

Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (1)

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sobre el «Derecho Penal europeo».—III. Estructura de la autoría: 1. La autoría en los delitos dolosos de comisión. 2. La autoría en los delitos imprudentes de comisión. 3. La autoría en los delitos de omisión.

I. INTRODUCCION

Seguramente uno de los motivos, no confesados, por los que se celebra este Simposium es el de homenajear al Prof. Dr. Claus Roxin, que acaba de ser investido nuevamente Doctor honoris causa, esta vez por la Universidad de Coimbra. En cualquier caso, es un motivo para mí y por eso aprovecho esta ocasión para felicitarle públicamente por este merecido honor. Sería, además, una ingratitud por mi parte si no le manifestara al Profesor Roxin mi satisfacción por sus consejos científicos y por su hospitalidad en las dos ocasiones en que he trabajado en el Instituto que él dirige en Munich, desde junio de 1980 hasta diciembre de 1981 y en el verano de 1987.

(1) Versión ampliada y traducida al castellano de la ponencia *Struktur der Täterschaft bei Begehung und Unterlassung im spanischen Strafrecht*, presentada en el Simposio sobre *Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, celebrado en la Universidad de Coimbra en mayo de 1991 con motivo de la investidura del Prof. Claus Roxin como Doctor Honoris Causa por la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad portuguesa.

Abreviaturas utilizadas: A.: Aranzadi (Número marginal); ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; CP: Código Penal; CPC: *Cuadernos de Política Criminal*; DP: Derecho Penal; PE: Parte Especial; PG: Parte General; STC: sentencia del Tribunal Constitucional; STS, SSTS: sentencia, sentencias del Tribunal Supremo; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

Debo expresar también mi agradecimiento a los organizadores de este Simposio por su invitación a participar en él, y muy especialmente al Prof. Dr. Figueiredo Días por su hospitalidad en esta bella ciudad de Coimbra.

Posiblemente Uds., los asistentes a este Simposio, se habrán sentido un tanto decepcionados porque esperaban que esta ponencia la impartiera mi maestro, el Prof. Dr. Gimbernat Ordeig. Confieso que yo también lo estoy. Porque él es un indiscutible especialista español en el tema de la autoría y me hubiera encantado escucharle. Pero por razones familiares —afortunadamente felices— el Prof. Gimbernat no puede estar hoy aquí entre nosotros. Hace muy pocos días me preguntaron si estaba dispuesto a sustituir a Gimbernat. Lo estoy. Pero no exactamente a sustituirle, porque eso sería pretencioso por mi parte, sino simplemente a estar en su lugar.

II. SOBRE EL «DERECHO PENAL EUROPEO»

El objetivo de este Simposio es el de sentar las bases de un sistema de Derecho penal europeo, y es a este objetivo al que me gustaría dedicar las primeras palabras de mi intervención. Es cierto que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea no ha previsto competencia legislativa penal para los órganos comunitarios. Por ello, Riz, autor italiano que ha publicado una monografía sobre Derecho penal y Derecho comunitario, niega la posibilidad de un «Derecho penal comunitario» (2). Sin embargo, en otra ocasión he manifestado que lo anterior sólo supone la imposibilidad de que las Comunidades Europeas ejerzan un *ius puniendi* directo en sentido positivo, pero nada obsta a que ejerzan un *ius puniendi* en sentido negativo e incluso un *ius puniendi* positivo indirecto (3). Intentaré explicar estos conceptos. Las Comunidades carecen de la competencia para crear tipos penales y penas, para instaurar órganos jurisdiccionales penales de ámbito comunitario o para construir establecimientos penitenciarios, y por ello digo que no ostentan un *ius puniendi* directo en sentido positivo. Pero las Comunidades sí disponen de la competencia para obligar a todos y cada uno de los Estados miembros para que deroguen e inapliquen las normas jurídico-penales concretas que estén en contra de los principios y derechos comunitarios; así, por ejemplo, es evidente que en virtud del principio de libre circulación de mercancías, el delito de contrabando debe limitarse a partir de la desaparición de las fronteras internas el 1 de enero de 1993 al tráfico ilícito

(2) Cfr. RIZ, *Diritto penale e Diritto comunitario*, 1984, p. 6.

(3) Cfr. CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMÉ, «La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 21 de diciembre de 1988», *La Ley*, 1989, t. 2, pp. 349-373.

cito de productos que traspasen las fronteras comunitarias, quedando inaplicable cuando el tráfico se efectúe a través de las fronteras internas. Y por eso cabe hablar de un *ius puniendi* en sentido negativo. Pero yo me atrevería incluso a reconocer a los órganos comunitarios un *ius puniendi* indirecto positivo (4), puesto que nada impide que ejerzan una competencia compartida e indirecta con los órganos legislativos de los Estados miembros en las materias de carácter comunitario, unificando criterios y evitando una discriminación entre los nacionales de los diversos países integrados en la Comunidad Europea, así por ejemplo, en materia de terrorismo o de delincuencia económica. Por todo ello coincido plenamente con la finalidad perseguida en este Simposio: es preciso sentar las bases para construir un «Sistema de Derecho penal europeo».

III. ESTRUCTURA DE LA AUTORIA

Ahora bien, en el ámbito comunitario las dificultades para lograr una cierta unidad pueden ser muchas en el tema de esta ponencia, la autoría en los delitos de comisión y de omisión, sobre todo si se piensa que entre nosotros, los asistentes a este simposio, que sólo representamos a cuatro de los doce países comunitarios (Portugal, Alemania, Italia y España), hay un ordenamiento jurídico, el italiano, que adopta un concepto unitario de autor, fundamentado en principios distintos a los que rigen en otros tres países.

A continuación me voy a dedicar a exponer los rasgos más relevantes de la autoría en Derecho penal español, indicando esquemáticamente las posturas de la ciencia penal y de la jurisprudencia sobre este tema (5). Pero incidentalmente también será preciso tratar algunos aspectos de la participación, dado que entre autoría y participación se manifiesta una relación similar a la de dos vasos comunicantes: una ampliación de los supuestos de autoría puede determinar una reducción y aun exclusión de los supuestos de participación; y al revés: una ampliación de los supuestos de participación puede dar lugar a una reducción correlativa de los supuestos de autoría. Por lo que respecta a la doctrina científica en relación a estos temas, cabe hacer algunas observaciones de carácter general. En primer lugar, creo que en España podemos estar muy satisfechos por el nivel últimamente alcanzado, ya que se acaban de publicar dos magníficas obras que tratan directa o in-

(4) Coincide también en admitir esta posibilidad RUIZ VADILLO, «¿Es posible la unificación del Derecho penal europeo?», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1991, núm. 3, p. 20 y ss.

(5) Dejo fuera de consideración varios puntos de trascendencia, pero que alargarían considerablemente mi intervención; me refiero al encubrimiento, a la actuación en nombre de otro y a la autoría en los delitos cometidos por medio de difusión.

directamente los problemas de la autoría; una lleva por título *La participación en el delito y el principio de accesoriadad* (6) y ha sido redactada por el Dr. Peñaranda Ramos; y la otra se debe al Dr. Díaz y García Conlledo y trata de *La autoría en Derecho penal* (7). La segunda observación tiene por objeto destacar que, en general, existe un desigual desarrollo en el tratamiento de la autoría según los distintos tipos de injusto, puesto que en esta materia los delitos omisivos y los delitos imprudentes han merecido una atención francamente menor.

1. La autoría en los delitos dolosos de comisión

Me ocuparé en primer término de la autoría en los delitos dolosos de comisión. Si bien es cierto que en la actualidad ningún autor español se manifiesta bien *de lege lata* bien *de lege ferenda* a favor de un concepto unitario de autor, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que el origen histórico de los preceptos que regulan en nuestro Código la autoría indica que obedecen a un sistema unitario, aunque limitado (8). Incluso se estima que no sería tan descabellado interpretar nuestro Derecho positivo en el sentido de un concepto unitario funcional (9), al estilo del que rige en el Derecho penal austriaco, aunque nadie adopta esta posibilidad interpretativa.

Dada la similitud existente entre un concepto unitario y uno extensivo de autor, cabe decir que el panorama doctrinal español respecto a este último es prácticamente el mismo que respecto al sistema unitario, es decir, su compatibilidad en principio con el Derecho vigente, pero su rechazo fundamentalmente por la inseguridad que origina, inseguridad que atenta incluso contra el principio de determinación (10). El rechazo

(6) PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, 1990.

