputar ese resultado a una conducta omisiva; y favorece que la comisión por omisión posea un ámbito de aplicación moderado y acorde con el principio de intervención mínima. A nuestro modo de ver, en un Estado de Derecho, la sanción penal de las omisiones, del no hacer lo ordenado, debe ser algo excepcional, pues un Estado de estas características no debe abusar de los mandatos de actuación hacia los ciudadanos y menos aún de su castigo penal, sino a riesgo de aproximarse o convertirse en un Estado autoritario que guía nuestra conducta positiva. En efecto, desde el punto de vista de la restricción de la libertad, no nos parece lo mismo establecer deberes de abstención (ej., no vayas a ese lugar porque si lo haces te castigo, que es algo que puedes cumplir mientras duermes plácidamente en tu cama o descansas en tu sofá) que establecer deberes de actuación (ej., vete todos los días a ese lugar porque si no lo haces te castigo). El cumplimiento del deber de abstención nos permite, mientras tanto, realizar cualquier otra actuación no prohibida (dormir, comer, pasear, ir al gimnasio, ir a la piscina, leer un libro, ver la televisión...) en tanto que el cumplimiento del deber de actuación nos obliga, precisamente, a hacer eso que se nos ordena. Puede decirse que el volumen e intensidad de los deberes estatales de actuación es un importante *banco de pruebas* para medir la fortaleza o debilidad de un Estado de Derecho, pues cada uno de dichos deberes implica un mordisco serio, una dentellada severa, en la libertad de actuación de los ciudadanos. Cuantos más y más intensos sean tales deberes, menos libertad de actuación y menos Estado de Derecho. El legislador de un Estado de Derecho debe ser muy prudente y comedido a la hora de crear y formular delitos de omisión y, de no serlo, su interpretación debe ser especialmente restrictiva, sino a riesgo de avalar, de un modo más o menos explícito y consciente, la imposición penal por parte del Estado de una especie de *solidaridad humana*, más propia del ámbito ético, moral o religioso (ej., debes ayudar al prójimo y especialmente a tu familia, a tu novia, a tus amigos, a tus compañeros...). La idea del Estado de Derecho no es compatible con la imposición estatal de la moralidad, cuya primera exigencia es que sea voluntaria y no impuesta. Y cuando esa imposición se pretende llevar a cabo a través del Derecho penal, que es el recurso más severo, contundente y radical del Ordenamiento jurídico, resulta, si cabe, más objetable.

## 6.2. El tipo en los delitos de omisión propia (o pura)

Como en todo tipo, en el tipo de omisión pura es posible distinguir una parte objetiva (o tipo objetivo) y una parte subjetiva (o tipo subjetivo).

### 1. Tipo objetivo

Suele considerarse que el tipo objetivo en los delitos de omisión pura consta de tres elementos: a) la *situación típica*; b) la *ausencia de la acción debida o esperada*; y c) la *capacidad para realizar esa acción*<sup>110</sup>.

Veámoslo con un ejemplo: el art. 195. 1 del CP señala: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses». Este tipo delictivo, al margen de otras insuficiencias y objeciones que se le pueden hacer, sin embargo, es representativo de lo que es un tipo de omisión pura, en la medida en que contempla de manera expresa los elementos característicos del tipo objetivo<sup>111</sup>.

- a) En cuanto a la *situación típica*, en este caso hace referencia a una *persona desamparada y en peligro manifiesto y grave*.

110 Cfr.: BUSTOS RUBIO, M.: *La omisión del deber de socorro en el Derecho penal español*, INACIPE, México D. F., 2015, pp. 46 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 247 y 248; LACRUZ LÓPEZ, J. M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, UNED-Dykinson, Madrid, 2015, pp. 290 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., pp. 138 y 139; NAVARRO FRIAS, I./SOLA RECHE, E./ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, coords. C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016, pp. 153 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 202 y ss.

111 Véase: STS 10/2023, de 19 de enero, y la jurisprudencia allí citada.

- b) Por lo que se refiere a la *ausencia de la acción esperada o debida* se describe a través de la expresión *no socorrere*, manifestando con claridad que consiste en un no hacer, en un dejar de hacer. El injusto no se refiere a lo que el sujeto hace, ni a lo que hace mientras tanto (ej., pasar de largo con el vehículo, dedicarse a mirar o grabar con el teléfono móvil mientras la víctima muere desangrada) sino precisamente a lo que *no hace*, a lo que deja de hacer (*socorrer*, ayudar, auxiliar...).
- c) Finalmente, en cuanto a la *capacidad de realizar la acción debida*, que en este caso se contempla expresamente (aunque no sería indispensable), se describe con la expresión *puddere hacerlo*. Esta capacidad de acción no se dará cuando al sujeto le sea *imposible físicamente* realizar la acción esperada (ej., quien, por estar tetraplégico, no puede ayudar a quien se está ahogando)<sup>112</sup>. Dicha capacidad de acción es generalmente exigida, aunque se discute y no siempre está claro si su ausencia excluye la tipicidad o queda excluida la propia omisión. En cualquier caso, sí existe un cierto consenso en que no existe esta incapacidad de acción cuando se trata de cuestiones que afectan a la exclusión del dolo, de la justificación o de la culpabilidad. Ej., el padre que no se da cuenta de que su hijo pequeño está en peligro y por eso no actúa para salvarle, no actúa con dolo, pero puede haber omisión imprudente. Ej., el sujeto que no actúa porque le da mucho miedo, podrá quedar excluida su culpabilidad, pero no su omisión típica.

## 2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo en los delitos de omisión pura suele venir constituido por el dolo. La imprudencia, aunque es conceptual y

112 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., pp. 756 y 757.

teóricamente posible, resulta objetable desde el punto de vista del principio de intervención mínima.

En ocasiones, los tipos de omisión pura requieren determinadas cualidades, condiciones o relaciones para poder ser autor de los mismos (ej., ser funcionario, profesional sanitario, juez o magistrado...) por lo que se trata de tipos o *delitos especiales*. Se parecerían a los tipos de comisión por omisión en la medida en que requieren una determinada cualidad en el autor que responde a la presencia de un deber especial de garantía hacia el bien jurídico, lo que los convierte en *delitos especiales*, como los delitos de comisión por omisión. Pero se alejan de los mismos y se integran en los delitos de omisión pura en la medida en que son tipos de mera conducta y no tipos de resultado.

### 6.3. El tipo en los delitos de omisión impropia (o comisión por omisión)

#### 1. Tipo objetivo

El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura básica que el tipo de omisión pura. Sin embargo, esta estructura básica aparece completada con la presencia de una serie de elementos adicionales y necesarios para la imputación objetiva del resultado: a) *posición de garante*; b) *producción de un resultado* y c) *capacidad de evitar ese resultado*<sup>113</sup>.

#### a) Situación típica + *posición de garante*

A la situación típica, en los tipos comisión por omisión se añade la denominada *posición de garante* del autor. Dicha posición se da cuando corresponde al sujeto un deber jurídico

113 Cfr.: DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 250 y ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 294 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., pp. 140 y ss.; NAVARRO FRIAS, I./SOLA RECHE, E./ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 155 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 204 y ss.

especial de evitar la producción del resultado (ej., el médico con respecto a su paciente, los padres con respecto a los hijos menores, la cuidadora contratada para atender a la anciana, el socorrista contratado para una piscina con respecto a sus bañistas).

b) Ausencia de la acción debida + *producción de un resultado*

Junto a la ausencia de la acción esperada o debida, en los tipos de comisión por omisión se contempla la *producción de un resultado* (ej., muerte de otra persona, lesiones...). Por ello, mientras los tipos de omisión pura son tipos de mera conducta (contemplan un no hacer) los tipos de comisión por omisión son *tipos de resultado* (contemplan un no hacer y la producción de un resultado separable).

c) Capacidad de realizar la acción debida + *capacidad de evitar el resultado*

Finalmente, a la capacidad de realizar la acción esperada, en los tipos de comisión por omisión se añade la *capacidad de evitar el resultado*. El problema, sin embargo, es que con frecuencia resulta difícil poder afirmar con total seguridad o absoluta certeza que la acción omitida hubiera o no impedido el resultado. La doctrina mayoritaria, como ya hemos visto al tratar la imprudencia, se contenta con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese *evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza*. Otro sector doctrinal, sin embargo, considera suficiente que la realización de la acción esperada hubiera *disminuido el riesgo de producir el resultado* (ej., Stratenwerth, Rudolphi y, en gran medida, Roxin<sup>114</sup>).

114 Véase: ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., pp. 769 y ss.

## 2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo en los delitos de comisión por omisión puede venir constituido tanto por el dolo como por la imprudencia.

Un sector de la doctrina, siguiendo a Silva Sánchez<sup>115</sup>, contempla una especie de categoría intermedia entre los delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión. Se le han atribuido distintas denominaciones: «delitos de omisión y resultado», «omisiones de gravedad intermedia», «omisiones puras agravadas», «omisiones de garante», «omisiones puras de garante», «delitos propios de omisión de garante» ... Se aproximarían a los delitos de comisión por omisión en la medida en que contemplan la posición de garante, pero se alejarían de los mismos y se aproximarían a los delitos de omisión pura en la medida en que no responden a la estructura de tipo de resultado ni permiten la atribución o imputación del mismo al que omite. Se trataría de tipos omisivos de gravedad superior a la omisión pura, pero también de gravedad inferior a los tipos de resultado en comisión por omisión. Se incluirían aquí, por ejemplo, el art. 195.3 del CP, el art. 196 del CP, entre otros<sup>116</sup>.

## 3. El artículo 11 del Código Penal

Aunque en ocasiones se contemplan de manera específica, como ya hemos señalado, los tipos de comisión por omisión normalmente se obtienen a través de la combinación de la cláusula general del art. 11 del CP con los correspondientes tipos de resultado.

Dicho art. 11 del CP señala: «Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber

115 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión: Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 343 y ss.

116 Véanse: LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 641 y ss.; NAVARRO FRIAS, I./SOLA RECHE, E./ROMEO CASABONA, C. M., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 163 y 164; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 202.

jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

En cuanto a su *ámbito de aplicación*, este artículo, tal como se encuentra formulado, solo resulta aplicable a los delitos que consistan en la producción de un resultado. Por lo tanto, se limita a los *tipos de resultado*, es decir, aquellos que contemplan, no solo la conducta del sujeto, sino también la producción de un resultado material separable de la misma (ej., el tipo de homicidio). En consecuencia, aquí hay que entender excluidos los tipos de mera actividad.

El tipo realizado en comisión por omisión es un tipo de resultado, por lo que el resultado producido debe ser conectado o imputado objetivamente al sujeto que omite. Aunque en ocasiones se habla a estos efectos de *causalidad de la omisión*, o *cuasi-causalidad*, o *causalidad hipotética*, en realidad la omisión no puede considerarse causal de ningún resultado, pues la omisión no causa nada (*ex nihilo nihil fit*), sino que permite que los acontecimientos sigan su curso causal. Lo que resulta necesario en la comisión por omisión es el cumplimiento de los requisitos básicos y adicionales a los que ya hemos aludido.

Asimismo, aunque la redacción del art. 11 del CP resulta discutible en este aspecto, parece posible y conveniente interpretar que, para efectuar la *equivalencia* entre la omisión y la acción, no basta con que el sujeto ostente una posición de garante derivada de fuentes descritas (ley, contrato o conducta precedente) sino que se exige además, como elemento distinto de la propia posición de garante, que la *no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación*. Aunque no quepa una identidad estructural

entre la omisión y la acción, sí parece posible requerir una cierta *equivalencia valorativa*. Por lo tanto, en estos casos, a la vista del tipo de resultado correspondiente, tenemos que poder afirmar que no evitar el resultado *es equiparable, asimilable o análogo* a producirlo a través de una acción, es decir, a través de un hacer. Así, por ejemplo, ante la madre que quiere que su bebé muera en la bañera, es equiparable, a la vista de la regulación legal, que el bebé se haya caído de su asiento de baño y la madre, viendo que está ahogando, no haga nada por evitarlo, a que realice la acción de introducirle la cabeza en el agua hasta que muera ahogado. En estos casos, y en otros similares, incluso en el lenguaje coloquial, se puede decir que la omisión *equivale* a la acción. Es decir, puede afirmarse que lo uno y lo otro es equiparable, es análogo, es asimilable, es equivalente, es, en definitiva, igual de grave. Esta cláusula de equivalencia o, si se prefiere, esta *cláusula de equiparación valorativa* es también un requisito para imputar un determinado resultado a una omisión a través del art. 11 del CP.

Además, el mencionado artículo se refiere a que el sujeto infrinja un *especial deber jurídico*, deber que se conoce como *posición de garante*. Se trata de un deber jurídico especial (no un deber ético o moral) que coloca al sujeto en una obligación reforzada de garantizar que no se produzca la lesión del bien jurídico.

Se utiliza la referencia a los *deberes especiales* por contraposición a los *deberes generales*, que nos incumben a todos y que pueden dar lugar al castigo cuando específicamente se establezca, como sucede con la omisión del deber de socorro del art. 195. 1 del CP. El hecho de tratarse de un simple deber general de auxiliar en la medida de lo posible al prójimo que se encuentre en grave peligro determina que no pueda imputarse el resultado al sujeto que omite y que el castigo sea inferior (ej., en el caso del art. 195. 1 del CP pena de multa de tres a doce meses). Ello es independiente de que se produzca o no el resultado en la realidad (ej., que el accidentado al que no se ha socorrido muera) pues en cualquier caso no puede imputarse dicho resultado al que solo ostenta un deber general.

Para poder imputar o atribuir un resultado al que omite, no basta, por lo tanto, con el deber general que nos incumbe a todos, sino que se precisa un deber especial o posición de garante: que sean los padres del bebé (y no el vecino de arriba), que sea el médico encargado de ese paciente (y no cualquier médico que va paseando por la calle) que sea el socorrista contratado para esa piscina (y no cualquier buen nadador), etc.

En cuanto a las *fuentes* de las que puede emanar esa posición de garante, el legislador, con más o menos acierto, ha optado por enumerar las fuentes específicas de las que puede surgir ese deber especial o posición de garante: «A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

#### A) *Específica obligación legal o contractual de actuar*

La tesis de que los deberes especiales derivados de las leyes (extrapenales) y de los contratos permiten atribuir el resultado al que omite, ya fue defendida por la doctrina clásica (ej., Feuerbach<sup>117</sup>). Se trata de la denominada *teoría formal del deber jurídico* o teoría de las fuentes formales.

Así, por ejemplo, los especiales deberes familiares derivados de la patria potestad y de la guardia y custodia con respecto a los hijos menores no emancipados (arts. 154 y ss, y 92 y ss del Código Civil) colocarían a los padres en posición de garante, en una obligación especial que no es el deber general que incumbe a cualquiera, sino un deber reforzado de velar por los hijos, cuidarlos, protegerlos,

117 V. FEUERBACH, P.J. A.: *Tratado de Derecho penal*, trad. E. R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66.

alimentarlos, educarlos, representarlos y administrar sus bienes... Según esta tesis, la infracción de tales deberes especiales permitiría la atribución del resultado lesivo (ej., la muerte del bebé) a los padres que, dolosa o imprudentemente, han dejado que eso sucediera.

