

## **Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas**

Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, España. Patrona de la FICP

### **~Autoría y participación imprudente~**

#### **I.**

Desde que terminé mi tesis doctoral allá por el año 1999 y después se publicó mi libro sobre autoría y participación imprudente en el 2002, ha habido muchos autores que se han ocupado de este mismo tema, por lo que se han desarrollado y tratado muchas cuestiones y aspectos propios de la autoría y participación imprudentes. Ello es de aplaudir, pues durante mucho tiempo el delito imprudente ha estado relegado y sin embargo, actualmente, en mi opinión, se ha convertido en el paradigma de la sociedad del riesgo.

En mi trabajo defendí un concepto restrictivo de autor también para los delitos imprudentes, en contra de toda la doctrina alemana del momento, no tanto así la española. Defendí que se podía mantener, es más, que era conveniente un tratamiento unificado de los delitos dolosos e imprudentes bajo un mismo sistema: el restrictivo. Para delimitar la autoría de la participación imprudente me basé en el criterio de la **determinación objetiva y positiva del hecho**, que había sido formulado por LUZÓN PEÑA y despojado de la carga subjetiva propia del criterio del dominio del hecho. Con el estudio de este criterio llegué a las siguientes conclusiones:

- 1) En el delito imprudente la determinación de la autoría no se puede realizar por medio de la imputación objetiva, ya que esta categoría no sirve para diferenciar entre la capacidad y cualidad de cada intervención en un hecho imprudente. Los criterios de autoría y los criterios de la imputación objetiva pueden ser y son perfectamente complementarios, según mi construcción.
- 2) En cuanto al criterio diferenciador de la determinación objetiva y positiva del hecho consideré que, atendiendo al principio de legalidad y a una premisa incontestable, que es que la autoría es realización de acciones típicas, premisa que se enraíza en la teoría objetivo-formal, pero cuya realización de la acción típica requiere la determinación objetiva y positiva del hecho, en los casos en que la propia ley defina las conductas típicas, esas son las que determinarán el hecho objetiva y positivamente y no otras.

- 3) En los casos en que la ley no nos haya hecho ese “favor”, describo la determinación del hecho como intervención en el hecho realizando la acción a la que le es inherente en sí misma la producción del concreto resultado, y por esa **inherencia-riesgo-resultado concreto**, ese comportamiento resulta ser el más apto, el más idóneo, el más peligroso, el más adecuado *ex ante*; y entonces quien lo lleva a cabo tiene en sus manos consciente o inconscientemente objetivamente el curso de los acontecimientos. De tal modo que cualquier otro sujeto que intervenga en el hecho, por mucho que quiera y desee ser autor, no podrá usurpar el puesto de aquel que determina la dirección de la acción, ya que ésta posee la cualidad intrínseca de producción de un concreto resultado, y ello pese a que las demás conductas que están relacionadas con el hecho también *ex ante* sean peligrosas, pero no son las más idóneamente peligrosas, no existe en ellas esa **relación de inherencia al riesgo más idóneo para la realización del resultado lesivo**. En otras palabras: existe una escisión posible entre lo objetivo y lo subjetivo en el criterio del dominio del hecho, que permite hablar sólo de determinación, de tal modo que quien realiza la acción que reúne las condiciones más óptimas para llevar a cabo lo prohibido por una norma de la parte especial del Derecho penal, será una acción que automáticamente le convierte en autor. Y es que hay conductas que son la *ratio essendi* de la autoría y otras que no y ello con absoluta independencia de lo que haya querido el interviniente, porque las cualidades de la acción son previas, preexistentes y autónomas respecto a la voluntad del sujeto.
- 4) El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho no es un criterio causal o fenomenológico, anclado en descripciones causalistas, que no puedan explicar las nuevas realidades criminológicas que se producen por ejemplo en la delincuencia económica. Tampoco está basado exclusivamente en el automatismo de considerar autor al que actúa en último lugar, aludiendo a ello a la inmediatez espacio-temporal. Se puede tener en cuenta este subcriterio para dar contenido en determinados casos y determinadas clases de autoría a la determinación objetiva del hecho, pero no sin tener en cuenta otros factores o conceptos que confluyen en la conformación concreta del hecho. Por el contrario, concibo el criterio como un **criterio abierto** que

alberga una idea rectora que se desarrolla y matiza atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y que admite formulaciones tanto fenomenológicas como normativas, dependiendo de si nos encontramos ante delitos de resultado ontológico o delitos de resultado normativo.

## II.

Hasta aquí el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, pero en mi trabajo no abordé **el otro gran criterio de la autoría, que deriva de los delitos de infracción del deber** y que ROXIN mantuvo como criterio de los delitos imprudentes en ~~su~~ la primera y segunda edición de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, conduciéndole a un concepto unitario de autor una vez más para el delito imprudente. Ésta es la tarea que me he propuesto abordar actualmente y aquí y ahora les voy a exponer al respecto una serie de tesis iniciales y en fase embrionaria.