(7) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

(8) Cfr. en este sentido: CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 163 s. y 333 s.; BACIGALUPO, «Probleme der Täter— und Teilnahmelehre in der spanischen Strafrechtsreform», en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, 1987, p. 89; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 107 ss. y 323; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 207.

(9) Así especialmente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 205 ss. y *passim*. En el mismo sentido: GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 118 s.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español. II: El hecho punible*, 1985, p. 132; el mismo, «Responsabilidad penal de Organos, Directivos y Representantes de una persona jurídica (El actuar en nombre de otro)», en *Comentarios a la legislación penal*, t. V vol. 1, 1985, p. 319; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 323.

(10) Cfr. con diversos argumentos: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, en *Derecho penal*, 1966, p. 217; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 271 ss., 326 ss. y resumidamente 347 s.

abarca tanto las versiones objetivas como las subjetivas que se integran en un concepto extensivo de autor. Sin embargo, creo que existen preceptos en el Código Penal que están inspirados en la concepción extensiva o unitaria, como aquellos en los que conductas que en rigor son de participación son elevadas a la categoría de autoría. Así por ejemplo, los artículos 120; 362; 365, en la modalidad de consentir el quebrantamiento de papeles o efectos sellados por la autoridad; 366, párrafo primero, también en la modalidad de consentir abrir papeles o documentos cerrados; 394, asimismo en la modalidad de consentir que otro sustraiga caudales o efectos públicos; 409; 413 y 414, por lo que respecta a la posibilidad de que la mujer consienta que otro efectúe el aborto; etc. (11).

De lo anterior se deduce que predomina entre nosotros un concepto restrictivo de autor. En el ámbito de la autoría —y también en el de la participación— se ha producido pues en la doctrina penal española un proceso científico similar al que ha tenido lugar en la teoría del tipo: de un planteamiento puramente causal de la cuestión se ha pasado en una segunda fase a un planteamiento ligado a la realización del tipo (12), y por último una tercera fase en la que se abordan las cuestiones desde una perspectiva especialmente valorativa, hablándose incluso de la *imputación de un hecho a un sujeto* (13), de un modo similar al tratamiento de la imputación objetiva en la teoría del tipo (14). Por otra parte, la aceptación sin discusiones de un concepto restrictivo de autor im-

(11) Sobre estos preceptos llamó la atención GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 297.

(12) En esta segunda fase son fundamentales las contribuciones de Gimbernat Ordeig, Rodríguez Mourullo y Vives Antón. Cfr.: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, *passim*; el mismo: «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZStW*, t. 80, 1968, pp. 915-943; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, 1966, p. 287; el mismo: «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, t. 22, 1969, p. 461 s.; el mismo, en *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1976, p. 795 ss.; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, 1977, p. 116 s.

(13) Cfr. especialmente MIR PUIG, *Derecho penal*. *PG*, 3ª ed., 1990, p. 387 s. Esta perspectiva es claramente apreciable en las obras citadas de PEÑARANDA RAMOS Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Vid. también: GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *ADPCP*, t. 37, 1984, pp. 107 y 122; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, p. 347 s. (aunque con particularidades).

Sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, t. 22, 1968, p. 462, y en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 802, estima que la autoría no es una materia conectada sistemáticamente al tipo de injusto, sino que el concepto de autor presupone todas las categorías del delito, apoyándose para ello en el art. 12 CP; en sentido similar QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 1989, p. 538. En contra de esta interpretación, VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, p. 55 ss.

(14) Cfr. con matizaciones, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios penales y criminológicos*, t. X, 1987, pp. 169 y 175, y en su libro *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 209 y 212.

plica asimismo el reconocimiento de una accesoriadad limitada para la participación, lo que se deriva de diversos preceptos del Código Penal (15).

Ahora bien, en la actualidad se insiste en que tal accesoriadad no es absoluta sino relativa, con lo que se quiere expresar que el injusto de la participación no es sólo derivado del injusto del hecho del autor, sino que también contiene un injusto propio (16). Desde esta perspectiva, un penalista (17) ha propuesto aceptar la distinción iniciada por Herzberg entre un aspecto negativo y un aspecto positivo de la accesoriadad (18). Para Herzberg, el aspecto negativo o limitado de la accesoriadad consiste en la «dependencia de la participación respecto de un hecho principal con unas propiedades mínimas; más exactamente: sólo se puede castigar por inducción y complicidad cuando existe un hecho principal cometido típico-antijurídicamente y dolosamente» (19); añadiendo que «el principio de accesoriadad no permite en este sentido [negativo] ninguna excepción ni quiebra» y que «la participación en un hecho principal atípico, justificado o no doloso es como tal impune (20). Todo intento de relativizar esto, conduce irremisiblemente a una infracción del principio *nullum crimen sine lege*, porque los §§ 26 y 27 [que regulan la inducción y la complicidad] se elevarían a fundamento de la pena sin que se cumplieran completamente sus presupuestos» (21). En definitiva, este concepto negativo de

(15) Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*. PG, 3ª ed., 1990, p. 425 s., y PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 337 y n. 54.

(16) Cfr. en este sentido: RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho Penal*, 1982, p. 206 s.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 335 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1990, pp. 705 y 754.

La STS 15-3-1990 (A. 2489) relativiza la accesoriadad cuando por dificultades procesales no es posible enjuiciar al autor.

(17) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, pp. 338 ss. y 355. En el ámbito de la accesoriadad se ha desarrollado otra distinción interesante entre el aspecto interno y el aspecto externo. Cfr. al respecto: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 1984, p. 333; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español II*, 1985, p. 156 s.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 258. En palabras de PEÑARANDA consiste en lo siguiente (ibidem): «Por un lado, el [aspecto] de la llamada accesoriadad 'cuantitativa' o 'externa', en donde se trata del grado de desarrollo delictivo que ha de haber alcanzado el hecho principal para que se pueda desencadenar la responsabilidad de los partícipes y de la influencia que aquel desarrollo ejerce en la punición de éstos. Por otro, el de la denominada accesoriadad 'cualitativa' o 'interna', donde se plantea ante todo qué elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) debe mostrar el hecho principal para que éste constituya un objeto de referencia idóneo de las conductas de participación».

(18) Cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 139 s.

(19) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 139.

(20) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 140, añade en nota lo siguiente: «De esta manera resulta irrealizable una pretensión de punición, que sólo estará justificada excepcionalmente. Los instigadores o auxiliadores merecedores de pena son en tales casos y por lo general autores mediatos».

(21) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 140.

la accesoriedad tiene un significado de impedimento u obstáculo a la punición.

Como antítesis se encuentra el aspecto positivo de la accesoriedad. Éste consiste, según palabras de Herzberg, en lo siguiente: «Si se dan los presupuestos de los §§ 26 y 27, la construcción accesoria de la participación surte efectos *posibilitando la punición y determinando la punición*, puesto que el tipo de delito que rige para el autor principal y su medida de pena son básicamente aplicables también para el partícipe, si bien éste no realiza por sí mismo los elementos del tipo en cuestión» (22). El carácter relativo de la accesoriedad se aprecia aquí con claridad: «Las quiebras de la accesoriedad positiva son numerosas y, como hemos visto, no están limitadas a los casos de los §§ 28 y 29 [que tratan respectivamente de los elementos personales especiales y de la punibilidad del interviniente según su culpabilidad y con independencia de la culpabilidad de los demás]», agregando que «en lo que afecta al aspecto positivo de la construcción accesoria de la participación, no es aventurado hablar incluso de un principio de *no accesoriedad*, porque la transferencia al partícipe de los elementos del tipo de autor sólo tiene lugar excepcionalmente, es decir, allí donde no se entiende por sí misma y requiere de una justificación dogmática» (23).

Dentro del concepto restrictivo del autor, dos teorías se disputan la categoría de doctrina dominante, pues ciertamente el número de sus respectivos partidarios está muy nivelado: la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho (24). Además de optar por una u otra, la doctrina tiene que tomar partido en relación al artículo 14, bien para fundamentar en él (en todas o en alguna de las figuras que comprende) su concepto de autor, bien para prescindir de él, derivando la autoría de otro u otros preceptos del Código. Dicho artículo 14 presenta además la particularidad de que no indica quiénes *son* autores sino que sólo relaciona a quienes *se considera* autores, cuestión esta que ha hecho correr ya ríos de tinta. En él se contienen diversas categorías de intervinientes: los que toman parte directa en la ejecución del hecho (14, 1.º), los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo (14, 2.º), y los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado (14, 3.º).