Dichos deberes especiales también pueden derivar de un contrato. Así, por ejemplo, la cuidadora contratada para atender al bebé mientras sus padres salen a trabajar, la trabajadora contratada por la guardería para cuidar a los niños, el socorrista contratado por la comunidad de propietarios para auxiliar a los bañistas... Según dicha teoría, la infracción de tales deberes especiales permitiría la imputación del resultado lesivo (ej., la muerte del bebé, del niño pequeño o del bañista que se ha ahogado) a los sujetos contratados si, dolosa o imprudentemente, han dejado que eso suceda.

En cambio, el resto de los ciudadanos no garantes, es decir, que no tienen ese deber especial, sino solo la obligación general que nos incumbe a cualquiera de auxiliar en la medida de lo posible al prójimo que se encuentra en grave peligro, responderán, si no intervienen, por delitos de omisión pura, más leves (ej., art. 195.1 del CP); y ello, insistimos, con independencia de que se produzca o no el resultado en la realidad (aunque el bebé o el niño muera, o el bañista se ahogue). Por lo tanto, la cuestión no es si se ha producido el resultado en la realidad, sino si puede imputarse al sujeto en virtud de su posición de garante.

### B) *La injerencia o conducta precedente*

La tercera fuente tradicional de la posición de garante viene constituida por la denominada *injerencia*. De acuerdo con esta idea, el que mediante un comportamiento precedente crea un peligro para el bien jurídico, responde de la lesión del mismo si posteriormente omite evitar el resultado. Así, por ejemplo, a quien cava una zanja en medio de la calle sin señalizarla correctamente, o a quien detiene su coche tras una curva de la carretera sin señalizarlo correctamente, o a quien hace un fuego en el campo para preparar

una comida y lo abandona encendido, se les puede imputar el resultado si, posteriormente, alguien se cae en la zanja y resulta lesionado, u otro vehículo colisiona con el coche mal estacionado y muere su conductor, o se produce un incendio que origina graves daños.

#### 4. Teoría de las fuentes formales *versus* teoría de las funciones

Sin embargo, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia en España, sobre la base de la doctrina alemana, considera aplicable en nuestro Ordenamiento jurídico la denominada *teoría de las funciones*, que fundamenta la posición de garante en la relación material y funcional existente entre el sujeto y el bien jurídico<sup>118</sup>. Se estima que ello permite superar la antigua *teoría formal del deber jurídico*, que para decidir la posición de garante atendía a sus fuentes formales (ley, contrato...).

A este respecto, se argumenta que no puede admitirse que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la

118 Véanse, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 194 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., pp. 140 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 54 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 208 y ss. No obstante, debe advertirse que el § 13 del CP alemán, que plantea no pocos problemas desde el punto del principio de legalidad y, dentro del mismo, de la exigencia de taxatividad, tan solo señala: «Comisión por omisión (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, solo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1». En dicha regulación cabe casi todo, pero no es eso lo que sucede con nuestro art. 11 del CP.

acción<sup>119</sup>. Por otra parte, se afirma que la mención que hace el art. 11 del CP a las fuentes de las que puede emanar la posición de garante debe entenderse como una *enumeración meramente ejemplificativa* de los supuestos en los que puede darse la efectiva equivalencia entre la acción y la omisión<sup>120</sup>. Así, se considera que no siempre se puede fundamentar en alguna de estas tres fuentes la posición de garante y, sin embargo, el sujeto que omite debe responder del resultado<sup>121</sup>.

Lo fundamental, por lo tanto, según este planteamiento, será que concurra una equivalencia material de acuerdo con la teoría de las funciones. Así, en términos generales, se señala que solo aquellas personas que tienen una *especial vinculación con el bien jurídico protegido* podrán ser consideradas garantes de ese bien jurídico, aunque no exista un precepto legal, contrato o actuar precedente concreto que fundamente expresamente ese deber<sup>122</sup>. Desde esta perspectiva, las fuentes de la posición de garante se reconducen, fundamentalmente, a dos grandes grupos: A) *función de protección de un bien jurídico* y B) *deber de control o vigilancia de una fuente de peligro*<sup>123</sup>.

#### A) *Función de protección de un bien jurídico*

Se incluyen en este ámbito aquellas situaciones en una relación familiar o social, o la aceptación voluntaria de una función protectora, que dan lugar a la dependencia del bien jurídico de un sujeto.

119 En este sentido, MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., pp. 140 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 54 y ss.

120 *Loc. cit.*

121 *Loc. cit.*

122 *Loc. cit.*

123 *Loc. cit.*

## a) Estrecha vinculación familiar:

Se piensa aquí, sobre todo, en las relaciones familiares que comportan una dependencia de unas personas con respecto a otras (ej., niños pequeños, padres ancianos...). Sin embargo, se insiste en que lo decisivo no es la relación familiar existente, sino una «vinculación natural»<sup>124</sup> o una relación de «dependencia absoluta» de una persona con respecto a otra, asumida por parte del sujeto<sup>125</sup>. Sobre la base de ello se incluyen no solo a los cónyuges, padres, hijos, sino también relaciones de convivencia de hecho, novios, amigos e, incluso, compañeros. Se estima que en estos casos puede haber, más allá de la ley, del contrato o del actuar precedente, una posición de garante con respecto a la vida, integridad física, salud, etc., de familiares, allegados, amigos y compañeros<sup>126</sup>.

## b) La comunidad de peligro:

Se alude con esta expresión a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en la que intervienen varias personas que pueden necesitar, en su caso, socorrerse entre sí. Se dan situaciones de este tipo sobre todo en la práctica de determinados deportes colectivos y peligrosos, como la escalada o el alpinismo, que exigen, en un momento determinado, la ayuda de los otros intervinientes (ej., lanzar una cuerda, clavar ganchos...). Se considera que la posición de garante se basa aquí más en la *confianza* en la posible ayuda de los demás, que en la ley, contrato o actuar precedente<sup>127</sup>.

124 MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 54 y 55.

125 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., p. 143.

126 MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 54 y 55.

127 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., p. 143; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 55.

c) La asunción voluntaria de una función de protección:

Se piensa aquí, sobre todo, en el personal sanitario, socorristas, encargados de la custodia de niños pequeños... Sin embargo, nuevamente, se vuelve a insistir en que lo fundamental no es la existencia de una ley o un contrato que establezca ese deber, sino la asunción voluntaria, expresa o tácita, de la protección o tutela de ese bien jurídico<sup>128</sup>.

#### B) *Deber de control o vigilancia de una fuente de peligro*

En este grupo destaca, sobre todo, la idea del actuar precedente o *injerencia*, a la que se refiere expresamente el art. 11 del CP y a la que ya hemos aludido. También se alude aquí al *deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito del dominio* (ej., quien tiene un perro peligroso, es responsable de que tal peligro no se materialice) y a la *responsabilidad por la conducta de otras personas* (ej., el deber específico de vigilancia de niños pequeños, de enfermos mentales peligrosos...)<sup>129</sup>.

En nuestra opinión, sin embargo, no conviene confundir la realidad normativa con los propios deseos. Nos guste o no, resulta claro que el art. 11 del CP se refiere a la teoría de las fuentes formales, al establecer, como fuentes de las que puede emanar la posición de garante, que *exista una específica obligación legal o contractual de actuar o que el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*. Siendo así, lo que no cabe es afirmar que el art. 11 no dice lo que dice, que la enumeración de las fuentes que efectúa es meramente ejemplificativa o directamente inaplicable, que lo único importante es la equivalencia material y que cabe acoger, en toda su plenitud, la teoría de las

128 *Loc. cit.*

129 MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, ob. cit., pp. 144 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 55 y 56.

funciones. Lo que no es posible, en definitiva, es pretender crear posiciones de garante al margen de la regulación penal, pues ello resulta contrario al límite que representa el principio de legalidad, esencial en un Estado de Derecho<sup>130</sup>.

Cabe, a lo sumo, acoger una *teoría mixta* o *intermedia*, admitiendo que el principio de legalidad es fundamentalmente un límite al castigo y fija un marco infranqueable que no se puede sobrepasar. Este marco viene dado por el tenor literal, de manera que la interpretación no puede superar dicho tenor literal. Pero en el interior de dicho marco podemos movernos con mayor o menor amplitud con base en otros criterios interpretativos, efectuando una interpretación más o menos restrictiva. En este sentido, es cierto que resulta improcedente, como afirman los partidarios de la teoría de las funciones, que pueda bastar cualquier deber jurídico específico de actuar para fundamentar una posición de garante que suponga la equiparación automática entre la omisión y la acción. Por ejemplo, sería improcedente que el deber especial que tienen los padres hacia sus hijos menores no emancipados en virtud del Código Civil se aplicara automáticamente cuando el hijo tiene 17 años, no es un dependiente y puede valerse por sí mismo. A este respecto es posible y conveniente efectuar una interpretación restrictiva, que puede venir dada por la teoría de las funciones. Lo que no es posible es lo contrario, es decir, crear posiciones de garante al margen de las fuentes establecidas en el art. 11 del CP.

En definitiva, lo que cabe, a lo sumo, es una teoría mixta o intermedia. A este respecto, lo primero que tiene que existir es un *especial deber jurídico* (no ético,

130 Como señalan Orts Berenguer y González Cussac, «por fuera de esas tres fuentes, parezca bien o mal, no hay forma de fundamentar el deber de actuar con incidencia en la aplicación del art. 11. Innecesario debería ser recordar que la vigencia del principio de legalidad lo impide» (ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 251).

ni moral, ni *natural*, ni nada parecido) derivado de las fuentes que establece el art. 11 del CP (*ley, contrato o actuar precedente*). Dicha referencia al especial deber jurídico y a las fuentes puede interpretarse con mayor o menor amplitud, pero siempre dentro de los límites del tenor literal (ej., afirmar que la referencia a *especial deber jurídico* no debe interpretarse por contraposición a deber general, que incumbe a cualquiera, sino como *deber especialmente reforzado*, como *obligación particularmente intensa*; o afirmar que la referencia a la ley debe interpretarse en sentido amplio, como norma jurídica; o afirmar que no es necesario que el contrato cumpla los requisitos formales...).

Verificada la existencia del deber jurídico especial, derivado de la *ley, contrato o actuar precedente*, ya cabe efectuar una interpretación restrictiva con arreglo a la teoría de las funciones. En cuanto a la función de protección del bien jurídico, nos parece clave la idea de *dependencia severa* de una persona respecto de otra, que la *asume* (ej., niños pequeños, enfermos graves...). En cuanto a la *injerencia*, entendemos que el tratamiento más grave de la comisión por omisión debe reservarse a los casos de *creación consciente y voluntaria de un riesgo no permitido*. La creación imprudente e, incluso, fortuita del peligro se contempla ya en un tipo específico de la omisión del deber de socorro (art. 195. 3 CP).

Aunque el criterio defendido impida la creación de posiciones de garante al margen de las fuentes formales, debe pensarse que en nuestro Derecho penal ello no implica la impunidad, pues, aunque no exista la infracción de un deber jurídico especial, la infracción de los deberes generales está contemplada a través de tipos de omisión pura (ej., art. 195. 1 del CP). Evidentemente, la infracción de deberes generales, al ser más leve, está castigada con penas más leves, pero si los *penalistas* nos hemos cansado de decir que tenemos, sin necesidad, uno de los códigos penales más severos de Europa en materia de penas –pese a ser uno de los países más seguros–, una población penitenciaria excesiva y, sobre todo, que no es la mayor intensidad de las penas lo que determina la disminución de los delitos, quizá convenga que empecemos a ser consecuentes con esas afirmaciones y no nos afanemos en colmar, en un ejercicio mal entendido de «cirugía jurídica», las hipotéticas lagunas de punición, usurpando las funciones del legislador y sacrificando los principios y garantías esenciales en un Estado de Derecho. Precisamente el problema que tenemos en nuestro país no es de falta de Derecho penal, sino más bien de lo contrario, a lo que ha contribuido de manera relevante la doctrina alemana, con todo el respeto que merecen sus autores y su cultura de orden, método, rigor y disciplina.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «la estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala... no se ve desautorizada por el art. 11 del CP vigente.

El tipo objetivo se integra por las siguientes notas:

- a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación;
- b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y
- c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante.

Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado art. 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos:

- a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar y
- b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido...

Los elementos fácticos que permiten la aplicación del art. 11 del CP son los siguientes:

- a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 del CP, exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.
- c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente...

En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado» (STS 459/2018, de 10 de octubre). No obstante, aunque la jurisprudencia frecuentemente ha estimado que la equi-

valencia entre la acción y la omisión deriva, sin más, de la propia posición de garante, otras sentencias han considerado que dicha equivalencia es una exigencia adicional e independiente de la infracción del deber especial (véanse, por ejemplo, STS 482/2017, de 28 de junio; STS 537/2021, de 18 de junio; STS 266/2022, de 22 de marzo).

## 7. Las llamadas «formas imperfectas de ejecución»

### 7.1. Consideraciones generales en torno al *iter criminis*

Según el art. 61 del CP, «cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de una infracción consumada». El CP adopta, por lo tanto, de un *concepto formal de consumación*, que hace referencia a la realización del tipo en todos sus elementos. Así, por ejemplo, el art. 138. 1 señala: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años». La consumación se produce en el momento en el que se mata a la otra persona, es decir, en el instante en el que el sujeto pasivo muere. En ese momento ya podremos afirmar que el tipo se ha consumado y aplicar la pena prisión de diez a quince años prevista.

Distinta de la consumación es el denominado *agotamiento o terminación del delito*. Aunque se han ofrecido diversos conceptos de agotamiento o terminación del delito, habitualmente se entiende como la consecución de los fines u objetivos del agente tras la consumación, es decir, tras la realización de los elementos o requisitos del tipo (ej., obtener el rescate de un secuestro). Dado que el agotamiento o terminación sobrepasa la realización del tipo delictivo, es decir, está más allá de las previsiones típicas, por regla general es irrelevante desde un punto de vista jurídico-penal. Sin embargo, en ocasiones, puede tener trascendencia. Así, por ejemplo, en los denominados tipos o *delitos permanentes*, que son aquellos que se consuman en un determinado momento, pero cuyos efectos antijurídicos se prolongan en el tiempo por voluntad del agente. Ej., el secuestro, al que ya nos hemos referido, se consume ya en el momento en que alguien detiene o encierra a otro, privándole de su libertad, y exigiendo alguna condición para su liberación. Sin embargo, una vez consumado, sus efectos antijurídicos pueden prolongarse en el tiempo durante días, meses o, incluso, años, en los que el secuestrado permanece

retenido por el secuestrador. Esto tiene trascendencia a efectos del inicio del plazo de prescripción del delito, que comienza a correr, no desde el día de la consumación del delito (que es la regla general) sino desde el día en que se «eliminó la situación ilícita» (art. 132. 1 del CP). También puede tener trascendencia a efectos de participación en el delito, si algún sujeto colabora en el secuestro tras la consumación del mismo.