1. Como es sabido, los delitos de infracción del deber fueron elaborados por ROXIN al enfrentarse con las características propias de los delitos especiales, y posteriormente desarrollados por JAKOBS, hasta el punto de complementar los iniciales planteamientos de ROXIN. En estos delitos existe un deber especial o estamos ante delitos por competencia institucional que contienen un deber derivado de una institución jurídica y que convierte en autor al que incumple lo determinado por el deber normativo-institucional. Desde este momento, se produce una bicefalía en el sistema de la autoría, puesto que el dominio del hecho con su adaptación, la determinación del hecho, no es el único criterio que define la autoría, de tal modo que aquel que infringe el deber especial o institucional se convierte también en autor, aunque no tenga el dominio del hecho.

2. Pero desde hace unos años me llevo cuestionando el carácter irreconciliable entre una forma de delito y otra, y me pregunto por qué el criterio del dominio excluye necesariamente la existencia de un deber y si no podemos dominar infringiendo deberes especiales. La respuesta se me antoja afirmativa. Pensemos que para ROXIN los delitos en comisión por omisión son delitos de infracción de un deber y resulta que los delitos tradicionalmente llamados de dominio también se pueden cometer en comisión por omisión. Si los delitos cometidos en comisión por omisión son delitos de infracción de un deber, cualquier delito que admita esta forma de lesionar el bien jurídico también es un delito de infracción de un deber, y por tanto hay que concluir que el homicidio no es

un delito de dominio. E incluso hay delitos especiales que no son delitos de infracción de un deber, si consideramos con JAKOBS que el deber extrapenal no debe ser aislado y particular para el caso concreto, sino que debe estar institucionalizado, y si es así hay que terminar por aceptar que no todos los delitos especiales son delitos de infracción del deber y que muchos delitos comunes pueden ser cometidos infringiendo un deber. Y por último, hay delitos en el CP español en los que su injusto reside en la infracción de un deber, pero el tipo expresa el modo y forma de realizar esa conducta, es decir, de infringir ese deber, teniendo así un carácter mixto entre el dominio y la infracción del deber.

Después de estas reflexiones me atrevo a realizar la siguiente clasificación provisional y con reservas y considero que hay tres tipos de delitos atendiendo a la forma de autoría:

- 1) **Delitos de infracción de deber puros:** son los que definen la autoría sólo y exclusivamente a través de la infracción de un deber.
- 2) **Delitos de dominio o determinación objetiva del hecho puros:** en ellos se configura la autoría a través de la conducta más apta y más capaz para realizar el resultado en el caso concreto y sin que aparezca la categoría de un deber especial o institucionalizado. Lo que importa en estos delitos son las cualidades intrínsecas de la acción, que la convierte en la más lesiva posible dentro del contexto delictivo concreto.
- 3) **Delitos polivalentes de autoría:** estos delitos pueden ser cometidos por un sujeto que domine o determine el hecho o por un sujeto que infrinja un deber especial o institucionalizado. Están redactados de tal modo que es posible admitir los dos criterios de autoría.

3. Es precisamente en esta última clase de delitos donde considero que el antagonismo con el que se ha presentado el sistema de autoría roxiniano y jakobsiano se pone en entredicho, al igual que lo cuestionan los autores que admiten la participación en comisión por omisión en un delito, los cuales necesariamente están afirmando que pese a la existencia de la infracción de un deber especial y una posición de garantía, no hay autoría.

En efecto, en estos delitos polivalentes de autoría pueden concurrir varias intervenciones y cada una de ellas obedecer a un criterio de autoría diferente. Esta puede ser una hipótesis. La otra posibilidad es que ambos criterios concurren en una misma conducta y sujeto y fundamentar así la autoría. Los delitos imprudentes son, como he mencionado anteriormente, el paradigma de la sociedad del riesgo, y es precisamente en su ámbito donde han proliferado definiciones de deberes especiales con el fin de fijar los estándares del riesgo permitido. No obstante, se puede dar un paso más y mantener que en los delitos polivalentes de autoría nos podemos encontrar con que el dominio o la determinación del hecho se pueden configurar a través de la infracción del deber especial o institucionalizado, y ello porque la infracción del deber especial sea la forma más capaz y más idónea para lesionar el bien jurídico, por lo que determina el hecho. **Es decir, la infracción del deber, según la configuración de algunos hechos, es una forma de dominio o de determinación objetiva del hecho, porque no se castiga la mera infracción del deber o la infracción del deber en términos absolutos, sino que se castiga la infracción del deber que crea un riesgo o eleva un riesgo.**

Por ejemplo, pensemos en un padre que facilita de un modo imprudente el cuchillo o la pistola al homicida de su hijo. En este caso, JAKOBS considera que el padre también es autor de un homicidio por infringir el deber especial que dimana de la relación paterno-filial. El padre se tenía que haber organizado conforme a la institución y no lo ha hecho. No obstante, según la posición que sostengo el padre es un partícipe. Es garante, ha infringido un deber institucional, que le obliga a comportarse de una manera determinada, pero su conducta, que podía haber consistido también en un no hacer, no es una conducta de autoría, ya que con la infracción de su deber no ha dominado el hecho y en un delito polivalente de autoría hay que tener en cuenta, según los casos, sobre todo cuando hay varias intervenciones, ambos criterios. Así en el ejemplo propuesto, la conducta más apta para matar es clavar el cuchillo y ésta es la conducta relevante de autoría. El riesgo que se crea infringiendo el deber no es el que origina el resultado lesivo.