(22) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 140 (cursivas en el original).

(23) HERZBERG, *Täterschaft*, cit., 1977, p. 141. Por mi parte añadiré que este aspecto positivo de la accesoriedad permite que la conducta del partícipe pueda estar justificada (por ej., mediante estado de necesidad, porque contribuye a un hurto por razón de su extrema indigencia), aun habiendo cometido el autor un tipo global de injusto; cfr. sobre ello CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, p. 274 nota 42.

(24) Las teorías objetivo-materiales no son mantenidas hoy en España por ningún otro para fundamentar la autoría; cfr. en este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 535.

La teoría objetivo-formal se presenta en dos versiones: una tradicional y otra modificada. La versión tradicional afirma que la autoría consiste en la realización de todos o parte de los actos ejecutivos y suele entender que la figura del autor está recogida en el art. 14, 1.º del Código Penal, con lo que esta opinión no es capaz de justificar la autoría mediata (25). Sin embargo, para la versión modificada de la teoría objetivo-formal la autoría se deriva de cada uno de los tipos de la parte especial del Código: autor es aquel sujeto cuya actividad es subsumible sin más en el tipo; de esta manera, todas las figuras que recoge el artículo 14 (excepto la de forzar a otro, prevista en su número 2) lo son de participación; ciertamente, si se atendiera sólo al artículo 14, éste no sería capaz de comprender el supuesto más simple de autoría, el de autoría única y directa, por ejemplo, A mata a B sin intervención de ningún otro sujeto; pues efectivamente A ni toma parte, puesto que actúa solo (26), ni fuerza o induce a otro, ni coopera a la ejecución del hecho. Según esta versión modificada, el autor mediato sólo es autor en la medida en que el tipo lo permita, mientras que el coautor ejecutivo (que es la figura recogida en el artículo 14.1) es generalmente (27) considerado partícipe y por lo tanto sometido a la regla de la accesoriidad (28).

La otra teoría en liza es la del dominio del hecho, que en España sigue las líneas trazadas por Roxin en Alemania (29), admitiendo por tanto como auténticas formas de autoría la autoría inmediata unipersonal (dominio de la acción), la autoría mediata (dominio de la voluntad) y la coautoría (dominio funcional). Los partidarios del dominio del hecho no adoptan una posición unánime respecto al papel que debe jugar el artículo 14: mientras que para algún penalista la autoría sólo puede fundamentarse en el artículo 14 (30), para otros alguna de las formas de

(25) Esta posición la sostienen en la actualidad Ferrer Sama, Antón Oneca, Sánchez Tejerina, Puig Peña, Del Rosal, Jiménez de Asúa, Vives Antón, Cuello Calón, Arroyo de las Heras, Sainz Cantero, Cobo del Rosal, Rodríguez Ramos, Del Rosal Blasco y, aunque con particularidades, Ruiz Antón. Cfr. las referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, p. 420 ss.

(26) En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 92 ss.; STS 14-11-1990 (A. 8905). En contra: VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, p. 176 ss.; y BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 133.

(27) Por todos los penalistas que se citarán a continuación, salvo para RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al CP*, cit., 1976, pp. 821 s. y 838, quien lo considera autor en sentido estricto.

(28) Los iniciadores de esta versión modificada fueron Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo y su tesis ha sido aceptada por Manzanera Samaniego, Albácar López, Quintero Olivares, Rodríguez Devesa, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo. Cfr. las referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 424 y 448.

(29) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5ª ed., 1990, pp. 127 ss.

(30) Así, por ej., para CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, cit., 1982, pp. 165 s. y 335 s.

autoría, en especial la mediata, se deriva de los tipos recogidos en el Código (31). Una posición especial mantiene un sector de la doctrina (32), que prefiere exigir para la autoría un «dominio o determinación objetiva y positiva del hecho»; esta determinación objetiva y positiva da lugar a un concepto sumamente restrictivo de autor, para el que se requiere la realización del núcleo del tipo; destaca en esta concepción el rechazo del dominio funcional del hecho, lo que reduce en gran medida el ámbito de la coautoría.

A propósito he dejado para el final la postura que adopta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No es pura casualidad que nuestra práctica coincida en este punto con la evolución sufrida por la jurisprudencia de otros países, en particular la alemana. Hasta finales de los años sesenta predomina la teoría del acuerdo previo, una teoría subjetiva, cuyo origen histórico es la teoría del complot (33), que considera suficiente un acuerdo (en realidad no sólo previo sino también simultáneo a la realización del hecho) entre los intervinientes para considerarlos autores, con independencia de su contribución objetiva, y que por lo tanto simplifica las cosas y resulta de fácil manejo; en la actualidad, aunque no se ha abandonado totalmente, se encuentra en franca decadencia (34). Pero lo que en realidad caracteriza a la jurisprudencia en la actualidad, no sólo en este punto sino en la mayoría de las cuestiones debatidas en el Derecho penal, es la *falta de compromiso* con una teoría (la que sea) y la utilización de diversos criterios, normalmente incompatibles entre sí puesto que obedecen a distintas concepciones, con el fin de elegir aquél que resulte más adecuado con la

(31) Se adscriben a la teoría del dominio del hecho autores como Córdoba Roda, Bacigalupo, Cerezo Mir, Bustos, Gómez Benítez, Muñoz Conde, Gracia Martín. Cfr. las referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 561 ss. También debe incluirse a JAEN VALLEJO, en *Código penal comentado*, 1990, p. 118 ss. Una versión particular de esta teoría, consistente en exigir para el autor la «pertenencia del hecho», mantienen MIR PUIG., *PG*, 3ª ed., 1990, p. 396; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC* nº 38, 1989, p. 388 y nota 98 y p. 391; y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 1989, pp. 347-348 y 363 ss.

(32) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., 1990, pp. 81-103; el mismo, *Estudios penales*, 1991, p. 204 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 625 ss. y *passim*.

(33) Cfr. en este sentido: PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 133 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 357 s.

(34) Cfr. esta evolución en: GIMBERNAT ORDEIG, «Crítica a la doctrina jurisprudencial del "acuerdo previo"», *ADPCP*, t. 19, 1966, pp. 13-37; el mismo, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 57 ss.; y en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 361 ss. Vid. todavía a favor de la teoría del acuerdo previo la STS 27-1-1989 (A. 523). En contra de la teoría subjetiva se pronuncia, entre otras, la STS 12-6-1990 (A. 5269).

resolución del caso concreto (35). No hace falta insistir en que esta forma de proceder es totalmente rechazable por generar una considerable inseguridad jurídica.

2. La autoría en los delitos imprudentes de comisión

Por lo que respecta a las concretas modalidades de autoría en el delito imprudente, son objeto de discusión la autoría mediata y la coautoría. La posibilidad de que un sujeto con su conducta imprudente realice un tipo imprudente a través de un instrumento, no es aceptada pacíficamente (36); supuestos de tales características se presentan en las si-

(35) Cfr. en este sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 387, 395 n. 90, 573 y 752; y en general (y no sólo respecto a la autoría) CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho penal*, 1991, pp. 103-104 nota 204.

Esta falta de compromiso es ante todo evidente en materia de distinción entre cooperación necesaria y complicidad, donde la jurisprudencia suele citar como teorías aplicables la de la conditio sine qua non, la del dominio del hecho y la de los bienes escasos, sin tomar partido por ninguna de ellas; vid., por ej., SSTs: 10-2-1987 (A. 1225); 5-3-1988 (A. 1563); 28-6-1988 (A. 5376); 8-7-1988 (A. 6520); 22-11-1988 (A. 9231); 20-40-1989 (A. 3427); 30-9-1989 (A. 9363). De forma paradigmática la de 16-7-1990 (A. 6714) expone: «Esta Sala, sin adscribirse a ninguna de tales teorías...»; y las de 25-3-1987 (A. 2215) y 23-2-1988 (A. 1241) reconocen que en este punto la jurisprudencia ha seguido una «pauta ecléctica y flexible»; la de 23-3-1988 (A. 2082) se defiende de la crítica dirigida contra esta flexibilidad, alegando las necesidades de la justicia del caso concreto.

La STS 25-4-1988 (A. 2872, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater) entiende que «la orientación de la jurisprudencia de esta Sala [está] cada vez más definida en la dirección de la teoría del dominio del hecho», lo que en mi opinión es sumamente discutible.