Aclarado el concepto de consumación formal o simplemente consumación, que adopta nuestro CP, hasta que un comportamiento humano llega a realizar todos esos elementos del tipo, recorre un trayecto más o menos largo y sinuoso, que es lo que se denomina el *iter criminis* (el camino del delito). Así, bajo la expresión *iter criminis*, se estudian las *diferentes etapas o fases por las que puede atravesar el hecho delictivo desde que surge la idea criminal* (ej., voy a asesinar a mi vecino de arriba) *hasta la consumación* (ej., el vecino muere asesinado).

En una primera aproximación, puede distinguirse en el *iter criminis* una *fase interna*, que se desarrolla en la mente del sujeto, y una *fase externa*, que ya supone una exteriorización o manifestación externa de esa voluntad.

La fase interna, por sí sola, no es relevante desde el punto de vista jurídico-penal (*cogitationis poenam nemo patitur* = nadie puede ser penado por sus pensamientos). Por lo tanto, la mera decisión o voluntad de cometer un delito, cuando no va acompañada de actuaciones externas, es irrelevante para el Derecho penal. Ello enlaza con la distinción entre la moral y el Derecho, y por supuesto con la libertad de conciencia e ideológica (art. 16 de la CE). Un Estado de Derecho no puede interferir en la conciencia de la persona, que tiene el derecho fundamental a tener su propia concepción del mundo, y sus propias ideas y opiniones, por muy equivocadas, perniciosas o, incluso, disparatadas que nos parezcan al resto.

La exteriorización de esa voluntad delictiva, por lo tanto, es el límite mínimo de la intervención penal. Dentro de la fase externa, pueden distinguirse, a su vez, dos etapas: la *fase de actos preparatorios* y la *fase de ejecución*.

## 1. La fase de actos preparatorios

Los actos preparatorios son actuaciones externas del sujeto dirigidas a la futura ejecución del delito (ej., comprar un cuchillo y un pasamontañas, hacer seguimientos a la víctima, fotografiar el lugar, conseguir los planos del edificio, arrendar la vivienda desde la que se efectuará el disparo, cavar el zulo en el que se introducirá al secuestrado, buscar a cómplices...).

Nuestro CP parte del *principio general de impunidad de los actos preparatorios*, esto es, como regla general, los actos preparatorios no se sancionan penalmente, salvo en tres supuestos: la *conspiración*, la *proposición* y la *provocación*, cuando expresamente se prevea para el delito. Es decir, tampoco la conspiración, la proposición y la provocación se castigan en todos los delitos, sino exclusivamente en los casos en que así lo prevea la ley penal para el concreto delito (sistema de *numerus clausus*).

Con todo, nuestro CP, frecuentemente, castiga en el Libro II determinados comportamientos que, aunque materialmente no pasan de ser meros actos preparatorios, se elevan a la categoría de delitos autónomos. Así, por ejemplo, el art. 368 del CP, en materia de tráfico de drogas, castiga a los «que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines...». Con ello, de un modo cuestionable, nuestro legislador elude la aplicación de los principios generales y equipara en gravedad conductas que materialmente no son equiparables.

A este respecto, Díez Ripollés pone de manifiesto que, en el Derecho penal comparado, los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX y, en el Derecho penal histórico español, los códigos o códigos reformados de inclinación autoritaria, tendieron a ampliar la punición de los actos preparatorios, y que esta tendencia ha resurgido en los últimos tiempos con la *consolidación del modelo penal rigorista de la seguridad ciudadana*, «si bien ya no se hace mediante una punición general de ciertos actos preparatorios, sino a través de la proliferación en la parte especial de

delitos preparatorios de otros delitos, que ya abarcan un amplio campo de ámbitos delictivos», lo que permite cuestionar que verdaderamente estemos ante una «fase de punición excepcional» de tales actos<sup>131</sup>. La vinculación entre ambas cuestiones que demuestra el mencionado autor no es casualidad y evidencia que el adelantamiento de las barreras de protección penal a través de la ampliación del castigo de los actos preparatorios viene acompañada del alejamiento de la idea del Estado de Derecho, pudiendo afirmarse que dicha ampliación es un síntoma preocupante de degradación, de *enfermedad*, de *dolencia*, de *achaque* en un Estado de Derecho.

## 2. Fase de ejecución

Iniciada la fase ejecución del delito, nuestro CP parte del principio inverso: la *punición de la tentativa*; es decir, comenzada la ejecución, el intento de consumir un delito y no conseguirlo se castiga penalmente (ej., disparar a otro con la intención de matarle y no lograrlo, porque el proyectil no llega a alcanzarle, o solo le roza en la oreja, etc.)

## 3. Fundamento de la punición

La pregunta que ya hay que plantearse es: ¿Cuál es la razón por la que se castigan estas *formas imperfectas de ejecución*?; o, si se prefiere, ¿por qué se penan estas conductas que no llegan a la consumación?

Las principales *fundamentaciones* ofrecidas a este respecto pueden reconducirse, fundamentalmente, a tres teorías: a) *teoría objetiva*, b) *teoría subjetiva* y c) *teorías mixtas*<sup>132</sup>.

131 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 544 y ss. También Pomares Cintas señala que esta ampliación «materializada con la incorporación en el Libro II del Código Penal de tipos penales preparatorios autónomos o específicos, salpicados en distintos Títulos, ponen en tela de juicio la excepcionalidad de su castigo» (POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, coord. E. Pérez Alonso, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2022, p. 309).

132 Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, coords. C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. A. Boldova Pasamar, Comares,

- a) La llamada *teoría objetiva* mantiene que la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico. Ej., bien es cierto que usted no ha llegado a matar a nadie, pero ha puesto en serio peligro su vida. Las consecuencias principales de esta teoría son: 1) El principio general de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se encuentran demasiado alejados de la lesión del bien jurídico (ej., comprar el cuchillo y el pasamontañas en un centro comercial para utilizarlos en un futuro robo); 2) El menor castigo de la tentativa con respecto a la consumación, ya que objetivamente el peligro que genera la tentativa está más distanciado y es menos grave que la consumación (ej., es menos grave disparar a otro y no lograr matarlo, que disparar y matarlo); 3) La impunidad de la *tentativa inidónea*, ya que objetivamente no pone en peligro el bien jurídico (ej., intentar envenenar a otro con una sustancia inocua creyendo que es un potente veneno).
- b) La *teoría subjetiva* mantiene que la razón del castigo radica en la intención o voluntad delictiva que manifiesta el sujeto. Las consecuencias de esta teoría son: 1) Tendencia a la equiparación entre las formas imperfectas de ejecución y la consumación, pues la voluntad delictiva es la misma. Ej., tanto si logras matar a otro como si lo intentas y no lo consigues, tu intención es equivalente; 2) Punición de la *tentativa inidónea*, pues la voluntad delictiva es la misma que en la tentativa idónea (ej., tanto si intentas matar a otro con auténtico cianuro y no lo consigues, como si lo intentas con azúcar, creyendo que es un potente veneno, tu intención delictiva es la misma).

---

Granada, 2016, pp. 186 y 187; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 150 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 347 y ss.; MUÑOZ CONDE, E.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 200 y ss.; POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 317 y ss.

- c) Las *teorías mixtas*, como su propio nombre indica, combinan los anteriores puntos de vista, y puede decirse que son mayoritarias en la actualidad.

Las teorías *predominantemente subjetivas* han tenido y tienen bastante éxito en Alemania, pues permiten explicar el castigo de las tentativas inidóneas en su Código penal (*Strafgesetzbuch*) sin llegar al extremo de castigar tentativas absolutamente irreales o supersticiosas (ej., *teoría de la impresión, la teoría del quebrantamiento expresivo de la norma de Jakobs...*)<sup>133</sup>. Sin embargo, puede afirmarse que el CP español, con buen criterio a nuestro juicio, acoge una teoría *predominantemente objetiva*, pues tiene muy en cuenta el peligro objetivo para el bien jurídico, y su mayor o menor proximidad, aunque también la voluntad delictiva manifestada por el sujeto. En este sentido, el castigo de la *conspiración, proposición y provocación* se explica en la medida en que existe la voluntad de consumir un delito y se manifiesta a través de actuaciones en las que se involucra a otras personas en el proyecto criminal, lo que implica un peligro relevante para determinados bienes jurídicos considerados particularmente importantes. Y en cuanto a la tentativa, el propio art. 16. 1 del CP, al definirla, contempla tanto el aspecto objetivo como el aspecto subjetivo: «1.– Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y

133 § 22 StGB.– *Definición: Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo.* § 23 StGB.– *Punibilidad de la tentativa: (1) La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un delito solo es punible cuando la ley expresamente lo determina. (2) La tentativa puede castigarse de manera más indulgente que el hecho consumado (§ 49 inciso 1). (3) Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa, según la clase de objeto, de recurso o de medio con los que cometió el hecho, de ninguna manera podía conducir a su consumación, entonces el tribunal puede prescindir de la pena o disminuir la misma con arreglo a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2).* Véanse: JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 863 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., pp. 444 y ss.

sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

Lo anterior resulta acorde, además, con los principios propios de un Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que implica dirigir el Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, y no al simple castigo de las intenciones.

## 7.2. Actos preparatorios punibles: conspiración, proposición, provocación y apología del delito

### 1. La conspiración

Según el art. 17. 1 del CP, «la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo».

Se precisa, por lo tanto, que dos o más personas acuerden ejecutar de manera conjunta un futuro y concreto delito que admita esta forma imperfecta de realización (ej., varios sujetos se reúnen y deciden dar una paliza entre todos a un tercero, que le produzca graves lesiones). Para castigar al conspirador no basta, por lo tanto, con que se acuerde su participación de cualquier manera en el futuro delito (ej., proporcionando el arma para el asesinato) sino que se exige que se acuerde su intervención en el futuro delito como coautor. De ahí que se afirme que la conspiración se configura en nuestro CP como un supuesto de *coautoría anticipada*<sup>134</sup>.

134 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 547; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 151.

## 2. La proposición

De acuerdo con el art. 17. 2 del CP, «la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él».

En este caso, el sujeto que plantea la idea ya está decidido a ejecutar como autor el futuro y concreto delito, y ofrece a otra u otras personas determinadas que intervengan en el mismo, no como autores, sino como meros partícipes, cooperando en su delito (ej., proporcionando el vehículo para el secuestro). Es exigible que la invitación del proponente sea aceptada, pues una mera propuesta que *no va a ningún lado* y es rechazada, resulta insuficiente desde el punto de vista de los principios de intervención mínima y ofensividad. Si la invitación se refiere a su intervención como coautores, para ejecutar conjuntamente el delito, y así se acepta, habrá que acudir a la figura de la conspiración.

## 3. La provocación y la apología del delito

Finalmente, según el art. 18. 1 del CP, «la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

En este caso, el sujeto incita, es decir, instiga, anima, azuza a cometer un futuro delito, valiéndose de medios que faciliten la publicidad del mensaje (ej., periódicos, radio, televisión, *internet...*) o ante una concurrencia de personas (ej., en una concentración, asamblea, mitin político...).

Esta incitación, como se deduce del siguiente párrafo del art. 18. 1 del CP, debe constituir *una incitación directa a cometer un delito*. Ello no significa que haya que dirigirla a personas concretas y determinadas, pues precisamente lo que caracteriza a la provocación es que se dirige a una generalidad de personas, pero sí exige que el mensaje sea explícito (no

meras insinuaciones o alusiones más o menos veladas o indirectas) y lo suficientemente concreto para determinar el delito al que se refiere (ej., que un responsable político, en un programa de televisión, anime a los ciudadanos de su Comunidad Autónoma a alzarse violentamente, con armas, palos, piedras o lo que tengan a mano, contra los funcionarios del Estado para expulsarlos y así poder declarar la independencia de esa parte del territorio nacional –delito de rebelión–).

Como forma específica de provocación, el párrafo segundo del art. 18.1 del CP incluye la denominada *apología*, a la que define del siguiente modo: «Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

En el lenguaje común la apología hace referencia a un discurso en defensa, justificación o alabanza de alguien o algo, generalmente de forma vehemente. Sin embargo, la adopción de este significado amplio, en un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, que reconoce como derechos fundamentales la libertad de pensamiento y de expresión, resulta más que discutible. Por ello, con buen criterio, nuestro CP establece que, con carácter general, no basta con ensalzar el crimen o enaltecer a su autor, sino que se precisa también una incitación directa a cometer un delito.

El art. 18. 3 del CP aclara que, si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción. Por lo tanto, si el provocador logra que se cometa el delito, se le castigará con la misma pena que al inductor –art. 28, a) del CP–.

Pese a ello, nuestros legisladores, llevados en parte por los compromisos internacionales, no se han resistido a establecer excepciones a este criterio general, por medio, una vez más, del vericuetos o artimaña de crear delitos autónomos para acoger un significado más amplio. Así, por ejemplo, en materia de terrorismo, el art. 578 del CP castiga el simple «enaltecimiento o la justificación públicos de tales

delitos o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares». Por su parte, el art. 510 del CP, como figura central dentro de los denominados *delitos de odio*, incluye comportamientos que superan incluso el significado amplio de la apología (negación, trivialización...).

Conviene recordar que la conspiración, proposición y provocación no se castigan en todos los delitos, sino solo en los casos especialmente previstos en la ley penal, siguiendo un sistema de *numerus clausus* (arts. 17. 3 y 18. 2 del CP) y dando lugar a una pena inferior a la del delito correspondiente (pena inferior en uno o dos grados)<sup>135</sup>.

### 7.3. La tentativa: concepto, estructura típica, comienzo de la ejecución, tentativa acabada e inacabada

#### 1. Concepto y estructura típica

En términos generales, la tentativa, como su propio nombre indica, es el intento de realizar un delito. Más concretamente, el art. 16. 1 del CP señala: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

En nuestro CP la tipicidad de la tentativa se obtiene a través de la combinación del mencionado artículo 16 con los correspondientes tipos previstos en el Libro II. En la tentativa también puede distinguirse una parte objetiva y subjetiva:

135 Cfr.: art. 141; art. 151; art. 156 bis, 8; art. 168; art. 177 bis, 8; art. 269; art. 285 quater; art. 304; art. 373; art. 445; art. 477; art. 488; art. 519; art. 553; art. 557, 4; art. 579, 3; art. 585 y art. 615, del CP.

- a) La *parte objetiva*, como señala el art. 16. 1 del CP, exige una ejecución de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir la consumación y, sin embargo, ésta no se produce<sup>136</sup>.
- b) La *parte subjetiva* exige la voluntad de consumación, es decir, que el sujeto quiera consumir el delito. En este sentido, el art. 16 del CP requiere que el delito no se consume «por causas independientes de la voluntad del autor». De lo anterior se desprende que la tentativa requiere dolo y, por lo tanto, la imposibilidad de una tentativa imprudente, es decir, la tentativa no es compatible con la imprudencia<sup>137</sup>.