(36) Aceptan esta posibilidad de autoría mediata imprudente: RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, t. 22, 1969, p. 483 ss., y en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 818 ss, pero sólo cuando el instrumento actúa sin dolo y sin imprudencia (última op. cit., p. 820 s. nota 73), y cita a su favor la STS 5-6-1957, que apreció autoría respecto a quien indicaba una maniobra automovilística a un camionero, sin advertir que por detrás del camión pasaba un peatón, que resultó aplastado contra la pared; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 576; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 807; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 125 s. (con más indicaciones bibliográficas de doctrina favorable a la autoría mediata imprudente).

La rechazan los partidarios de la teoría del dominio del hecho: CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, cit., 1982, p. 174 s., cuando el hombre de atrás realiza una conducta imprudente y el instrumento ejecuta un tipo doloso, en cuyo caso el hombre de atrás no será autor mediato sino directo del delito imprudente (salvo que el tipo imprudente sea de resultado con actividad tipificada, o de mera actividad); GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, t. 37, 1984, p. 123; el mismo, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 150; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 339; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit. 1990, p. 119. Desde la teoría objetivo-formal en su versión modificada rechazan la autoría mediata imprudente MANZANARES SAMANIEGO/ALBARCAR LÓPEZ, *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 1987, p. 212, con el argumento de que el art. 565 hace referencia a quien «ejecutare un hecho», y el autor mediato no lo ejecuta.

guientes sentencias del Tribunal Supremo: en la de 18-10-1982 (A. 5647) una ATS prepara un biberón para un recién nacido agregándole por equivocación un tóxico en lugar de suero glucosado, entregándose-lo a la madre para que lo suministre al recién nacido, lo que provoca la muerte de éste; en la de 15-1-1986 (A. 138) un Médico interno residente ordena negligentemente que se le administre a un paciente alérgico a la estreptomocina un medicamento que la contiene, trasladando la orden al libro de enfermeras, y en virtud de ello la que está de servicio se lo inyecta, muriendo el paciente a consecuencia de la inyección (37). Tampoco hay unanimidad científica respecto a la hipótesis de una coautoría imprudente, es decir, cuando son varios los que realizan conjuntamente una conducta imprudente, por ejemplo, una operación llevada a cabo incorrectamente por dos cirujanos que provoca la muerte del enfermo (38).

Distinta de la coautoría imprudente es la figura de la autoría accesoria imprudente, que en rigor no es un supuesto de codelinquencia, pues falta el acuerdo para la realización conjunta del hecho (39). Lo característico de la autoría accesoria es que supone dos o más hechos realizados por distintos sujetos, que dan lugar a diversos cursos causales (y tam-

(37) En el supuesto de hecho de esta última resolución se plantea además el problema de una posible coautoría mediata o de una autoría mediata en cadena, dado que el M.I.R. había recibido a su vez de otro médico la indicación del tratamiento.

(38) A favor de la coautoría imprudente: MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, p. 421, entendiendo que el común acuerdo no puede referirse al resultado pero sí a la conducta que es obra conjunta de varios sujetos y citando en el mismo sentido a la STS 18-5-1981; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 1989, p. 350 ss., con importantes indicaciones jurisprudenciales; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 577; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, cit., 1990, p. 126 (con más indicaciones bibliográficas de doctrina favorable a la coautoría en el delito imprudente); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 656 nota 388, quien la admite «al menos estructuralmente». También a favor la STS 5-11-1990 (A. 8667, caso «Agustín Rueda»), en el Fundamento de Derecho 1.º del recurso de Nemesio L. T. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 569, la admite, pero al parecer como modalidad de participación.

En contra de la coautoría imprudente: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 339; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, pp. 140 y 150; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 151; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 119.

(39) En este sentido: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 1989, p. 349 s.; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 180; STS 22-6-1982 (A. 3573).

También hay que distinguir la autoría accesoria de la institución llamada «compensación de culpas» por imprudencia de la víctima, puesto que ésta, evidentemente, no puede ser al mismo tiempo autora del hecho; cfr. al respecto TORIO LÓPEZ, «Significación dogmática de la "compensación de culpas" en Derecho penal», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, 1989, pp. 709-710. Sobre compensación de culpas por imprudencia de la víctima vid. SSTS: 23-7-1987 (A. 5619); 30-12-1987 (A. 9906); 16-5-1988 (A. 3672); 25-10-1988 (A. 8097), con cita de otras muchas; 26-12-1989 (A. 9788), también con cita de otras muchas; 8-3-1990 (A. 2430).

bién diversas relaciones de riesgo imputables objetivamente) independientes pero cumulativos en relación a un mismo resultado. La doctrina admite por lo general la figura de la autoría accesoria imprudente (40). El tratamiento de la autoría accesoria imprudente no plantea problemas cuando cada curso causal, originado por un hecho imprudente, es capaz de causar por sí solo y con independencia de los demás el resultado y contiene el riesgo de realización de ese resultado, en cuyo caso se impone la responsabilidad a cada sujeto por el correspondiente delito imprudente. Pero como ha resaltado un sector doctrinal (41), sí se plantean problemas cuando *sólo la suma* de hechos imprudentes es capaz de causar ese resultado y además cada uno de esos hechos únicamente representa una porción del riesgo de producción del resultado. Por ejemplo, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 27-9-1982 (A. 4966): en una reunión campestre José deja una escopeta cargada y sin seguro; una amiga, M.^a del Carmen, le pregunta si está cargada, a lo que José le responde despreocupadamente que no, por lo que M.^a del Carmen apunta a un tercero, Antonio, expresando en son de broma: «Tony, que te mato», apretando el gatillo y produciendo la muerte instantánea de Antonio por efecto del disparo; en este ejemplo, el resultado se produce por la suma de las intervenciones de José y M.^a del Carmen. El tratamiento correlativo de esta clase de cursos causales cumulativos en los delitos dolosos es el de reconocer un error relevante sobre el curso causal y castigar a cada sujeto por delito imposible (42). Esta solución no resulta viable en el caso de los hechos imprudentes porque éstos sólo admiten la consumación. Pero la solución tampoco puede ser la de hacer responder a cada sujeto por delito imprudente (y por lo tanto consumado). En tales casos la jurisprudencia recurre al sistema de degradar la clase de imprudencia de cada autor imprudente a una de inferior gravedad (43).

(40) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, pp. 838 (también admite autoría accesoria cuando un curso causal es doloso y el otro imprudente) y 880; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, pp. 284 y 319; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 339; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 184 (en p. 507 admite también la participación accesoria); COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 577; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, p. 809 s. (sin referirse expresamente a la autoría accesoria imprudente); LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 209 nota 26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 635-636 nota 344.

(41) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 209 nota 26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 635 nota 344.

(42) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, reimpresión 1990, p. 163 s.; el mismo, *Introducción*, cit., 1979, p. 50.

(43) Así SSTs: 15-4-1988 (A. 2780); 16-5-1988 (A. 3663); 6-6-1988 (A. 4475); 28-4-1989 (A. 3556); 11-12-1989 (A. 9522); 22-10-1990 (A. 10004). Sin embargo la de 9-2-1990 (A. 1359), pese a reconocer dos hechos imprudentes que causan conjuntamente el resultado, rechaza la degradación con argumentos de imputación objetiva.

La doctrina dominante alemana niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, de manera que todo aquel que infringe la diligencia debida en relación a un resultado lesivo, debe responder como autor (44).

La situación es distinta en la ciencia penal española. Para los partidarios de la teoría objetivo-formal, sobre todo en su versión modificada, es posible y necesario distinguir entre autoría y participación también en los delitos imprudentes, puesto que una de las cláusulas generales que regulan la imprudencia, el artículo 565, exige que el hecho típico en el delito imprudente se corresponda exactamente con el hecho típico del correlativo delito doloso, salvo en sus elementos subjetivos, de lo que se derivaría que para ser autor del delito imprudente se precisan los mismos elementos objetivos que para ser autor de un delito doloso (45). De manera que este sector doctrinal sigue aquí un concepto restrictivo de autor. Ahora bien, el que la teoría objetivo-formal acepte la posibilidad conceptual de una participación en el delito imprudente, no significa que siempre admita la punibilidad de dicha participación; en este terreno existen opiniones enfrentadas: mientras que unos autores están a favor de su punición, otros se manifiestan en contra (46).

Sin embargo, para la mayoría de los partidarios del dominio del hecho, no es posible admitir la participación en el delito imprudente sino sólo la autoría, bien por reconocer que las infracciones imprudentes son delitos consistentes en la infracción de un deber (47), bien indicando que es autor todo aquel que causa el resultado mediante una acción que in-

(44) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 272, con numerosas indicaciones bibliográficas en nota 67.

(45) Cfr. en este sentido especialmente: RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a MEZGER, Tratado de Derecho penal*, t. 1, 3ª ed. 1955, p. 209; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, t. 22, 1969, p. 480; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 815.

Por su parte, VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, pp. 158-159 nota 39, añade un argumento de carácter histórico: el art. 12 del CP de 1822 admitía la participación en la imprudencia; efectivamente este precepto expresaba lo siguiente: «Son delincuentes ó culpables, sujetos á la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito ó de la culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores y fautores, y los receptadores y encubridores» (cursiva añadida).

(46) Cfr. las diversas posiciones en LUZÓN PEÑA, *DP de la circulación*, cit., 2ª ed., 1990, p. 93 s. Además de los ahí indicados, vid. la opinión favorable a distinguir entre autoría y participación en el delito imprudente de: VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa*, cit., 1977, p. 142; RUIZ ANTÓN, «La doctrina jurisprudencial sobre el delito de quiebra fraudulenta cometida culposamente y la teoría de la participación», *La ley*, 1983, t. 1, p. 199; QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 569; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 579; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, p. 812; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible*, cit., 1990, p. 124.

(47) Sobre la aceptación en España de esta construcción de ROXIN, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 728-729 nota 54.

fringe la norma de cuidado (48). Este sector doctrinal sigue pues, como en Alemania, un concepto unitario de autor en el delito imprudente. Sólo los partidarios de la «pertenencia del hecho» (49) y los de la «determinación objetiva y positiva del hecho» (50) admiten la existencia de la participación en delito imprudente, punible los primeros e impune los segundos, con lo que siguen también aquí un concepto restrictivo de autor.

Problemas especiales presentan las hipótesis de participación imprudente en delito doloso (51) y de participación dolosa en delito imprudente (52, 53). En referencia a la segunda hipótesis algunos autores han expresado que, como consecuencia de la inclusión del dolo en el tipo según el esquema finalista, la participación dolosa en un hecho requiere el dolo del autor, con lo que si el autor actúa sin dolo, el otro codelincuente doloso sólo podrá responder, cuando ello sea posible, como autor mediato, pero no como partícipe (54). En mi opinión, el tratamiento de ambas hipótesis dependerá de la concepción de la teoría del delito en general y de la autoría en particular que se sustente. Si se adopta un concepto personal

(48) Así especialmente CEREZO MIR, *Problemas fundamentales* cit., 1982, p. 171, si bien destaca que también existen delitos imprudentes de mera actividad. También: GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, t. 37, 1984, p. 122 s.; el mismo, *Teoría jurídica*, cit., 1984, pp. 509, 522 y 539; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 182; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120.

(49) Cfr. MIR PUIG, *PG*, cit., 3ª ed., 1990, p. 397 ss.

(50) Cfr. LUZÓN PEÑA, *DP de la circulación*, cit., 1990, p. 91 ss.; el mismo, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 199 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 283 n. 94, 581 y 691. Estos autores añaden, no obstante, que el criterio de la infracción de un deber puede jugar un papel en la explicación de la autoría: LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, pp. 210-212; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 633-635 nota 342.

(51) Por ejemplo, el caso Vinader; vid. sobre él Sentencia de la Audiencia Nacional de 17-11-1981; STS 29-1-1983 (A. 702); y STC 105/83, de 23 de noviembre de 1983.

(52) Por ejemplo, el padre con intención de lesionar a su hijo de seis meses entrega a la madre un biberón excesivamente caliente, sin que ésta, de forma negligente, compruebe la temperatura del mismo, cuya ingestión provoca en el niño graves quemaduras.

(53) Mencionan esta hipótesis: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986 p. 462; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 848 (inducción a delito imprudente); GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, p. 148; el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. 1990, pp. 165 s. y 173 s.; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit. 1982, p. 278 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, t. 37, 1984, p. 123 nota 80; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, reedición de la 12ª ed., 1989, p. 818 s.; QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 554 s.; MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, p. 426; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 393; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit. 1991, p. 212 ss.

(54) Cfr. en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, cit., 1979, p. 148; el mismo, *Estudios*, cit., 3ª ed., 1990, p. 173. Le siguen: QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, p. 68 y passim; MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, p. 426; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 157; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., 1986, p. 508; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 181; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, pp. 120 y 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, p. 581.

de injusto y además un concepto restrictivo de autor cabe enunciar como regla general que las dos hipótesis antes mencionadas no son aceptables. Esta regla se fundamenta en el principio de accesoriedad y en la unidad del título de imputación, pues si se sigue coherentemente la teoría del injusto personal, que distingue tajantemente entre tipos dolosos y tipos imprudentes, no es posible que autor y partícipe respondan por tipos de injusto distintos (uno doloso y otro imprudente); ello estaría impedido por la accesoriedad y la exigencia de la unidad del título de imputación entre los codelincuentes (55). Sin embargo, en ocasiones, es posible que los tipos de injusto del autor y del partícipe sean dispares, constituyendo por tanto excepciones a la regla, de modo que en estos casos pueden ser admisibles conceptualmente las construcciones de participación dolosa en delito imprudente o de participación imprudente en delito doloso (56). Tales excepciones se justifican en el principio de reponsabilidad subjetiva, que exige que cualquier codelincuente, sea autor o sea partícipe, responda de conformidad al tipo subjetivo que efectivamente ha realizado (57). Se produce aquí un conflicto entre el principio de accesoriedad y el principio de responsabilidad subjetiva, del que resulta una preferencia de este último en detrimento del primero (58). Como tales excepciones pueden mencionarse, sin intención de exhaustividad, los siguientes supuestos: exceso del autor con imprudencia del inductor respecto a dicho exceso (59); participación en un delito simple, realizando sin embargo el

(55) Por ello desde los presupuestos que se han indicado no puede compartirse totalmente la opinión de RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, p. 331, conforme a la cual el elemento subjetivo del partícipe no queda cubierto por el principio de accesoriedad. Esta opinión es, sin embargo, plenamente coherente desde los planteamientos del concepto causalista del delito.

Sin embargo, de forma contradictoria (en cuanto que parte de una perspectiva causalista), RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, cit. 1989, p. 818 s., sustenta la opinión contraria a la de RUIZ ANTÓN, rechazando la posibilidad de participación dolosa en delito imprudente y la de participación imprudente en delito doloso.

(56) Por ello tampoco puede ser compartida la posición extrema de que nunca es admisible una participación imprudente en un delito doloso, sostenida por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 510 ss., y por OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., pág. 525 ss.

(57) Muy correctamente sobre este punto se manifiestan las SSTs 6-4-1990 (A. 3188) y 28-11-1990 (A. 9208).

(58) En este sentido PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 355. Antecedentes de esta opinión se encuentran ya en: ANTÓN ONECA, *DP*, cit., 1986, p. 457; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, pp. 309-310; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 867: «Puede suceder que la ley, mediante sus reglas sobre el error, obligue, para mantener el principio de culpabilidad, a romper la unidad de calificación [...]».

(59) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976 p. 859 nota 77 y p. 861; y BALDO LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, Ponente Díaz Palos)», *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 1117 ss. No obstante, ambos autores resuelven este caso con un concurso entre inducción (dolosa) respecto al delito al que dolosamente se indujo y autoría (y no participación) por imprudencia respecto al delito más grave.

Sobre exceso vid. SSTs: 30-4-1971 (A. 1995); 30-12-1980 (A. 5073); 22-11-1988 (A. 9231); 14-9-1989 (A. 6644).

autor un delito complejo, mediando imprudencia del partícipe respecto a la otra parte del complejo (60); error *in objeto* o *in persona* del autor que da lugar a una *aberratio ictus* en el partícipe (61); error vencible del partícipe respecto a un elemento cualificante del tipo realizado por el autor (62); etc (63). Ahora bien, que por excepción estas hipótesis sean *conceptualmente* admisibles, no significa que siempre sean *punibles*. Así, por lo que se refiere a la participación imprudente, la posibilidad de que genere responsabilidad penal requeriría demostrar previamente dos cosas: en primer lugar que es compatible la imprudencia —lo que en algunas de la siguientes modalidades de participación es muy discutible (64)— con un tomar parte directa en la ejecución, o con una inducción (65), o con una cooperación necesaria o no necesaria (66); y en segundo

(60) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., p. 321. Sobre la evolución de la jurisprudencia relativa a la participación en el robo con homicidio, vid. las SSTs: 20-5-1988 (A. 3699); 22-11-1988 (A. 9231); 2-3-1987 (A. 1848).