136 La expresión «resultado» contenida en el art. 16. 1 suele interpretarse por la doctrina y la jurisprudencia como una referencia a la consumación y no a un efecto material separable de la conducta. Sin embargo, algunos autores optan por esta última interpretación restrictiva, lo que conduce a negar la posibilidad legal de castigar la tentativa en los delitos de mera actividad (así, por ejemplo, Díez Ripollés, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 552; Obregón García, A./Gómez Lanz, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 254 y 255). A nuestro juicio, así como en otros ámbitos no es posible interpretar el resultado en sentido amplio (ej., art. 11 del CP), en el art. 16. 1 del CP es posible y conveniente esta interpretación amplia que lo asocia con la consumación.

137 Alastuey Dobón, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 194; Mir Puig, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 156; Muñoz Conde, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 209. El dolo de la tentativa no es distinto del dolo del hecho consumado y la tentativa tampoco es incompatible con el dolo eventual. Ej., un sujeto le propina una brutal paliza a su esposa, con graves golpes en la cabeza. Ese sujeto no tiene intención directa de matarla, sino solo de darle un severo escarmiento para que no vuelva a salir con sus amigas, pero se representa como probable su muerte y la asume, pues en realidad ya le da lo mismo. Aunque la mujer se salve milagrosamente gracias a la rápida intervención de los servicios sanitarios, resultaría inadecuado castigar al autor por lesiones y no por tentativa de homicidio (o asesinato). En este sentido, Roxin, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., pp. 452 y ss.

Ej., un asesino a sueldo, con la intención de matar a la persona que le han encargado, dispara un arma apuntando a su cabeza, pero el proyectil le pasa cerca y no le da, o tan solo le roza en la oreja, o impacta en su hombro y no lo mata. En este caso, el autor ha ejecutado todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado de muerte y, sin embargo, este no se ha producido por circunstancias ajenas a su voluntad, por lo que estaríamos, no ante un asesinato consumado, pero sí ante una tentativa de asesinato (art. 16 en relación con art. 139 del CP).

## 2. El comienzo de la ejecución

Una de las cuestiones más complejas que se plantean en el ámbito del Derecho penal es la relativa al inicio de la ejecución, o si se prefiere, la relativa a la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución: ¿Dónde terminan los actos preparatorios y ya podemos hablar de actos de ejecución?; o, si se prefiere, ¿dónde termina la preparación del delito y ya podemos hablar de tentativa?

Las diferentes respuestas a esta pregunta pueden reconducirse, fundamentalmente y como es tan habitual, a tres teorías:

### A) *La teoría subjetiva*

La *teoría subjetiva* propone atender al *plan del autor*, considerando que son actos de ejecución aquellos que, en el pensamiento del sujeto, ya constituyen la fase decisiva de su plan. A favor de esta teoría cabe alegar que, en alguna ocasión, para decidir cuándo empieza la ejecución del delito, hay que investigar el plan del autor. Ej., quien cava un profundo agujero en el bosque para poner una trampa a su enemigo, puede pretender su muerte dejándole que muera de sed en el agujero o disparando sobre él una vez atrapado. Así, mientras que en el primer quizá pudiera afirmarse que hay inicio de ejecución, en el segundo caso sería más que discutible. De cualquier manera, la adopción de un punto de vista puramente

subjetivo no es admisible, porque la determinación del comienzo de ejecución de un delito no puede depender de las ideas del sujeto, ni de sus planes más o menos absurdos, irracionales o extravagantes, sino que, por exigencias del principio de legalidad, tiene que depender de la ley<sup>138</sup>.

## B) La teoría objetivo-formal

La *teoría objetivo-formal* defiende que hay que atender al *comienzo del hecho descrito en el tipo delictivo*. Ej., el delito de robo se define en el art. 237 del CP en los siguientes términos: «Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren». De este modo, por ejemplo, si el ladrón ya ha roto la ventana de una casa y se dispone a entrar, o ha roto la puerta de la vivienda para acceder a su interior y apoderarse de las joyas, podremos decir que ya ha empleado la *fuerza en las cosas* requerida por el tipo delictivo y, por lo tanto, que ya hay tentativa.

A favor de esta teoría cabe alegar –y no es un argumento menor– que, a diferencia de la teoría subjetiva y de otros criterios materiales, respeta escrupulosamente el principio de legalidad, algo básico en un Estado de Derecho. Sin embargo, en contra de esta teoría, se argumenta que una aplicación estricta de la misma podría conducir a sostener que en el homicidio, como en todo delito de *acción instantánea*, no cabe la tentativa, puesto que el verbo típico matar no puede realizarse parcialmente: en puridad, se mata solo en el momento en el que se produce la muerte, es decir, se mata o

138 ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 191; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 356.

no se mata<sup>139</sup>. Por eso, se estima que es necesario un entendimiento de la acción típica más amplio, que vaya más allá de los actos inmediatamente descritos en el tipo delictivo.

### C) *Teorías objetivo-materiales*

Sobre la base de la objeción anterior, han surgido una serie de *teorías objetivo-materiales*, más o menos desvinculadas de la descripción típica. El que se trate de actos dirigidos de una manera *inequívoca* a cometer un delito, la *proximidad espacio-temporal*, la *inmediatez temporal*, la *unión a la acción típica desde una concepción natural*, la *puesta en peligro inmediata del bien jurídico*, etc<sup>140</sup>.

A nuestro juicio, en primer lugar, se ha exagerado la importancia de esta cuestión. Aunque es cierto que puede llegar a tener trascendencia práctica –sobre todo en aquellos casos dudosos en los que, si se interpreta que el sujeto se ha mantenido en la fase de preparación del delito, el hecho es impune, en tanto que si se interpreta que ha iniciado la fase de ejecución, el hecho ya es punible– no es menos cierto que, cuando la peligrosidad del ataque o de los medios empleados es importante, habitualmente se contempla a través de delitos autónomos que impiden la impunidad (ej., amenazas, tenencia ilícita de armas, allanamiento de morada...). Y si no se contempla ya, quizá hay que pensar que, al menos en muchos casos, eso no es todavía una ejecución relevante del delito.

En segundo lugar, es exagerado afirmar que en todos los delitos de «acción instantánea» fracase la teoría objetivo-formal. Así, por ejemplo, cuando un sujeto

139 ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 192; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit. p. 357.

140 Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 192; Díez RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 552 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 331 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 238 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 357 y ss.; del mismo, *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 152 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 203 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 249.

le está dado una paliza a otro, propinándole golpes severos en la cabeza, es perfectamente posible afirmar, incluso en el uso más común y cotidiano del lenguaje, que *¡lo está matando!*

En tercer lugar, en un Estado de Derecho, que consagra el principio de legalidad y, más ampliamente, la seguridad jurídica, no es admisible la fijación de un criterio material que pretenda decidir esta cuestión al margen de la descripción efectuada por la ley, ni siquiera con el argumento de que así se van a castigar o se van a castigar más algunos hechos que lo merecerían.

Por lo tanto, la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, al menos a nuestro juicio, debe pasar necesariamente por la descripción típica. El concepto de ejecución y, por lo tanto, de tentativa, tiene que ir vinculado al *hecho descrito en el tipo penal*, por lo que hay que partir de un criterio objetivo-formal. A este respecto, se han defendido dos concepciones distintas: una *restrictiva*, en cuya virtud la acción típica comienza solo cuando tienen lugar los actos estrictamente descritos el tipo delictivo, y otra, más *amplia* y acorde con el uso común del lenguaje, según la cual el comienzo de la acción típica puede tener lugar cuando se hayan realizado actos estrechamente ligados o vinculados a los anteriores<sup>141</sup>.

Sin embargo, los argumentos anteriores, por sí solos, no eliminan la dificultad y la necesidad de encontrar un criterio más concreto. En este sentido, nos parece que el criterio más seguro –o menos inseguro– es el de la *conexión inmediata con la acción típica*, es decir, admitir que el comienzo de la tentativa se produce *cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior al descrito o descritos estrictamente en el tipo*. Vendría a ser el criterio que exige que *no haya ningún eslabón intermedio* entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica (cuando esta se ejecute con un solo acto) o de alguno de los actos que la integran (cuando la conducta típica comprenda varios actos)<sup>142</sup>. Este criterio, además, se ajusta a la regulación de nuestro CP, cuyo art. 16 exige dar «principio a la ejecución del delito *directamente* por hechos exteriores»,

141 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 715 y 716.

142 MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 358; del mismo, *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 154.

lo que puede interpretarse como la exigencia de conexión inmediata<sup>143</sup>. Por otra parte, el mencionado art. 16, como es lógico, no exige que en el caso concreto podamos afirmar que el sujeto ya mata o ya causa a otro una lesión, por ejemplo, sino solo practicar «todos o parte de los *actos que objetivamente deberían producir el resultado*».

Por supuesto, tiene que existir un peligro relevante para el bien jurídico. Pero, como aclara Roxin, la puesta en peligro «debe estar **próxima al tipo, pero no necesariamente al bien jurídico**... El punto de referencia para la punición de la tentativa no es, por lo tanto, el bien jurídico protegido, sino el tipo penal. Esto es importante porque, según ello, las acciones pueden ser consideradas tentativas incluso si, en relación con el bien jurídico protegido, se hallan todavía alejadas del mismo, en el ámbito de la mera preparación. Así, existe una tentativa punible de falsificación de moneda... cuando el autor inicia el acto de falsificación; el bien jurídico protegido (el sistema monetario), sin embargo, se vería afectado tan solo cuando se produjese la introducción de la moneda falsa en el tráfico»<sup>144</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia, para determinar el comienzo de la ejecución, suele adoptar una postura mixta, combinando diversos criterios de distinción. A este respecto, la STS 361/2020, de 1 de julio, señala: «En análogos términos expresábamos en la Sentencia núm. 548/2017, de 12 de julio, que han de considerarse actos ejecutivos aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella y se hace mención a la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor; y se añade que para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º. Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2º. Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3º. Y este es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos prepara-

143 *Loc. cit.*

144 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., p. 436.

torios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal... En tales hechos se describe la intención de matar por parte del acusado. Además, se describe ya el inicio de la ejecución y la inminencia de su acción frente a los agentes. El hecho probado describe además cómo el acusado metió la mano en la bandolera con intención de sacar el revólver que allí portaba y disparar a los agentes para acabar con sus vidas, propósito que no logró al haberse echado encima dichos agentes, quienes lograron reducirlo. Estos actos no solo son unívocos desde la perspectiva del plan del autor, sino que además suponen la ejecución de la conducta típica por la que ha sido condenado y la inminente puesta en peligro para el bien jurídico que ampara, lo que excluye la necesidad de actos o fases intermedias. Se describe así en la resultancia fáctica de la sentencia que el motivo que impidió al acusado lograr el resultado pretendido y por tanto la consumación del delito, fue por «haberse echado encima dichos agentes, quienes lograron reducirlo». Véanse, también, STS 234/2012, de 16 de marzo; STS 92/2019, de 20 de febrero; STS 84/2020, de 27 de febrero.

### 3. Tentativa acabada e inacabada

Como hemos visto, art. 16. 1 del CP se refiere a que el sujeto practique «*todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado...*»

Suele hablarse, en este sentido, de *tentativa acabada e inacabada*<sup>145</sup>.

La tentativa acabada sería aquella en la que el sujeto practica todos los actos que objetivamente deberían producir la consuma-

145 ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 193; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 151; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 551; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 334 y 335; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 205; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 247 y 248; POMARES CINTAS, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 322.

ción y, sin embargo, dicha consumación no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad (ej., el sujeto, con la intención de matar, dispara hacia la cabeza de la víctima y el proyectil le pasa cerca, o le roza una oreja o le da en un hombro...).

En la tentativa inacabada, sin embargo, el sujeto solo realiza parte de los actos que objetivamente deberían producir la consumación (ej., un sujeto está destrozando la puerta de una vivienda para robar en su interior, y en ese momento es sorprendido y atrapado por la policía).

En cualquier caso, se acepte o no esta terminología, o se interprete en un sentido o en otro, el mayor o menor avance en la ejecución es una cuestión trascendente que tiene su reflejo en la pena. Así, el art. 62 del CP establece que «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

#### 7.4. La evitación voluntaria de la consumación

Con arreglo al art. 16. 2 y 3 del CP: «Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».

Se ha discutido mucho la *naturaleza jurídica y fundamento* de la figura del *desistimiento voluntario*. En cuanto a la naturaleza jurídica se ha debatido si es una causa de exclusión del tipo o de la punibilidad, que no excluye el injusto, sino tan solo la posibilidad de imponer la pena<sup>146</sup>. Pero, a nuestro juicio, el desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad de la conducta y, por lo tanto, la prohibición de la misma. El desistimiento voluntario no puede impedir que, antes del mismo, se haya producido un hecho injusto que, como tal, no cabe borrar afirmando que es justo. Tampoco elimina la culpabilidad del sujeto. Se trataría más bien de una causa personal de exclusión o levantamiento de la pena.

En lo que atañe a su fundamento, se han manejado diversos argumentos. El denominado argumento del *premio*, según el cual el desistimiento voluntario se presenta como algo meritorio que debe recompensarse con un *perdón* o levantamiento de la pena. Asimismo, se ha argumentado que el desistimiento voluntario manifiesta una *menor intensidad de la voluntad criminal* o, incluso, una *disminución de la culpabilidad* del sujeto. También se ha manejado el argumento político-criminal de que el desistimiento voluntario evidencia que ya *no es necesaria la pena* desde el punto de vista de sus fines de prevención, especial y/o general. A nuestro juicio, el argumento de mayor peso es una razón esencialmente pragmática o de oportunidad que puede sintetizarse con el refrán popular «al enemigo que huye, puente de plata» (ej., von Liszt, Feuerbach y, más recientemente, Puppe, por

146 Cfr.: BUSTOS RUBIO, M.: «El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento», en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 4 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 154; Díez RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 556; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 38 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 154; MUÑOZ CONDE, E.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 210.

consideración a la oportunidad de salvamento para la víctima)<sup>147</sup>. Es decir, *prefiero no imponerte la pena que merecerías a que pienses que ya no hay marcha atrás y consumes el delito*. Ej., si devuelves teléfono móvil ajeno que te has guardado en el bolsillo antes de salir por la puerta de los grandes almacenes, prefiero no imponerte la pena que mereces a que pienses que ya no hay marcha atrás y decidas consumir el delito, lesionando la propiedad ajena.

Para que conduzca a la impunidad, el desistimiento tiene que ser *voluntario*, no forzado por las circunstancias. Ej., si el ladrón se ve obligado a desistir porque se aproximan los policías con las linternas, lógicamente, no será un desistimiento voluntario.