(61) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 245 ss. Vid, un supuesto de estas características en la STS 23-4-1988 (A. 2853), que estima irrelevante el error de los autores en relación a la conducta del partícipe.

(62) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, p. 342. También se plantea este problema en la STS 23-4-1988 (A. 2853).

(63) En el caso del apaleamiento y posterior muerte del recluso Agustín Rueda (STS 5-11-1990, A. 8667), en el que se plantea el binomio lesiones dolosas-homicidio imprudente, el TS, ante el problema de la calificación del Director y Subdirector del Centro Penitenciario que ordenaron las lesiones y omitieron la evitación de la muerte, les considera responsables como inductores a lesiones dolosas y como *autores* en comisión por omisión del delito de homicidio imprudente. Sobre la sentencia de instancia en este caso vid. el comentario de MAQUEDA ABREU, «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso “Rueda”», *La Ley*, 1988, t. 3, p. 769 ss.

(64) Rechazan en general la participación *por* imprudencia (aunque no la participación en el delito imprudente): COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 579; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, p. 812.

Con carácter general observa MIR PUIG, *PG*, 3ª ed. 1990 p. 426: «Pero adviértase que, en el sentido empleado, “participación imprudente” significa sólo que el partícipe (aquí el inductor) actúa imprudentemente respecto al *resultado típico principal*, no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida: no se admite la “participación *por* imprudencia”» (cursivas en el original). En sentido similar se manifiesta QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 569. La observación de MIR PUIG es correcta, pues es consustancial a toda responsabilidad imprudente que la conducta sea voluntaria; así, el que conduce un vehículo sin observar el deber objetivo de cuidado y produce un resultado de muerte, *quiere* conducir, aunque no matar. Como indicó Juan DEL ROSAL, «Sobre la codeinfluencia culposa», *ADPCP*, t. 6, 1953, p. 535, a diferencia del delito doloso, la participación en el delito imprudente sólo «exige dos ingredientes: a) *La voluntad de la propia acción u omisión*; b) *La consciencia de cooperar en la acción de otro*» (cursivas añadidas).

(65) Algunos autores han hegado la figura de la inducción imprudente; así: RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 852: «Es en sí misma inimaginable la culposa creación en otro de la decisión de ejecutar el hecho, pero tal comportamiento no constituye *inducción* en el sentido del número 2 del artículo 14, ni es punible como tal inducción. Puede, no obstante, aparecer dicha conducta como una culposa causación del resultado producido por el ejecutor material y, en tal sentido ser punible a título de imprudencia» (cursiva en el original); RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, p. 279: no es posible hablar «de una *inducción punible culposamente* porque el concepto en-

lugar, que una vez afirmada la compatibilidad, la conducta de participación imprudente está prevista legalmente como punible, punto este que como ya indiqué es discutido. Lo que no me parece admisible desde la premisa de un concepto restrictivo de autor es sortear estas dos cuestiones y «reconvertir» una conducta que objetivamente es de participación (imprudente) en otra de autoría (imprudente) (67). La infracción de la norma de cuidado, por sí sola, no es capaz de transformar la realidad objetiva. Además, no puede ser correcto que si el sujeto hace lo más grave —participar como cómplice doloso en unas lesiones del párrafo primero del artículo 420— pueda ser castigado con menos intensidad que si hace lo me-

cierra un contrasentido lógico. Existe una evidente incompatibilidad sistemática entre la estructura de la inducción y la responsabilidad por imprudencia. En su momento se vio cómo la inducción requiere necesariamente de una voluntad referida al resultado del hecho principal, y precisamente la ausencia de esa misma voluntad es lo que caracteriza [...] al actuar imprudente» (cursiva en el original); BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, pp. 336 y 340; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1986, p. 162; BALDO LAVILLA, *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 1115 nota 105: «El primer objeto de referencia del doble dolo [exigible en la inducción] lo constituye la propia conducta del inductor que provoca la resolución (primer resultado de la inducción). Esta conducta debe ser necesariamente dolosa, bastando el dolo eventual, lo cual excluye que se responda por inducción en los casos de provocación por imprudencia de la resolución»; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 184; SAINZ CANTERO, *Leciones*, cit., 1990, p. 823.

La jurisprudencia ha admitido en algún caso la posibilidad de inducción «preterintencional»; vid., por ej., STS 24-6-1987 (A. 4998); rechaza la preterintencionalidad en la inducción respecto al caso concreto de la de 14-9-1989 (A. 6644). La muy interesante STS 17-7-1990 (A. 6728) contempla el siguiente supuesto de hecho: Héctor reta a Carlos a que acierte a disparar una botella que aquél sostiene en su mano, pero Carlos yerra en el tiro y produce la muerte de Héctor; obviamente, el TS rechaza aquí la inducción de la víctima a un delito imprudente pero consentido, puesto que no se puede ser partícipe de la propia muerte; lo interesante de este caso es el tema del consentimiento. Por otro lado, el TS suele admitir el dolo eventual en la inducción: vid., por ej., la STS 25-4-1988 (A. 2872).

(66) Aceptan la compatibilidad: RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, pp. 881 y 895; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, cit., 1982, pp. 315-316: «A mi juicio nada impide poder construir conceptualmente una complicidad o una cooperación necesaria culposa; el problema de si tales actos de auxilio son merecedores de una desaprobación jurídico-penalmente relevante debe ser resultado a la luz de la posibilidad de imputar objetivamente el resultado, de acuerdo con los principios de la teoría del fin de protección de la norma».

Por el contrario creen que es incompatible la imprudencia con la cooperación necesaria o la complicidad: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit. 1984, p. 340; BACIGALUPO, *Principios*, 1985, p. 165; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 185.

(67) Esta forma de proceder es característica de un modelo «negativo» o «residual» de autor, conforme al cual si no resulta posible fundamentar una responsabilidad por participación, se califica como autoría, cubriendo así lagunas de punibilidad. Críticamente sobre este modelo negativo o residual se manifiesta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., 1991, pp. 281-284, siguiendo a ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5ª ed., 1990, p. 27. En este contexto siguen siendo válidas las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 1966, p. 298: «El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice *expresamente*» (cursiva en el original).

nos grave —participar como cómplice imprudente en ese mismo tipo, pero sancionándole como si fuera autor de un delito de imprudente—; así, por ejemplo, si un policía al que se le ha encomendado la vigilancia de una persona amenazada de lesión se despista de sus labores de vigilancia y el despiste es aprovechado por el amenazador para cumplir su amenaza, el policía responderá según la tesis que se critica como autor de un delito de lesiones imprudentes, con la pena de prisión menor, como mínimo, si la imprudencia es temeraria; mientras que si ese mismo policía acuerda con el amenazador conducir a la víctima a un lugar donde cometer el delito, la pena del policía como cómplice (doloso) de un delito de lesiones dolosas del 420, párrafo primero, será de arresto mayor; lo que resulta injusto en relación al caso anterior y es, por tanto, un motivo de rechazo de la tesis que reconvierte conductas de participación imprudente en otras de autoría imprudente.

Estas consideraciones no son compartidas por la jurisprudencia española, que sigue una teoría causal del delito. La tendencia mayoritaria de la praxis en este campo de la autoría en el delito imprudente es adoptar una teoría extensivo-causal y considerar autor a todo aquel que por imprudencia haya causado un resultado lesivo; sólo algunas sentencias admiten la posibilidad conceptual y la punibilidad de la participación en el delito imprudente (68).

3. La autoría en los delitos de omisión

En cuanto a los delitos de omisión, el primer problema que se plantea es qué modalidades de autoría son susceptibles de cometerse mediante omisión. No se discute en la doctrina española la figura de la autoría más simple, la autoría única e inmediata, cometida por omisión. Como es lógico, se exige para ella lo mismo que se requiere para el correspondiente tipo de omisión, sea éste de omisión propia sea de omisión impropia o comisión por omisión. Así para la autoría de este último es preciso que se den todos los elementos típicos y además que exista un elemento adicional: según unos la posición de garante, según otros la creación del riesgo de que se produzca la lesión del bien jurídico, y según un tercer grupo la creación o bien el aumen-

(68) Cfr. al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., t. I, 1976, p. 815 ss.; y LUZÓN PEÑA, *DP de la circulación*, cit., 1990, pp. 83 y 90.

Quando la jurisprudencia ha admitido la posibilidad y punición de la participación en el delito imprudente, lo ha hecho exigiendo dos requisitos: uno subjetivo, consistente en el acuerdo de voluntades respecto al acto pero no respecto al resultado; y otro objetivo, constituido bien por la intervención en la ejecución del acto, bien por la fuerza ejercida o inducción dirigida a la realización del acto, bien por la cooperación para la realización del mismo; vid. en este sentido SSTS: 16-11-1979 (A. 4241); 22-6-1982 (A. 3573); 27-5-1985 (A. 2540).

to del riesgo de lesión (69). La jurisprudencia es enormemente restrictiva para apreciar omisión impropia en los delitos dolosos (70), y en consecuencia, también lo es para estimar la autoría en esa modalidad omisiva.

Más discusión suscita la hipótesis de una autoría mediata por omisión. Mientras que un sector de la doctrina acepta esta posibilidad (71), otro la rechaza aduciéndose en ocasiones que no es imaginable una instrumentalización de un sujeto mediante una omisión (72).

Por lo que respecta a la coautoría —si es que se admite como modalidad de autoría— a través de la omisión, se mantienen las mismas posiciones de aceptación (73) o de rechazo (74).

En estrecha relación con la cuestión de la autoría en el ámbito de los delitos omisivos, se plantean tres grupos de problemas, cuya admisión y punibilidad es discutible: la participación activa en un delito de omisión, la participación omisiva en un delito de omisión y la participación omisiva en un delito de acción.

(69) Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 234 ss. Sobre la figura del art. 14, 1º (en relación con el art. 15 bis) en una comisión por omisión, vid. STS 30-11-1990 (A. 9269).

(70) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, cit., 1979, p. 178.

(71) Así: MIR PUIG, *PG*, cit. 3ª ed., p. 408.

(72) En este sentido: BUSTOS, *PG*, cit., 1984, p. 340; BACIGALUPO, *Principios*, cit. 1985, p. 194; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit. 1986, p. 591; JAÉN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120. Este sector doctrinal sí admite la autoría mediata activa cuando se impide (activamente) que el instrumento realice la acción debida, obligándolo por tanto a omitir, pero esta solución implica reconocer un delito comisivo, porque para estos autores la autoría mediata es autoría y por lo tanto determinante de la naturaleza activa del hecho.

(73) Así: MIR PUIG, *PG*, cit. 3ª ed., p. 422, quien añade que cuando los sujetos intervienen unos activamente y otros omisivamente, es preferible considerar al omitente como partícipe, y más concretamente como cooperador, de un delito de comisión, en virtud del criterio de la preferencia de la calificación del hecho como delito de comisión positiva; VILA MAYO, «Colaboración y coautoría por acción y por omisión en los delitos de terrorismo». El TS casa la sentencia de la AN dictada en el asesinato del industrial Bultó», *La Ley*, 1981, t. 2, p. 531 (aunque en realidad parece admitir la cooperación necesaria por omisión); SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 389.

La STS 26-9-1990 (A. 5679, Fundamento de Derecho núm. 13) parece admitir que la figura del art. 14, 1º puede cometerse mediante omisión.

(74) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 288, respecto a la omisión propia porque en su opinión, entre otras razones, no existe en ella la posibilidad de una división del trabajo; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 827 nota 6; BUSTOS, *PG*, cit., 1984, p. 340, alegando que la coautoría requiere acuerdo sobre un plan de ejecución; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, pp. 151 y 194, con el argumento de que en la omisión no se da un dolo en el sentido de los delitos comisivos, y por consiguiente, no es posible una decisión común al hecho; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit., 1990, p. 576, respecto a la omisión propia; JAÉN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120.

Los dos primeros grupos de dificultades tratan de la cuestión de si cabe participación (activa u omisiva) en el delito de omisión. Pues bien, un sector doctrinal solventa lá cuestión negando a priori la posibilidad de toda participación, sea de la clase que sea, en los delitos omisivos, con lo que la omisión sólo sería susceptible de ser cometida en autoría (75). Sin embargo, no toda la doctrina opina de igual manera; hay autores que no manifiestan un rechazo global y genérico de la participación en los delitos omisivos, por lo que conviene analizar más particularizadamente cada una de las hipótesis mencionadas.

Por lo que respecta al primer grupo de problemas, es decir: si cabe la participación mediante acción en un delito de omisión (76), hay quienes creen admisible la modalidad de una activa cooperación (necesaria o no) en un delito de omisión (77) o la de una inducción activa a un omitir (78). En caso de que se acepte esta figura de la participación activa en un delito omisivo, se suscita la dificultad adicional de diferenciarla de la muy discutida categoría de la «omisión por comisión» (79).

El segundo grupo de problemas plantea el tema de si las concretas formas de participación son susceptibles de realizarse mediante una omisión. Por lo que a este aspecto se refiere, suele negarse la posibilidad de una inducción por omisión (80), y aunque se aceptara tal posibilidad,

(75) En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, cit., 1984, p. 340 s.; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 195 s.

(76) Rechaza esta posibilidad con carácter general JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, cit., 1990, p. 120.

(77) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 301 ss., pero sólo en los supuestos de «auxilio psíquico»; Ruiz ANTÓN, *El agente provocador*, cit. 1982, p. 315, respecto al ejemplo de WELZEL de quien entrega dinero al obligado a actuar en un accidente de tráfico para disuadirle de intervenir.

(78) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, pp. 289 s. y 297-301, si bien admite que en algunos supuestos la inducción activa a una omisión propia puede convertirse en autoría activa de un delito comisivo; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., 1989, p. 590, quienes la admiten en la omisión impropia (sea el inductor garante o no), pero no en la mayoría de los casos de la propia, porque lo más frecuente será que el inductor estará también obligado a actuar, convirtiéndose entonces en autor; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, n° 38, 1989, p. 394 nota 127; QUINTERO OLIVARES, *PG*, cit., 1989, p. 568, respecto a la omisión propia, si el que induce no tiene capacidad de obrar.

(79) Cfr. sobre ella: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 294; menciona sus distintas hipótesis (aunque rechazándola en general) BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 196 s.; críticamente también SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 219 s.

(80) En este sentido: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed. 1986, p. 473; BUSTOS, *PG*, cit., 1984, p. 341; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 520 s.; BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, pp. 162 y 194 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., 1986, pp. 534 y 590; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, n° 38, 1989, p. 389 nota 103, p. 390 y p. 397 nota 139; MUÑOZ CONDE, *Teoría General*, cit., 1989, p. 184; MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., cit., 1990, p. 432, aunque indica que el no impedir la aparición en otro de la

se suscitarían dificultades de prueba prácticamente insuperables. Sin embargo, las hipótesis de cooperación necesaria o complicidad mediante omisión son objeto de desacuerdo, pues frente a las opiniones que las aceptan (81), otras se muestran en contra de su estimación, en ocasiones con el argumento de que el Código incluye en los artículos 14, 3.º y 16 el término «acto» que impide la cooperación omisiva (82).

La polémica doctrinal y jurisprudencial se intensifica, como en Alemania, cuando se trata del tercer grupo de supuestos (participación omisiva en un delito de acción), y especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido mediante acción por otro sujeto (83). Para simplificar las posturas (84), distinguiré entre los que no admiten tal participación y los que sí la admiten:

resolución delictiva podría ser punible, si se admite, como cooperación por omisión; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 244 nota 36, estima que la inducción por omisión es conceptualmente casi inimaginable y que en los caos extremos en que la pasividad de una persona pueda interpretarse como incitación al delito de otra, se suscita el problema de si tal comportamiento pasivo es compatible con los términos legales del art. 14, 2º que exige inducir «directamente» a otros a ejecutar el delito; DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *CPC*, nº 40, 1990, p. 128 s., opina que por regla general no es posible una inducción por omisión, ni siquiera en la hipótesis imaginada por Luzón, y que a lo sumo es admisible una inducción mediata, cuando p. e., un padre instrumentaliza a su hijo menor de edad, no impidiendo el padre que dicho hijo induzca a un tercero a cometer un hurto; lo que a mi juicio no explica Del Rosal Blanco, es en virtud de qué precepto habría que castigar tal inducción mediata, puesto que el art. 14, 2 exige una inducción «directa»; JAEN VALLEJO, en *CP comentado*, 1990, p. 120.

La única opinión discrepante es la de RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 851 s., para quien cabe la inducción por omisión en casos en que la omisión da lugar a una fuerza moral que representa el último y determinante impulso en virtud del cual el autor material se decide a actuar.