De acuerdo con Martínez Escamilla, Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante, cabe excluir de la voluntariedad no solo los casos de *imposibilidad absoluta* sino también los de *imposibilidad relativa*, ofreciendo el siguiente ejemplo: «si un sujeto decide matar a una persona impunemente y en el momento de disparar aparece un testigo inesperado, evidentemente, desde el punto de vista fáctico, la consumación es todavía posible, pero no parece una vulneración del significado común de las palabras afirmar que su desistimiento es involuntario en cuanto las circunstancias sobrevenidas imposibilitan o dificultan relevantemente la realización del plan de autor, la obtención de la finalidad perseguida»<sup>148</sup>. Lo que no resulta exigible con arreglo a la ley es que el desistimiento del sujeto obedezca a móviles valiosos (motivos altruistas, desinteresados o moralmente aceptables, deseo de retonar a la legalidad, que evidencien la ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de sus fines, etc.)<sup>149</sup>.

147 Sobre estas fundamentaciones, véanse: BUSTOS RUBIO, M.: «El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento», ob. cit., pp. 10 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 557 y 558; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, cit., p. 590 y ss.

148 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 250.

149 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 251.

El desistimiento adopta *formas distintas* en la tentativa inacabada y en la tentativa acabada. Así, mientras que en la tentativa inacabada basta con que el sujeto detenga su ejecución, dejando de realizar los actos que le faltan (ej., dejando de entrar en la casa para apoderarse de las joyas tras haber forzado la puerta) en la tentativa acabada es necesario un *desistimiento activo*, es decir, el sujeto tiene que evitar activamente que la ejecución ya completada produzca el resultado (ej., quien ha puesto una bomba con temporizador para que explote a una determinada hora, tendrá que desactivarla para que no se produzca la consumación).

El desistimiento voluntario no excluye la responsabilidad en que ya pudiera haber incurrido el sujeto por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. Ej., el desistimiento voluntario en un robo con fuerza en las cosas, no excluye la responsabilidad del sujeto por los daños que ya hubiera causado en la propiedad ajena.

Finalmente, de acuerdo con el art. 16. 3 del CP, cuando en un hecho intervengan varias personas, se requiere, no solo que el sujeto desista de lo suyo, sino también que impida o intente impedir, seria, firme y decididamente, la consumación. Esto es aplicable también, y con más razón, al desistimiento de los actos preparatorios punibles, en los que intervienen varios sujetos.

Según el Acuerdo del Pleno de la Sala II del TS de 15 de febrero de 2002: «La interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el *iter criminis*, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen».

## 7.5. Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo

Suele afirmarse que la *tentativa inidónea* es aquella que aparece, desde un principio o *ex ante*, como no peligrosa para el bien jurídico

protegido<sup>150</sup>. Aunque desde una valoración *ex post* (a hecho pasado o transcurrido) toda tentativa evidencia su fracaso (ej., Juan intentó matar a Luis, pero no lo logró) pueden distinguirse los hechos que en un principio aparecían como capaces de consumar el delito, aunque posteriormente hayan fallado (ej., intentar envenenar a alguien con arsénico y que, finalmente, debido a su enorme resistencia física y a la rápida intervención sanitaria, salve la vida) de aquellos otros que aparecían como incapaces desde un primer momento (ej., intentar envenenar a otro con una sustancia inocua creyendo que es un potente veneno). A este respecto, como hemos visto, el art. 16. 1 del CP requiere que el sujeto practique todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir la consumación. Si el hecho, desde un principio o *ex ante*, se muestra como incapaz de realizar el delito, no es objetivamente peligroso, aunque en la subjetividad o pensamiento del autor, lo sea (ej., transportar bolsas de harina creyendo que son de cocaína). Tales supuestos, a nuestro juicio, deben calificarse como tentativas inidóneas y considerarse impunes con base en el art. 16. 1 del CP.

Cuando el plan o proyecto del sujeto que intenta cometer un delito alcanza tal grado de irracionalidad que aparece como algo meramente ficticio, imaginario, ilusorio, fantástico, quimérico, utópico o, incluso, delirante, se habla de *tentativa irreal* o, incluso, *supersticiosa* (ej., intentar matar a otro haciendo conjuros o echándole un «mal de ojo»)<sup>151</sup>. Por supuesto, existe un amplio consenso en que

150 Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 195; Díez RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 563 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 348; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, pp. 364 y 365; del mismo, *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 157 y 158; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 253 y 254.

151 Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 195; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 345; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: *De-*

esta clase de tentativa es impune, incluso entre aquellos que mantienen teorías predominantemente subjetivas<sup>152</sup>.

Próximo a la situación anterior se encuentra el denominado *delito putativo*, consistente en que el sujeto realiza un hecho no prohibido por la ley penal, creyendo que sí está prohibido (ej., la mujer casada que tiene un amante cree equivocadamente que con su adulterio comete un delito). También existe un amplio consenso en que es impune, incluso entre aquellos que mantienen teorías predominantemente subjetivas. La razón es que la determinación de lo que es delito tiene que corresponder a la ley, y no a la opinión del sujeto<sup>153</sup>.

Según el Acuerdo de la Sala 2ª del TS de 25 de abril de 2012: «El art. 16 CP no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico». A este respecto, la interesante STS 284/2021, de 30 marzo, señala: «El art.16 del CP ha redefinido la tentativa frente a su concepción más clásica, añadiendo la expresión «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Quedan fuera de la reacción punitiva: a) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); b) los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; c) y los supuestos de delitos imposibles *stricto sensu* por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de

---

*recho penal. Parte general*, ob. cit., p. 242; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, p. 366; del mismo, *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 158; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 207; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal», en *Revista Penal*, núm. 24, 2009, p. 144.

152 *Loc. cit.*

153 MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 2008, p. 367; del mismo, *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 159.

tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico. Por el contrario, sí deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados *ex ante* y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico de lesión o de peligro (cfr.: STS 771/2014, 19 de noviembre; STS 1114/2009, de 12 de noviembre; STS 963/2009, de 7 de octubre; STS 822/2008, de 4 de diciembre, entre otras muchas). En el supuesto que centra nuestra atención, la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea este la seguridad de la vida e integridad física sea la solidaridad». Sobre la evolución y la polémica surgida en el seno de la jurisprudencia sobre esta cuestión, véase, también, STS 916/2021, de 24 de noviembre.

## 8. Los tipos de autoría y de participación

### 8.1. Concepto, regulación y distinción entre autoría y participación

#### 1. Concepto y regulación

Cuando el delito es fruto de los comportamientos concurrentes de varias personas, se plantea el problema de la naturaleza de la aportación al delito de cada una de esas personas y de la responsabilidad criminal contraída por cada uno de ellos. A este respecto, suele distinguirse entre autores y partícipes.

Sin embargo, la *regulación* de la autoría y participación en nuestro CP es confusa y puede dar lugar a diversas interpretaciones. En este sentido, el art. 28 del CP señala:

«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».

Por su parte, el art. 29 del CP establece: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a su ejecución con actos anteriores o simultáneos».

Puede afirmarse que nuestro CP parte de la distinción entre autores y partícipes. Pero señala que también «serán considerados autores» los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Con ello, se incluye a sujetos que no son autores propiamente dichos, pues no realizan los tipos previstos en Libro II del CP, sino que contribuyen o ayudan a realizarlos. Cabría interpretar, por lo tanto, que en nuestro CP son autores los siguientes: quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento y, además, los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Pero dicho artículo admite otra interpretación, que con razón suele considerarse preferible: los autores son solo los que el art. 28 del CP señala que «son» autores, es decir, los del párrafo primero: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Los del párrafo segundo, letras a) y b) del art. 28 del CP *no son autores*, sino que únicamente «serán considerados» o equiparados a los autores a efectos de pena. Es decir, por la importancia de su participación en el hecho, les corresponde el mismo marco penal que a los autores propiamente dichos, pero no son autores, sino partícipes<sup>154</sup>.

154 En este sentido, Díez Ripollés, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 375; Martínez Escamilla, M./Martín Lorenzo, M./Valle Ma-

Lo anterior, que aparentemente puede parecer un matiz sin importancia o un mero capricho doctrinal, sin embargo, tiene trascendencia a la hora de aplicar los principios básicos de la autoría y la participación. Así, mientras el autor realiza un tipo autónomo cuya concurrencia no depende de otro hecho, el partícipe depende necesariamente de un hecho principal del autor. Por lo tanto, la participación es accesoria, secundaria, dependiente de un hecho principal (es lo que se denomina *principio de accesoriadad de la participación*).

Así, la interpretación más adecuada de los arts. 28 y 29 del CP sería la siguiente:

1. Son autores:
  - a) Quienes realizan el hecho por sí solos (*autoría única y directa*).
  - b) Quienes realizan el hecho conjuntamente (*coautoría*).
  - c) Quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento (*autoría mediata*).
2. Son partícipes:
  - a) A los que se castiga como si fueran autores (con el mismo marco penal):
    - ▶ Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho (*inductores*).

---

RISCAL DE GANTE, M.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 267; MELENDO PARDOS, M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 356 y ss.; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., pp. 163 y 164; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 216 y 217; OBREGÓN GARCÍA, A./GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., pp. 259 y 260; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 328, entre otros muchos.

- ▶ Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado (*cooperadores necesarios*).
- b) A los que se castiga con menor pena que a los anteriores (pena inferior en grado de acuerdo con el art. 63 del CP): los que, no hallándose comprendidos en el artículo 28 del CP, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos (*cómplices o cooperadores no necesarios*).

## 2. Distinción entre autoría y participación

### A) Concepto unitario de autor

Tradicionalmente, esta concepción, que no distingue entre autores y partícipes, se apoyaba en el pensamiento de la causalidad y, más concretamente, en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Recordemos que esta teoría, como su propio nombre indica, viene a considerar que todas las causas del resultado son equivalentes. Sobre la base de ello, se estima que todo aquel que ha contribuido a la producción del resultado, ha causado el mismo, y como todas las causas del resultado son equivalentes, es decir, no cabe distinguir unas de otras, tampoco hay motivo para distinguir entre autores y partícipes, sino que todos son autores: *todo el que contribuye al hecho delictivo debe ser considerado autor* (ej., tanto el que dispara con la pistola, como el que se la proporciona)<sup>155</sup>.

En cuanto a las objeciones, ya vimos que con esta teoría de la equivalencia de las condiciones el ámbito de lo penalmente relevante tiende hacia el infinito (la madre del asesino, la abuela del asesino...). Por otra parte, esta teoría, como sucede en general con las concepciones unitarias, no distingue la mayor o menor importancia de la contribución al hecho delictivo, por lo que tiende a equipar lo que no es equiparable desde el punto de vista de su gravedad. Pero, en cualquier caso, tales concepciones unitarias resultan incompatibles con nuestro Derecho penal, que como hemos visto distingue diversas clases de intervención y distintos grados de responsabilidad.

155 Véase, en este sentido, VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, traducido por L. Jiménez de Asúa y adiciones por Quintiliano Saldaña, 2ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 71 y ss.

## B) Concepto extensivo de autor

El denominado *concepto extensivo de autor*, similar al anterior, partía de los mismos presupuestos naturalistas y causales, considerando que es autor todo el que interviene en el hecho delictivo, *salvo que la ley señale que es un partícipe*<sup>156</sup>. Su concepto de autor sigue siendo naturalista y causal, por lo que es susceptible de las mismas objeciones que el concepto unitario, pero, además, incurre en una contradicción añadida, pues acepta que se trate de manera diferente lo que, desde su perspectiva, es idéntico. *Todos son autores, pero admito que a algunos se les trate como si no lo fueran.*

## C) Teoría subjetiva de la participación

Dado que, desde dicha perspectiva objetivo-causal, no era posible efectuar la distinción entre autores y partícipes, pues todas las contribuciones al hecho delictivo eran igualmente causas del resultado, se intentó buscar esta distinción en el plano subjetivo, es decir, en el ámbito de las intenciones del sujeto. Surgió así, la denominada *teoría subjetiva de la participación*, en cuya virtud *es autor quien obre con ánimo de autor y es partícipe quien obre con ánimo de partícipe*. Sin embargo, esta vía de restricción no resuelve el problema. En efecto, la adopción de dicho criterio subjetivo para efectuar la distinción resulta inadmisibles, porque la determinación de la cualidad de autor y de partícipe, así como su responsabilidad, no es algo que pueda depender del ánimo del sujeto. Además, puede dar lugar a resultados manifiestamente insatisfactorios, castigando como autores a los que no han realizado el hecho típico principal y como meros partícipes a los que lo han realizado plenamente, tan solo en función del ánimo con el que actúan o con el que dicen que actúan.

Ello explica que las anteriores teorías no hayan sido apenas defendidas en nuestro país. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo ha aplicado en ocasiones la llamada *teoría del acuerdo previo*, según la cual basta para ser autor el dato predominantemente subjetivo de haber llegado a un acuerdo previo entre los sujetos, con independencia de su aportación o contribución en el hecho. Pero esta teoría tampoco es admisible en nuestro Derecho penal, pues para ser autor no basta un acuerdo, sino que se requiere la realización del hecho. Como pone de manifiesto Diez Ripollés, esta teoría, que parecía superada, de algún modo «está experimentando una revitalización en los últimos años, a cuenta del concepto de dominio funcional del hecho,

156 Véase, en este sentido, MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, traducción y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 246 y ss.

que lleva a cierta jurisprudencia a calificar como coautores a inductores o cooperadores necesarios en cuanto haya mediado un acuerdo previo»<sup>157</sup>.

#### D) *Teoría objetivo-formal de la participación*

Esta teoría parte de la descripción efectuada en la ley y considera que es autor *quien realiza todos o parte de los actos de ejecución que integran el tipo delictivo*<sup>158</sup>. Ej., el art. 237 del CP se refiere al delito de robo en los siguientes términos: «Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren». Si un sujeto decide asaltar un banco con una escopeta, de manera que golpea al guarda de seguridad («violencia»), apunta con la escopeta al resto de los empleados («intimidación»), toma el dinero de la caja y desaparece corriendo («apoderarse de las cosas muebles ajenas»), es autor de un delito de robo. Sin embargo, si otro sujeto le ha prestado la escopeta para que realice el robo a cambio de una parte del botín, no es autor (pues no ha realizado actos de ejecución integrados en el tipo) sino partícipe. Y si su novia, que es empleada en el banco, ha sido la que le ha inducido a realizar el robo y le ha proporcionado la información precisa, tampoco es autora (pues no ha realizado actos ejecutivos incluidos en el tipo) sino que es partícipe.

A favor de esta teoría se argumenta, sobre todo, que es especialmente respetuosa con el principio de legalidad, lo cual, nueva-

157 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., p. 379.