(81) En este sentido: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 301 s., pero sólo en la modalidad de auxilio psíquico; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 892 ss., aquí con más amplitud; VIVES ANTÓN, *el agente provocador*, cit., 1982, p. 314, pero exigiendo en el cooperador un deber de garante «no equiparable a la autoría mediante omisión»; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit., 1984, p. 535 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., pp. 534 y 591, pero sólo en la omisión impropia cuando el partícipe no es garante; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ, *CP (Comentarios y Jurisprudencia)*, cit., 1987, p. 226; MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, cit., 1989, p. 185 (en relación a la complicidad); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, cit. 1990, p. 582; SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, cit., 1990, pp. 811, 825 s. y 829; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, n.º 40, 1990, pp. 126 s. y 129; LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 246.

(82) Así: ANTÓN ONECA, *DP*, cit., 1986, p. 196, aunque en p. 458 parece adoptar la posición contraria. Por su parte MIR PUIG, *PG*, cit. 3ª ed., si bien en principio acepta las figuras de cooperación necesaria omisiva y complicidad omisiva (pp. 408 y 422), en p. 439 s. menciona la dificultad del término legal «acto» y propone una solución *de lege ferenda*.

(83) Sobre el planteamiento del problema cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, cit., 1979, pp. 138-139 y nota 13.

(84) Véase para lo que sigue las distintas posiciones recogidas por: LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, pp. 233-234 nota 15; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 386 s.; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, nº 40, 1990, p. 195.

a) La no admisión se fundamenta en la idea de que el garante es autor del tipo no impedido en comisión por omisión, siempre que el tipo lo permita; si no hay posición de garante, el sujeto será autor de la omisión del deber de impedir determinados delitos (85).

b) Dentro de la postura que sí admite la participación omisiva en un delito comisivo cabe distinguir a su vez varias posiciones:

ba) Los que exigen al omitente los mismos requisitos que al autor para calificarle como partícipe (en comisión por omisión) de un delito de acción, y esta exigencia puede consistir bien en la posición de garante (86), bien en el aumento o contribución al aumento del riesgo (87).

bb) Para otros, el garante omitente es siempre autor, pero cabe una cooperación, necesaria o no, por omisión del no garante en un delito doloso comisivo (88).

bc) Según otra opinión, el garante omitente es, por regla general, autor pero puede ser partícipe en comisión por omisión cuando el tipo exige condiciones especiales de autoría (delitos de propia mano, delitos especiales propios) que no reúne dicho omitente garante (89).

bd) Un sector doctrinal entiende, finalmente, que la no evitación de un delito de acción puede dar lugar a autoría o a participación según los casos (90). Habrá autoría accesoria o coautoría en comisión por omisión, si hay identidad estructural con la comisión. Y habrá participación en comisión por omisión en dos situaciones: cuando al sujeto, pese a asumir el control de un riesgo que se realizará de modo inmediato en un resultado típico de la Parte Especial, le faltan las condiciones especiales de autoría o el tipo no es susceptible de ser cometido por omisión; y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva de un sujeto que en el

(85) En este sentido: BUSTOS RAMIREZ, *PG*, cit., 1984, p. 341; parece inclinarse también por esta opinión BACIGALUPO, *Principios*, cit., 1985, p. 195.

(86) Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit., 1966, p. 380 s.; el mismo, en *Comentarios al CP*, cit., 1976, p. 892 s.; GIMBERNAT ORDEIG, *Recensión* al libro de BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, *ADPCP*, t. 23, 1970, p. 725 s., si bien pone en duda que la equivalencia de la omisión a la acción pueda alcanzarse simplemente con la exigencia de la posición de garante; el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 281 ss., en referencia al tipo de auxilio al suicidio; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, nº 40, 1990, p. 126 s.

(87) Así LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 243 ss.; si no se produce ese aumento o contribución al aumento del riesgo, LUZÓN estima que el sujeto responderá como autor de una omisión propia (arts. 338 bis, 489 ter, 371 párrafo 3º), con agravación en caso de que ostente una posición de garante.

(88) En este sentido OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, cit., 1986, pp. 546 y 590. Es posible que se encuadre en esta opinión también CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, cit., 1982, p. 345 s.

(89) Así: GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica*, cit. 1984, p. 608; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 59 nota 162.

(90) En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, nº 38, 1989, p. 388 ss.

caso concreto obra como partícipe, sea inductor, cooperador necesario o cómplice (91).

A mi entender, deben ser rechazadas aquellas opiniones conforme a las cuales el garante sólo puede ser autor y nunca puede ser partícipe, es decir, las opiniones señaladas bajo a). Pienso que el argumento de justicia material ofrecido al respecto por Gimbernat sigue siendo convincente: «pues si el padre hace algo más que presenciar, inactivo, como un tercer mata a su hijo, y él mismo le da al homicida el cuchillo instrumento del delito, esta acción positiva es de complicidad. Con lo que resulta que lo más —la acción: pues es más grave intervenir activamente en el delito que no la mera abstención—, es complicidad; y lo menos —la omisión—, es autoría; y que lo que le interesa al padre es que califiquen su conducta por lo más grave —por la entrega del cuchillo—, que por lo menos grave —por la mera inactividad—» (92). Junto a este argumento puede aducirse otro de carácter sistemático: sólo en supuestos excepcionales nuestro Código Penal eleva a la categoría de autor intervenciones omisivas en referencia a un delito de acción, como ocurre en el párrafo segundo del artículo 502, que contiene una presunción de autoría por omisión del delito no impedido (93); luego, por regla general, el garante omitente será partícipe.

Por lo que respecta a la jurisprudencia vertida sobre este tema desde 1987 hasta 1990 (94), conviene resaltar las siguientes características: el Tribunal Supremo ha estimado que el problema se plantea en los casos en que ante la comisión de un delito, se da la presencia inactiva de otro sujeto, y sobre todo cuando no consta el concierto de voluntades entre los codelincuentes activos y el sujeto inactivo (95); en tales casos, de forma mayoritaria, se castiga por cooperación necesaria o complicidad en comisión por omisión, exigiéndose la posición de garante en el omitente bien a través de la teoría formal, bien a través de la teoría funcional, bien a través de la teoría de la contención del riesgo (96); no obstan-

(91) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, CPC, nº 38, 1989, p. 389 s. y 397.

(92) GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, t. 23, 1970, p. 725.

(93) Sobre este precepto llamó la atención ANTÓN ONECA, *DP*, cit., 1986, p. 458. La expresión «presunción de autoría por omisión» proviene de QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed. (puesta al día por GARCÍA VALDÉS), 1977, p. 456. No obstante, la constitucionalidad de esta disposición ha sido puesta en duda por VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., 1988, p. 788 s.

(94) Sobre la jurisprudencia anterior a 1987, cfr. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, cit., 1991, p. 230 nota 5 y p. 246 notas 39 y 41.

(95) Vid. STS 22-11-1988 (A. 9229).

(96) Exigen la posición de garante las SSTS: 26-2-1987 (A. 2253); 13-12-1988 (A. 9505); 21-4-1989 (A. 3480); 16-2-1990 (A. 1562); 26-6-1990 (A. 5679); 3-12-1990 (A. 9863); 17-12-1990 (A. 9526). Vid. también, fuera del período de tiempo acotado, STS 30-10-1984 (A. 5112).

No la exigen o no la mencionan las SSTS: 27-1-1988 (A. 496); 22-11-1988 (A. 9229); 21-2-1990 (A. 1594).

te, en algunas ocasiones en que se llega a tal calificación resulta muy dudoso que se trate de una verdadera omisión (97); puesto que el Tribunal Supremo entiende generalmente que todas las figuras del artículo 14 son de autoría y que además son intercambiables entre sí, resulta difícil a veces determinar si al omitente se le considera autor en sentido estricto o partícipe (98); y por último, es de resaltar que la cooperación necesaria o complicidad omisiva se ha admitido en tipos comisivos de mera actividad (99) o de medios comisivos determinados (100).

Muchas gracias.

(97) P. e., en la STS 16-2-1990 (A. 1562), puesto que el sujeto en cuestión ya había realizado una conducta positiva de vigilancia respecto a la víctima.

(98) Vid., p. e., STS 26-6-1990 (A. 5679).

(99) Vid. STS 27-1-1988 (A. 496), respecto a un delito de violación.

(100) Así STS 22-11-1988 (A. 9229), respecto a un delito de robo con intimidación.