158 En este sentido, por ejemplo, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 744 y ss. Fundamental a este respecto, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, ed. B de f, Motevideo-Buenos Aires, 2006.

mente, no es un argumento menor en un Estado de Derecho. Como argumentos en contra, tradicionalmente se ha objetado a esta teoría que falla en materia de autoría mediata, pues el autor mediato no realiza propiamente los actos de ejecución típicos, dado que, para ello, se sirve de otra persona a la que utiliza como instrumento. También se critica en el sentido de que no siempre el que realiza la conducta descrita en el tipo es quien más peso o importancia tiene en la realización del delito (ej., en una banda de ladrones de viviendas donde el que destroza las puertas y entra en las casas a robar es un simple «peón» y el verdaderamente importante es el jefe de la banda, que organiza los robos, da las órdenes a sus subordinados y nunca llega a realizar directamente los actos típicos). Sobre la base de lo anterior, se considera que la teoría objetivo-formal también falla en materia de *coautoría*, cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto.

E) *Las teorías objetivo-materiales. Especial consideración de la teoría del dominio del hecho*

Las teorías objetivo-materiales, una vez más, intentan corregir la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio más allá de la descripción típica.

Las tradicionales teorías objetivo-materiales se basan en las tradicionales teorías limitadoras de la causalidad y padecen los mismos defectos de falta de concreción. Recordemos que estas teorías trataban de buscar las causas con mayor importancia, refiriéndose a las causas eficientes, causas decisivas... En el ámbito de estas teorías se ha utilizado criterios como la *mayor importancia objetiva de la contribución*, la *mayor peligrosidad objetiva para el bien jurídico*...

En contra de estos criterios se argumenta que de poco sirve para distinguir la autoría de la participación la remisión a fórmulas tan vagas e imprecisas: ¿Cuándo tiene mayor importancia objetiva la contribución?; ¿cuándo puede decirse que es suficientemente peligrosa para el bien jurídico?

Sin embargo, la denominada teoría del *dominio sobre el hecho* constituye un intento muy destacable de resolver estos problemas de falta de concreción. Surge en Alemania de la mano del finalismo, estimando que en los delitos dolosos es autor quien tiene el dominio final sobre el hecho (ej., Welzel<sup>159</sup>). Esta teoría nace como un planteamiento eminentemente subjetivo, poniendo el acento sobre la dirección de la voluntad del sujeto. Sin embargo, no tardaron en surgir planteamientos mixtos, que consideraban que no solo se requiere la finalidad del sujeto, sino también un aspecto objetivo que determine el efectivo dominio sobre el hecho. En esta línea, ya Maurach señalaba que es autor quien tiene dolosamente en sus manos las *riendas del acontecimiento típico*, quien está en posición de *dejar correr, detener o interrumpir* por su comportamiento la realización del tipo<sup>160</sup>.

Este criterio ha sido desarrollado, de un modo muy destacado, por Roxin, en las sucesivas ediciones de su importante obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*<sup>161</sup>. Para Roxin, la figura central del suceso delictivo o autor es «quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo, no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución»<sup>162</sup>. Para afirmar la autoría, por lo tanto, lo fundamental es preguntarse si el sujeto controla el suceso, si el sujeto domina el hecho.

159 WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte general*, ob. cit., p. 143.

160 MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal*, tomo II, Traducción y notas por J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 309.

161 Véase: ROXIN, C.: *Autoría y dominio sobre el hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

162 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., p. 69.

Esta teoría, dominante en la doctrina alemana, ha tenido un gran éxito en la doctrina española<sup>163</sup> y también ha sido acogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>164</sup>.

- 163 Véanse, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B./COLINA RAMÍREZ, E. I.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 157 y ss.; MELENDO PARDOS, M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 362 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 218; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 331 y ss. Como variantes que intentan integrar la realización de los elementos del tipo con el dominio sobre el hecho, LUZÓN PEÑA, D./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M: «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 1998-1999, vol. 8, pp. 53 y ss.; o el «concepto integrado de autor» de Díez Ripollés, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 384 y ss.
- 164 STS 419/2020, de 22 de julio: «Nuestra jurisprudencia (SSTS 1022/2012, de 19 de diciembre, o 415/2016, de 17 de mayo) proclama que dentro del concepto de autor del artículo 28 del Código Penal se integran quienes realizan un hecho por medio de otro sujeto, del que se sirven como instrumento. Aun cuando el Código Penal define a los autores como aquellos que realizan el hecho, pareciendo optar por una teoría objetivo-formal según la cual sería autor el que ejecuta el verbo típico en cada caso, sin embargo, no solo se refiere a quien lo realiza por sí solo, sino también a quien lo hace conjuntamente con otro u otros y, entre ellos, al que lo hace por medio de otro del que se sirve como instrumento. Reconoce así, como modalidades de la autoría: la coautoría (actuación conjunta con otros) y la autoría mediata (actuación por medio de otro del que aquel se sirve como instrumento). Resaltábamos en nuestra STS 1022/2012, que «el Código está reconociendo que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo sin ejecutarlo. Pues el autor mediato no lo hace en ningún caso. Y la ausencia de ejecución personal del verbo típico no impide establecer la coautoría respecto de todos los que intervienen en determinadas condiciones en la ejecución del hecho». De este modo, desde la perspectiva de la teoría dominante del dominio del hecho, es autor quien ostenta ese dominio, distinguiéndose entre: el dominio formal, del autor directo; el dominio de la voluntad, del autor mediato; y el condominio funcional, propio de la coautoría».

A dicha tesis comúnmente se le asocian las siguientes consecuencias: 1) Es autor quien ejecuta directamente o por sí mismo todos los elementos del tipo (*dominio de la acción* que caracteriza la autoría inmediata); 2) Es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como un mero instrumento (*dominio de la voluntad* que caracteriza la autoría mediata); 3) Es coautor el que realiza una parte necesaria o función esencial durante la ejecución del plan conjunto o común, aunque no sea un acto típico en sentido estricto (*dominio funcional del hecho* que caracteriza la coautoría)<sup>165</sup>. Suele considerarse que la teoría del dominio del hecho permite una mayor flexibilidad para dar cabida en la autoría, no solo al autor material, sino también al autor mediato, y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto.

165 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, ob. cit., pp. 73 y ss. Explica Roxin que «la coautoría es la realización del tipo mediante *ejecución con división de trabajo*. El dominio del hecho del coautor se deriva de su *función* en la ejecución; asume una tarea que es *esencial* para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del conjunto del acontecimiento a través de su parte o intervención en el hecho. Si, por ejemplo, dos ladrones de banco se dividen la ejecución de tal forma que A mantiene a raya a los empleados de banco con su pistola, mientras B vacía la caja fuerte, uno solo perpetra la amenaza y el otro solo el apoderamiento. Pese a eso, cada uno de ellos domina el conjunto del acontecimiento mediante su contribución al hecho. Si A no mantuviera a raya a los empleados, el robo fracasaría de la misma manera que si B desistiera de vaciar la caja fuerte. Ambos tienen una función irremplazable que les confiere el *codominio*, pero que da a cada uno la posibilidad de hacer fracasar el plan delictivo mediante la negativa o rechazo a realizar su parte en el trabajo. Por ello, hablo de dominio funcional del hecho. De esta estructura derivan los tres requisitos centrales de la coautoría: 1) Plan conjunto o común del hecho, pues una «comisión conjunta» presupone que se actúe conforme a un plan común; 2) Una colaboración o actuación conjunta en la fase ejecutiva; 3) Una contribución esencial al hecho en la fase ejecutiva», aclarando que «también fundamentan la coautoría acciones ejecutivas no típicas cuando son importantes para la realización del tipo» (ob. cit., pp. 146 y ss.).

Algunos defensores de la teoría del dominio del hecho, sobre la base del componente subjetivo de la finalidad, excluyen los delitos imprudentes y la limitan a los delitos dolosos. Debido a ello, manejan dos conceptos distintos de autor: en los delitos dolosos un concepto restrictivo de autor basado en el dominio del hecho, distinguiendo entre autores y partícipes. En los delitos imprudentes, sin embargo, mantienen un concepto unitario de autor, que impide distinguir entre autores y partícipes. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor.

En un sentido distinto, otro sector de la doctrina excluye de la teoría del dominio del hecho los denominados *delitos de infracción de deber* (ej., Roxin, Jakobs...) <sup>166</sup>. Esta característica, presente en algunos delitos, como los relativos a los funcionarios o en los delitos de omisión, determina que lo decisivo en tales delitos es, precisamente, la infracción del deber por parte del obligado, que siempre será autor con independencia de si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo.

Sin embargo, la teoría del dominio del hecho tampoco ha escapado a las objeciones de la doctrina. Por un parte, se afirma que se trata de una fórmula imprecisa: interpretada rigurosamente resultaría inaplicable, pues el ser humano nunca llega a dominar plenamente el curso de los acontecimientos; y, al contrario, entendida en sentido amplio, podría predicarse de cualquier contribución, pues todas pueden suponer un cierto dominio sobre el hecho (tal posibilidad también puede hallarse en manos del inductor, del cómplice o, incluso, de terceros) <sup>167</sup>.

166 Véase, ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

167 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 741.

La vaguedad de la fórmula inicial provoca una segunda dificultad: la necesidad de determinar un segundo criterio en virtud del cual pueda afirmarse que hay dominio del hecho. A este respecto, las opiniones son variadas: unas se inclinan por un criterio subjetivo, poniendo el acento en la dirección de la voluntad; otras, por el contrario, insisten en la importancia de la aportación material al injusto; no faltando criterios mixtos.

A esta teoría también se le ha objetado que sigue anclada en una perspectiva ontológica, en el mundo del ser, que desconoce el sentido esencialmente normativo de la autoría: la autoría no es un problema de acción *prejurídica*, sino un problema de injusto típico<sup>168</sup>.

Además, a esta fórmula se le reprocha que incurre en incoherencias, pues se ve obligada a admitir que quien realiza la descripción típica es autor, aunque no tenga el dominio material del hecho. Con ello, se termina admitiendo un *dominio del hecho material* y un *dominio del hecho formal*, con lo que el criterio delimitador no es unitario ni general. A ello se añade que el dominio del hecho formal termina cayendo en las mismas objeciones que estos autores achacaban a la teoría objetivo-formal. Es decir, no solo no resolvería la dificultad, sino que volvería al principio: de nuevo se trataría de saber quién ejecuta los elementos del tipo.

Esta falta de un criterio unitario también se objeta con referencia a la distinción entre los delitos dolosos y los delitos imprudentes. En este sentido se afirma que no es admisible manejar dos conceptos distintos de autor: en los delitos dolosos un concepto restrictivo de autor basado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor, que impide distinguir entre autores y partícipes. Por lo tanto, en los delitos do-

168 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 742.

losos se admitiría la distinción ente autor y partícipe, pero en los delitos imprudentes todos serían autores. A este respecto, se afirma que no es coherente exigir un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos y contentarse, en cambio, con un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes<sup>169</sup>.

La concepción de Roxin trata de salvar las objeciones expuestas, aunque también termina trazando una distinción entre los que denomina *delitos de dominio*, en los que es aplicable el criterio del dominio del hecho, y *delitos de infracción de deber*, en los que no es aplicable.

Pero incluso al margen de todo lo anterior, el principal reproche hacia la teoría del dominio del hecho es que no resulta respetuosa con el principio de legalidad, pues la condición de autor termina siendo, total o parcialmente, independiente del Derecho positivo. Tampoco la construcción de Roxin, sin duda muy meritoria, escapa de esta objeción. A ella se añade que su construcción de *los delitos de infracción de deber* también se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que en tales delitos se realicen también los actos requeridos en el tipo.

De este modo, se concluye que los partidarios de la teoría del dominio del hecho terminan incurriendo en graves incongruencias, pues llenan con contenidos cambiantes conceptos vacíos, no logran un criterio unitario y no respetan el principio de legalidad.

Como afirma Gimbernat Ordeig, con la brillantez que le caracteriza, «las definiciones del dominio del hecho –porque no hay una definición, sino muchas definiciones de esa teoría– son tan ambiguas y carentes de contornos precisos que –sea la que sea la definición que elijamos– no es posible subsumir en ellas

169 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 743; MIR PUIG, S.: *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, ob. cit., p. 169.

con una mínima seguridad (jurídica), y de entre las inabarcables variantes con las que en la vida real se pueden presentar las distintas contribuciones de las personas que intervienen en un hecho delictivo, quién tiene y quién no tiene el dominio del hecho, y, por consiguiente, quién es autor y quién es solo partícipe (ejecutivo, cooperador necesario, cómplice o inductor)... los resultados a los que llega nuestra jurisprudencia son tan imprevisibles y contradictorios (muchas veces a la hora de calificar conductas prácticamente idénticas) que, en mi opinión, debería haber llegado ya la hora de abandonar definitivamente –por impracticable– la teoría del dominio del hecho... Si de verdad queremos distinguir al autor del partícipe a lo que hay que atenerse es a lo que establecen los Códigos Penales y prescindir de la teoría del dominio del hecho, un *invento* elaborado al margen de lo que figura en esos textos legales. Y si, en concreto, nos atenemos al CP español, lo primero que hay que decir es que, cuando intervienen varios en un hecho punible, autor es aquel cuya conducta es subsumible en el tipo penal correspondiente, es decir: el que apuñala, el que sustrae una cosa mueble ajena o el que accede carnalmente con violencia a otra persona»<sup>170</sup>.

De nuevo, como ya se argumentó en materia de tentativa, para distinguir entre autor y partícipe, hay que apoyarse en la tipicidad y acoger el criterio objetivo-formal. Lo contrario implica situarse al margen del principio de legalidad y del Estado de Derecho. Frente a la objeción de que esta teoría no es capaz de acoger al autor mediato, a nuestro juicio, se ha exagerado su trascendencia, pues con respecto al que utiliza a otro como un mero instrumento para realizar el tipo delictivo bien puede afirmarse que es autor (como al que utiliza una grúa para sustraer vehículos a motor, aunque no llegue ni siquiera a tocarlos directamente). Incluso, en la actualidad, esta objeción queda diluida, pues precisamente para evitar las dudas que pudieran surgir a la hora de subsumir la conducta del autor mediato en la tipicidad, el CP ha contemplado expresamente esta figura del autor mediato. Si, aun así, se considera que con todo ello no es suficiente, tampoco es necesario acoger la teoría del dominio

170 GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 66, Fasc./Mes 1, 2013, pp. 65 y 66.

del hecho, pues como se señaló en relación con la tentativa, cabe admitir una cierta flexibilidad a la hora de interpretar que a los actos de ejecución pertenecen, no solo los actos claramente descritos por el tipo, sino también otros actos previos con los que aquellos forman una unidad inescindible<sup>171</sup>. Es decir, esta dificultad puede salvarse a través de un concepto más amplio de acto ejecutivo o, como señala el CP, de «realización del hecho», sin necesidad de acoger conceptos vagos, incongruentes, cambiantes y poco acordes con un Estado de Derecho.

Por otra parte, el éxito de la teoría del dominio del hecho en Alemania puede seguir teniendo cierta explicación, pues en el Código penal alemán la complicidad da lugar a una atenuación que, en ocasiones, dada la importancia de la intervención del cómplice, puede resultar injusta e improcedente<sup>172</sup>. Ello explica que se recurra a criterios materiales, más allá de la tipicidad, para considerar autores a sujetos importantes en el delito que, sin embargo, no llegan a realizar actos típicos. Sin embargo, el CP español ya ofrece una solución a este problema, pues equipara a efectos de pena con el autor al cooperador necesario y al inductor, fijándoles el mismo marco penal.

171 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 744.

172 § 25 StGB.— *Autoría* (1) *Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro.* (2) *Si varios cometen conjuntamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).* § 26 StGB.— *Instigación* (*inducción a delinquir*) *Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.* § 27 StGB.— *Complicidad* (1) *Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.* (2) *La pena para el cómplice se basa en la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1.*

## 8.2. Clases de autoría: directa y única, mediata y coautoría. La autoría en los delitos cometidos con medios o soportes de difusión mecánicos

### 1. Autoría única y directa

A esta clase de autoría se refiere el art. 28 del CP cuando señala, en primer lugar, que son autores quienes realizan el hecho por sí solos. Por lo tanto, autor directo y único es el que realiza el hecho típico por sí mismo (ej., yo, solo, entro a robar en una tienda, intimidando con un cuchillo y apoderándome del dinero de la caja registradora).

### 2. Autoría mediata

A esta clase de autoría se refiere el art. 28 del CP cuando señala que también son autores los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. Por lo tanto, autor mediato es el que realiza el hecho típico a través de otra persona, a la que utiliza como un mero instrumento.

Lo que caracteriza a la autoría mediata es que el ejecutor material del hecho se convierte en un mero instrumento de la *persona de atrás*. Ej.: un sujeto (autor mediato) esconde droga en la maleta de otro sin que lo sepa (instrumento), siendo detenido por las autoridades al cruzar el control del aeropuerto. En tal caso, la responsabilidad penal corresponde al autor mediato y no al sujeto que ha sido plenamente instrumentalizado.

Frecuentemente, también se incluyen aquí supuestos en los que el instrumento realiza una conducta típica y antijurídica, pero no culpable (ej., utilización de menores o personas que se encuentran en una situación de inexigibilidad debido a las amenazas sufridas). Sin embargo, en tales supuestos, el instrumento debe ser calificado más bien como autor, con independencia de que finalmente tenga o no responsabilidad, y la persona de atrás, por lo general, como inductor<sup>173</sup>.

173 En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 390 y 391. STS 68/2018, de 7 de febrero: «En definitiva si el su-

### 3. Coautoría

Según el art. 28 del CP, también son autores quienes realizan el hecho «conjuntamente». Por lo tanto, los coautores realizan el hecho típico entre todos.

Para que la concurrencia de varias personas en la realización del hecho típico pueda considerarse coautoría deben darse dos exigencias:

- a) *Mutuo acuerdo*: ej., «vamos a atracar esa sucursal bancaria, de manera que, mientras tú amenazas con el arma a los empleados, yo tomo el dinero de la caja». El acuerdo, no obstante, puede ser expreso o tácito, así como anterior o simultáneo a la ejecución del hecho.
- b) *Ejecución conjunta del hecho típico*: ej., si uno amenaza con el arma mientras otro toma el dinero de la caja, uno realiza el elemento del tipo de robo de la «intimidación en las personas» mientras que el otro realiza el «apoderamiento de las cosas muebles ajenas».

Si se dan estos requisitos, entra en juego en denominado *principio de imputación recíproca de las contribuciones*. Según este principio, lo que hace cada coautor es imputable también a los demás. Por lo tanto, en el ejemplo propuesto, no afirmamos que el que intimida con el arma es autor de un delito de amenazas y el que se apodera del dinero es autor de un delito de hurto, sino que ambos son *coautores de un delito de robo*. No obstante, el exceso de algún coautor respecto de lo acordado no debe ser imputado a los demás<sup>174</sup>. Ej., se acuerda efectuar el robo

---

puesto instrumento es consciente de lo objetivo de hecho y participa de lo subjetivo (actuar doloso) ya no será eso, sino un autor inducido».

174 Véanse: STS 541/2019, de 6 de noviembre, y STS 29/2019, de 24 de enero. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manejado en este ámbito la denominada *teoría de las desviaciones previsibles*, señalando que

con armas de fuego o detonadoras, pero uno de los ladrones, por su cuenta, decide llevar un arma de fuego, capaz de disparar proyectiles, y asesina a los empleados del banco antes de irse.

4. La autoría en los delitos cometidos con medios o soportes de difusión mecánicos

El art. 30 del CP establece:

- «1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.
2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:
  - 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

---

«el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque solo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «íter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes».

- 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda.
  - 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
  - 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.
3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior».

Se trata de una excepción o régimen especial para los delitos cometidos a través de medios o soportes de difusión mecánicos (ej., injuriar o calumniar a otro en un periódico). Con ello, siguiendo una larga tradición en nuestro Derecho penal, se acota la responsabilidad criminal por los delitos cometidos a través de medios de comunicación, evitando la aplicación de las reglas generales, que obligaría a sancionar al mismo tiempo no solo a su autor material, sino también a los que han colaborado en su formación, difusión y distribución. Eso obstaculizaría el normal desarrollo de los medios de comunicación e impediría el eficaz desenvolvimiento de la libertad de prensa e información, que constituye uno de los pilares de una sociedad democrática (STS 25 de noviembre de 1988). Por ello, se limita su ámbito de aplicación a los delitos que guardan relación con la libertad de prensa e información (ej., injurias o calumnias vertidas en un periódico, descubrimiento y revelación de secretos en una *revista del corazón*...).

Sin embargo, lo cierto es que el CP de 1995, limitó drásticamente esta fórmula, refiriéndose únicamente a los *medios o soportes de difusión mecánicos*, sin incluir la referencia a la «radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad» (como era nuestra tradición). En sentido estricto, medios o soportes de difusión mecánicos son solo aquellos ejecutados por una máquina, como puede ser una

imprensa. Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha acogido este significado estricto, excluyendo otros procedimientos que facilitan la publicidad, como internet<sup>175</sup>. Otro sector, por el contrario, considera que la interpretación del art. 30 del CP no debe entenderse condicionada al significado literal del término mecánico, pues no tendría sentido limitar el ámbito del art. 30 a los casos de difusión por medio de la imprenta o el grabado, y dejar fuera otros medios, como la radiodifusión u otros procedimientos que faciliten la publicidad. Por ello, incluyen cualquier medio que facilite la publicidad, tal como la prensa, la radio, televisión y las comunicaciones por internet<sup>176</sup>. Sin embargo, esta segunda opción se apoya en una aplicación analógica del precepto, lo que vulnera el principio de legalidad, cimiento fundamental en un Estado de Derecho. No cualquier medio que facilite la publicidad es necesariamente mecánico.

No obstante, a nuestro modo de ver, sí cabe una interpretación amplia de medio o soporte de difusión mecánico, sin salirse del tenor literal, como algo ejecutado por un mecanismo o una máquina, y este sentido podrían incluirse los ordenadores o computadoras (que sin duda son mecanismos, aparatos o dispositivos) y que hoy son la base del funcionamiento de los medios de información.

El art. 30. 2 del CP solo comprende a los sujetos del art. 28 del CP (autores en sentido estricto, inductores y cooperadores necesarios), pero no a los cómplices del art. 29 del CP. Como puede observarse, se trata de una responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria (no es solidaria, en el sentido de que todos responden simultáneamente, sino subsidiaria, en el sentido de que uno responde en defecto de otro). Sin embargo, ello no implica que sea una

175 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Autoría y participación*, Madrid, 1996, p. 90; SAP Madrid, Sección 3<sup>a</sup>, de 26-2-2007.

176 CÓRDOBA RODA, J.: Art. 30, en *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011, pp. 374 y 375.

responsabilidad meramente objetiva, pues ello conculcaría el principio de culpabilidad (véase: STS de 12 de febrero de 1990).

Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal (ej., prescripción del delito, indulto, perdón del ofendido...) no pueda perseguirse al sujeto que corresponda, el proceso penal se dirigirá contra el mencionado a continuación.

### 8.3. La participación: el principio de accesoriidad de la participación

En términos generales, la participación es la *contribución o ayuda en el hecho realizado por el autor*.

En cuanto al *fundamento* del castigo de la participación, mayoritariamente se acoge la *teoría del favorecimiento*, en cuya virtud el castigo del partícipe se debe a que facilita eficazmente la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor.

El *principio de accesoriidad de la participación* implica que el hecho del partícipe es secundario o dependiente del hecho del autor. Puede afirmarse, si se prefiere, que *no hay partícipe sin autor*.

#### 1. Accesoriidad cuantitativa

Para ser considerado partícipe es necesario que el autor, al menos, haya comenzado a ejecutar el delito. Una vez iniciada la ejecución, será partícipe en un delito consumado (si el autor consuma el delito) o en un delito intentado (si el autor inicia la ejecución del delito, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad). Si el sujeto principal no inicia la ejecución del delito, quedándose en fase preparatoria, la conducta del sujeto secundario será impune, salvo que la misma constituya, por sí sola, un acto preparatorio punible específicamente previsto.

## 2. Accesoriedad cualitativa

También se plantea la cuestión de determinar qué cualidades debe reunir el hecho principal del autor para que la participación en el mismo pueda ser delito. A este respecto, suelen distinguirse:

- a) *Accesoriedad mínima*: se conforma con requerir que la conducta principal del autor sea típica.
- b) *Accesoriedad limitada*: exige que el hecho del autor sea típico y antijurídico.
- c) *Accesoriedad máxima*: requiere que el hecho del autor sea típico, antijurídico y culpable.

La mayoría se inclina por la *accesoriedad limitada*, es decir, exige que el hecho del autor sea típico y antijurídico<sup>177</sup>. No basta, para castigar al partícipe, con que el hecho del autor sea típico (ej., cabe ayudar a alguien que actúa en legítima defensa, aunque su comportamiento sea típico). Pero no tampoco es necesario, para castigar al partícipe, que el hecho del autor sea culpable, es decir, que actúe con culpabilidad (ej., no cabe ayudar a un esquizofrénico que actúa típica y antijurídicamente, aunque el mismo, debido a su patología, actué sin culpabilidad).

177 En este sentido, Díez Ripollés, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 404 y 405; Muñoz Conde, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 224 y 225; Obregón García, A./Gómez Lanz, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, ob. cit., p. 262; Pérez Alonso, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 343, entre otros. STS 363/2022, de 8 de abril: «En cuanto a la posibilidad de condenar al partícipe cuando se absuelve al autor, la cuestión debe resolverse con arreglo al principio de accesoriedad limitada, dominante en la doctrina y jurisprudencia, según el cual, para el castigo del partícipe solo es necesario que haya cooperado en un acto típicamente antijurídico, sin que sea necesaria la culpabilidad del autor».

## 8.4. La participación en los delitos especiales

La participación en los delitos especiales es perfectamente posible. Así, por ejemplo, la prevaricación judicial del art. 446 del CP es un delito especial, que exige la condición de juez o magistrado. Aunque solo puede ser autor de este delito el juez o magistrado, a los demás, lógicamente, se nos prohíbe participar en su delito. Por lo tanto, cualquiera, aunque no sea juez o magistrado, puede ser inductor, cooperador necesario o cómplice en dicho delito.

Ya hemos visto que los inductores y los cooperadores necesarios se encuentran equiparados a efectos de pena con los autores (art. 28 del CP). Sin embargo, según el art. 65. 3 del CP, «cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate». A los cómplices, con arreglo al art. 63 del CP, «se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito»<sup>178</sup>.

178 Aunque el art. 65. 3 del CP únicamente incluye a los inductores y a los cooperadores necesarios, y no a los cómplices, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, de un modo muy cuestionable, también admite la aplicación de dicha rebaja a los cómplices, lo que implica una disminución de la pena en dos grados, uno como cómplice (art. 63 del CP) y otro como *extraneus* (art. 65.3 del CP). Véanse, en este sentido, RUEDA MARTÍN, M. A.: «El tratamiento jurisprudencial del partícipe *extraneus* en un delito relacionado con el ejercicio de la función pública», en *Revista aragonesa de Administración pública*, núm. 56, 2021, pp. 34 y ss.; STS núm. 841/2013, de 18 de noviembre, y STS núm. 507/2020, de 14 de octubre. Sin embargo, a nuestro juicio, en un Estado de Derecho que consagra con seriedad el principio de legalidad penal, no es función de los jueces y magistrados cambiar, corregir, crear o inventar la ley penal, ni para bien ni para mal, como se deduce sin demasiada dificultad del art. 4 del CP, entre otros preceptos.

## 8.5. Dolo del partícipe y problemas conexos

*La participación en un delito requiere la presencia de dolo en el partícipe, es decir, que el mismo actúe con conciencia y voluntad*<sup>179</sup>. No es admisible, por lo tanto, la participación imprudente.

Aunque lo anterior se discute, el CP no contempla el castigo de la participación imprudente. Así, de acuerdo con el sistema de *numerus clausus* previsto para la imprudencia en el art. 12 del CP, «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Pues bien, ni los arts. 28 y 29 del CP, referidos a la autoría y participación, ni los preceptos de la parte especial (Libro II) del CP que prevén delitos imprudentes, se refieren expresamente al posible castigo de la participación imprudente. Ello, además, resulta acorde con el principio de intervención mínima.

De lo anterior se desprende que *las formas de participación exigen dolo*, lo que excluye la participación imprudente. Así, por ejemplo, el acompañante que anima al conductor del vehículo a ir a una velocidad excesiva, produciéndose finalmente el atropello y muerte de un peatón.

Cuestión distinta, que no conviene confundir con la anterior, es la *posible participación (dolosa) en un delito imprudente del autor*. Es decir, la participación siempre exige dolo, pero se puede participar tanto

179 En este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 184; MELENDO PARDOS, M., en *Curso de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 389 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 344. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere la presencia de dolo en el partícipe, refiriéndose frecuentemente a la exigencia de un *doble dolo*, el referido a la contribución del partícipe y el que abarca el delito que comete el autor, aunque estima suficiente el dolo eventual (cfr.: STS 40/2020, de 6 de febrero; STS 589/2020, de 10 de noviembre; STS 942/2022, de 12 de diciembre). Admite la participación imprudente, sin embargo, DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*, ob. cit., pp. 424 y ss.

en un delito doloso como en un delito imprudente cometido por el autor. Por ejemplo, el profesor de Derecho penal, al que su hermano juez pide ayuda por tener el trabajo atrasado, que redacta una sentencia manifiestamente injusta, y el juez la firma sin detenerse a comprobar si es o no correcta, y en la confianza de que es ajustada a Derecho (art. 447 del CP).

Finalmente, otra de las cuestiones que se plantea en este ámbito es qué sucede cuando el hecho que realiza el autor excede del dolo del partícipe. Ej., un sujeto induce a otro a apoderarse de una cosa mueble ajena sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas (hurto). Sin embargo, el inducido al hurto se apodera de la cosa empleando violencia o intimidación, es decir, termina cometiendo un robo y no un hurto. Ej., un acreedor induce a un sujeto a ir a cobrar una deuda, rompiendo un dedo al deudor si se niega a pagarla, y al cobrador «se le va la mano» y termina matando a golpes al deudor. En tales supuestos, el partícipe solo es responsable hasta donde alcance su dolo<sup>180</sup>. Así, en los ejemplos anteriores, el inductor lo será de un delito de hurto o de un delito de lesiones, aunque sea un robo o un homicidio lo que realmente ha cometido el autor.

## 8.6. Las clases de participación: inducción, cooperación necesaria y complicidad

### 1. La inducción

El art. 28 a) del CP se refiere a «los que inducen directamente a otro u otros» a ejecutar el hecho.

180 Como señala Pérez Alonso, la «exigencia de participación dolosa también conduce a que el *exceso del autor* no sea imputable a los partícipes con base en el principio de responsabilidad subjetiva, pues tal exceso no está abarcado por el dolo del partícipe» (PÉREZ ALONSO, E., en *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 344).

Inducir es incitar, instigar, influir en otra persona para que realice el hecho antijurídico. Se trata de determinar en otro, por *medios psíquicos*, la decisión de realizar el injusto. El que induce hace surgir en otro una voluntad delictiva de la que carecía, es decir, despierta en otro la decisión de cometer un delito. Por lo tanto, la incitación llevada a cabo sobre quien, de todas maneras, ya se hallaba decidido a cometer el delito no es inducción.

La inducción puede llevarse a cabo por cualquier medio psíquico que sea *idóneo* para originar en otro la decisión delictiva: solicitud, consejo, encargo, ofrecimiento de recompensa, orden o mandato, etc. Tiene que ser *eficaz*, de manera que el inductor solo responderá si el inducido, al menos, ha comenzado la ejecución del delito (*accesoriedad cuantitativa*).

Se requiere legalmente que la inducción sea *directa* («los que inducen directamente»), lo que excluye la denominada «inducción en cadena», es decir, el que induce a otro para que, a su vez, induzca a un tercero a realizar el delito (ej., el vecino del cuarto habla con el vecino del quinto para que este, a su vez, hable con el vecino del sexto y le convenza para dar una paliza al presidente de la comunidad). En estos casos, solo será inductor el último de la cadena. También debe recaer sobre *hechos determinados*, no bastando una incitación general a delinquir.

En cuanto a la responsabilidad penal, los inductores se encuentran equiparados a los autores a efectos de pena, es decir, les corresponde el mismo marco penal que a los autores. Ej., un sujeto induce a otro a cometer un delito de homicidio y el inducido, efectivamente, lo consuma. Al autor, de acuerdo con el art. 138. 1 del CP, le corresponde una pena de prisión de 10 a 15 años, y al inductor le corresponde el mismo marco penal.

## 2. La cooperación necesaria y la complicidad

El art. 28 b) del CP se refiere a la cooperación necesaria en los siguientes términos: los que cooperan a la ejecución del hecho

«con un acto sin el cual no se habría efectuado». Se trata, por lo tanto, de las contribuciones que son necesarias o esenciales para la realización del hecho, sin las cuales no se habría realizado. En lo que atañe a su responsabilidad penal, los cooperadores necesarios (como sucede con los inductores) se encuentran equiparados a los autores a efectos de pena, por lo que les corresponde el mismo marco penal.

Por su parte, el art. 29 del CP señala que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». En lo que concierne a su responsabilidad penal, los cómplices son los únicos partícipes que no se encuentran equiparados a los autores a efectos de pena, pues les corresponde un marco penal inferior (pena inferior en grado según el art. 63 del CP).

La mayor dificultad que se plantea en este ámbito es la distinción entre las aportaciones necesarias y no necesarias para la para la realización del hecho. Ej., ¿es una cooperación necesaria que te proporcionen una pistola para matar a otro? Si la necesidad se mide en abstracto, prácticamente ningún cooperador sería necesario, pues el sujeto podría haberlo matado de cualquier otra manera (con un cuchillo, atropellándolo con el coche...). Pero si la necesidad se mide en concreto, es decir, atendiendo a la forma concreta en la que se produjo el hecho, prácticamente todos los cooperadores serían necesarios, pues sin la pistola no hubiera podido disparar una bala contra la víctima y matarla de esa manera específica.

Aquí se han manejado diversos criterios para determinar que una cooperación es necesaria:

- a) La teoría de la condición *sine qua non*: se trata de una condición sin la cual el delito no se habría producido.
- b) La teoría de los bienes escasos: si la aportación del sujeto constituye un bien o servicio escaso para el autor en su situación

concreta, constituirá cooperación necesaria y, si no es un bien o servicio escaso, será mera complicidad<sup>181</sup>.

- c) El *dominio sobre el hecho*, porque se trata de una aportación tan importante o esencial que su retirada haría que el delito no se hubiera cometido.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado los anteriores criterios, sin exclusividad de ninguno de ellos, si bien ha mostrado cierta preferencia por la teoría de los bienes escasos<sup>182</sup>.

---

181 Esta tesis, propuesta hace años por Gimbernat Ordeig, ha sido reformulada y rebautizada por él mismo sustituyendo el nombre de *teoría de los bienes escasos* por el de *teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)*, aunque sigue considerando que el núcleo o la idea central de la teoría de los bienes escasos sigue siendo válido: «como en nuestro Código sí que existe la distinción cooperación necesaria-complicidad, la solución que propongo en este trabajo, y reside en la mayor o menor importancia que haya supuesto la correspondiente aportación para la realización del delito, y dada, asimismo, la evidente mayor facilidad que, para ejecutar el hecho punible, tiene el autor principal de obtener «actos neutrales o cotidianos» que no la de conseguir «actos no-neutrales o no-cotidianos», la ayuda con estos últimos integrará una cooperación necesaria, mientras que la que consista en aquellos «actos neutrales o cotidianos» tendrá que calificarse de complicidad» (GIMBERNAT ORDEIG, E.: «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad», ob. cit., p. 77).

182 STS 410/2022, de 27 de abril: «Su distinción con la cooperación necesaria (art. 28.b del Código Penal) se encuentra en la menor importancia de la colaboración en la realización de la infracción penal, pues en la del cómplice no se dan las circunstancias que definen la cooperación necesaria, esto es: a) La aportación de una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (*conditio sine qua non*), b) o la contribución con algo escaso que no es fácil obtener de otro modo, o c) con posibilidad de impedir la comisión de la infracción retirando su concurso»; STS 688/2019, de 4 de marzo: «En cuanto a su diferenciación de la cooperación necesaria, la jurisprudencia se ha decantado por la teoría de la relevancia sobre la base de la aportación de bienes escasos, según la cual se apreciará la cooperación necesaria cuan-

## 8.7. Otras cuestiones: el denominado «agente provocador», las llamadas «acciones neutrales» y la autoría y participación en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial

### 1. La figura del agente provocador

La conducta del agente provocador, próxima a la inducción, se caracteriza por estar dirigida a que otro cometa un hecho delictivo, pero no con la voluntad de que se consuma el delito, sino con la intención de que el otro sea declarado responsable penal del mismo.

Esto es habitual en el ámbito de las Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado y en determinados delitos, como el tráfico de drogas. Ej., el agente de policía que se hace pasar por un comprador de droga y, en el momento en que el traficante se la proporciona, le detiene. Este comportamiento, próximo a la inducción, resulta extraordinariamente discutible desde la perspectiva de un Estado de Derecho.

Sin embargo, normalmente se acepta por razones esencialmente pragmáticas de política criminal, para la lucha eficaz contra la criminalidad. A este respecto, suele argumentarse que la conducta del agente provocador es impune, por falta del dolo exigido para la inducción. La jurisprudencia considera impune la conducta del agente provocador, pero, en cuanto al autor del delito, distingue dos supuestos: a) El supuesto que denomina *delito provocado*, en el que se hace surgir la idea criminal en quien no estaba predispuesto a cometer el delito, considerando que tal forma de proceder lesiona los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho, por lo que se absuelve al sujeto inducido; b) El supuesto que denomina *delito comprobado*, en el que se trata de conseguir pruebas de una actividad delictiva precedente, sobre la que ya existen indicios. Esta actividad sí puede servir para condenar al sujeto provocado (véanse, por ejemplo, STS 1110/2004, de 5 de octubre; y STS 1166/2009, de 19 de noviembre).

### 2. Las acciones neutrales

Una problemática singular plantean los casos en los que se coopera en la realización de un delito con *actos neutrales*, corrientes en la vida cotidiana. Vender

---

do el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito».

un cuchillo a un sujeto con el que mata a otra persona, o un producto tóxico a quien luego lo emplea para envenenar a otra persona, llevar en coche a alguien que una vez allí comete un delito, alquilar un piso a un grupo terrorista que desde allí planea y ejecuta un atentado, etc. Un sector de la doctrina se inclina por abordar esta cuestión en el plano subjetivo, considerando que, si tales conductas se realizan de forma dolosa, es decir, sabiendo el uso delictivo que el sujeto va a hacer de esa ayuda, pueden constituir complicidad o cooperación necesaria<sup>183</sup>. Sin embargo, otro sector de la doctrina fundamenta esta impunidad ya en el ámbito objetivo con criterios como la adecuación social, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza, etc.<sup>184</sup>

En la jurisprudencia, los denominados *actos neutrales*, también llamados *actos ambivalentes*, vienen definiéndose (entre otras muchas, SSTS 34/2007, de 1 de febrero, FJº Único, y 1300/2009, de 23 de diciembre, FJº 5º) como *aquellos comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos* (ajenos, por ende al Derecho penal, STS 700/2016, de 9 de septiembre, FJº 13). La STS de 22 de diciembre de 2014, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nos recuerda «la doctrina recogida en SSTS 974/2012 de 5 de diciembre, 1300/2009 de 23 de diciembre, sobre los denominados actos neutrales como insuficientes para erigir el comportamiento de su autor en forma participativa criminalizada bajo el título de cooperación necesaria o complicidad».

En general, la Sala II (STS 165/2013, de 26 de marzo, FJº 22) se ha inclinado por un criterio mixto «como elemento diferenciador de actos neutrales de los que no lo son, **exigiendo que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que este, objetivamente sirva, y coadyuve a la facilitación del delito**. En el marco de nuestra jurisprudencia, se han abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006). En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada. Por ello, los actos que convenimos en conocer como «neutrales» serían aquellos cotidianos

183 Véase: MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., p. 225 y 226.

184 Véase: BLANCO CORDERO, I.: *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2016.

de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por «típicos» penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado».

«Son actos neutrales los siguientes: atender el teléfono, pasándoselo al cónyuge o conviviente a sabiendas de que seguramente se va a tratar de una transacción de drogas; abrir la puerta ante una sospechosa reunión sin participar en ella» (STS 237/2010, de 12 de abril).

La STS 823/2012, de 30 de octubre, señala que son actos neutrales los «actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo. No son actos típicos de ningún delito».

Las más recientes STS 597/2014, de 30 de julio, y STS 91/2014, de 7 de diciembre, señalan que «El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución». Afirmar la STS 942/2013, de 11 de diciembre, que «la distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en el marco de conducta del tercero, en la que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero».

### 3. Autoría y participación en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial

La diferenciación entre autoría y participación ha generado una especial polémica cuando el delito es cometido por personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno se ha diseñado, por otras personas distintas, un plan delictivo o decidido la realización de esas acciones. En estos casos se plantea la cuestión de cómo hacer responsables de los delitos cometidos a quienes no intervienen directamente en su ejecución, sino que los diseñan, los planifican, los ordenan o asumen la dirección de su realización.

En relación con los crímenes cometidos por los miembros, altos cargos y funcionarios del aparato de poder del Gobierno nacionalsocialista alemán de

1933 a 1945, Roxin desarrolló una teoría conforme a la cual podía fundamentarse una autoría mediata de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de tales hechos, dominaban su realización sirviéndose del aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una maquinaria criminal, desde la cúpula donde se daban las órdenes, hasta los meros ejecutores materiales de tales órdenes. Roxin habla en estos casos de *dominio por (o de) organización* como forma de autoría mediata, estimando que deben darse una serie de elementos para fundamentarla: el dominio de la organización por parte de los autores mediatos, la fungibilidad o carácter sustituible de los ejecutores y que se trate de aparatos de poder que actúen como un todo al margen del Derecho<sup>185</sup>. Sobre la base de esta tesis, algunos autores han considerado que, en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal, la autoría mediata de los dirigentes de las organizaciones es la mejor forma de imputar la responsabilidad penal que corresponde a los mismos (ej., piñense, por ejemplo, en un golpe de Estado ejecutado por los militares)<sup>186</sup>.

Contra dicha tesis se han formulado diversas objeciones, sobre todo que la figura de la autoría mediata no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace, sino solo cuando se trata de un mero instrumento no responsable en manos del sujeto que se halla detrás. Sin embargo, aquí, los ejecutores materiales normalmente son plenamente responsables. De ahí que algunos autores hayan considerado que la figura de la coautoría es preferible para resolver estos casos (ej., Jakobs<sup>187</sup>).

Un sector de la doctrina, basándose en Roxin, ha considerado que su tesis de la autoría mediata por dominio de organización también es aplicable en el ámbito de organizaciones criminales no estatales, como en las organizaciones terroristas, mafias y otras formas de delincuencia organizada. Desde luego, es cierto que algunas de estas organizaciones funcionan como un verdadero ejército, muy jerarquizado y disciplinado. Otros autores, sin embargo, consideran que la figura de la coautoría se adapta mejor a estos casos<sup>188</sup>.

Semejante discusión se plantea en el ámbito de los delitos cometidos en el seno de organizaciones empresariales. Aquí se intenta buscar igualmente un crite-

185 ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, cit., ob. pp. 111 y ss.

186 Véase: MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 237 y ss.

187 JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 783 y 784.

188 Véase: MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 239 y 240.

rio material que permita atribuir a los jefes que deciden la ejecución de un hecho delictivo la cualidad de autor (autor mediato o coautor), aunque no intervengan en su ejecución<sup>189</sup>.

Sin embargo, de acuerdo con la postura aquí defendida, la coautoría exige mutuo acuerdo y ejecución conjunta del hecho, y la autoría mediata no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace. Por otra parte, el Derecho penal español ya ofrece una solución suficiente a esta cuestión sin necesidad de forzar y desnaturalizar las figuras de la autoría mediata y de la coautoría. Así, por ejemplo, en los casos de rebelión ya eleva a la categoría de autores a los jefes de la misma, fijándoles incluso una pena agravada (arts. 473 y ss. del CP). También se castiga a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo o por ejercer funciones directivas, cuando este grupo ya de por sí constituye una asociación, organización o grupo criminal (art. 515, 570 bis, 570 ter, etc.). Pero por si ello no fuera suficiente, el CP español ya equipara a efectos de pena al inductor y al cooperador necesario con el autor. De hecho, la tesis de la inducción para resolver estos casos, que prácticamente había desaparecido de la discusión en Alemania, está volviendo a recuperar terreno.

---

189 Véase: MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 241 y 242.