No se me escapa que esta solución no satisface del todo y, pese a castigar al padre, el castigo parece insuficiente, y ello porque el padre no es un tercero, sino que el padre está para proteger los bienes jurídicos de sus hijos y se establece una relación de confianza, de incumbencia, que queda completamente transgredida. El injusto de este

partícipe es claramente mayor que el de un tercero cualquiera, ya que ha aceptado voluntariamente una posición especial frente al bien jurídico, pero no ha cumplido las expectativas de la institución, que le otorga competencias intensivas de protección del bien jurídico. No obstante, en mi opinión no se puede dar el salto cualitativo de considerarle autor. Ahora bien, se me ocurren tres posibilidades para que la pena sea proporcional a ese plus de desvalor derivado de su estatus institucionalizado:

- 1) Se puede crear delitos de omisión pura de garante, como han defendido SCHÜNEMANN y SILVA.
- 2) Se puede introducir *una agravante en los Códigos penales* que recoja este plus de injusto de los partícipes-garantes, que infringen su deber especial, pero no son autores del hecho.
- 3) O para el caso de los delitos imprudentes, se puede defender la punición de la participación imprudente en determinados supuestos.

4. Soy partidaria de esta última solución para el delito imprudente. En mi trabajo defendí la no punibilidad de la participación imprudente basándome en un argumento jurídico-legal como lo es el art. 12 CP y en argumentos de política-criminal, como el considerar el delito imprudente como un delito de evidente menor desvalor subjetivo que el delito doloso, o como el del *telos* que reside en la norma penal del sistema de *numerus clausus* para castigar la imprudencia, que vuelve a ser otra manifestación de la menor gravedad del delito imprudente, o la falta de castigo de la tentativa imprudente. Este planteamiento tiene sus **excepciones** y dejé apuntado que no en todos los casos la participación imprudente podía ser impune, haciendo alusión ya al criterio de la infracción de un deber.

Desarrollando esta posición, actualmente considero que *la participación imprudente que no se corresponde con una infracción del deber especial* o institucionalizado *no es una participación imprudente punible*. Es decir, aquella participación imprudente que se ha organizado en contra del principio básico del *neminem laedere* y en la que ese es su único límite no es una participación imprudente con la suficiente entidad para tener relevancia jurídico-penal. Sin embargo, *la participación imprudente del sujeto que infringe un deber especial*, o sea, de aquél respecto de quien el ordenamiento ha dispuesto que tiene que organizarse de una determinada manera conforme a la institución, con una forma especial de conducirse,

con unos deberes especiales y distintos derivados de su rol especial y con una relación estrecha y especial de protección con el bien jurídico, debe ser una ***participación imprudente punible***. Y con ello no abogo por abrir la lista de delitos imprudentes punibles, si ello no es necesario, pero una vez que se castigan estos delitos se debe castigar la autoría y en su caso su participación, cuando la gravedad del comportamiento del partícipe imprudente reside en no seguir lo prescrito por las normas que definen el modo de conducirse dentro de una institución, en la que la persona se ha integrado voluntariamente. En otras palabras: la infracción de su deber especial derivado de la configuración de la institución ha supuesto el favorecimiento de la lesión del bien jurídico, *que el partícipe imprudente por su rol institucionalizado o protocolizado está llamado a proteger en cualquier caso*.

En conclusión, el delito de infracción del deber imprudente *tiene un ámbito de punibilidad mayor* que el delito de dominio imprudente.

5. A estos efectos y como idea final me gustaría reparar en la **delegación de funciones** tan propia del ámbito empresarial y de la delincuencia económica. El delegado, en mi opinión, pasa a tener funciones residuales de vigilancia y control, cuando hace uso de la delegación como principio organizativo. En estos supuestos quien tiene el núcleo del deber es el delegado y por tanto será él y no otro el que está ahora ocupando una posición especial frente al bien jurídico, nadie le puede disputar esta situación. La relación delegado-delegante debe transcurrir conforme al principio de confianza. En consecuencia, si el delegado infringe su deber y determina así la actuación delictiva, el único responsable será él, en el caso de que el control y vigilancia del delegante se haya realizado correctamente y haya servido de modo efectivo para fiscalizar y analizar la labor del delegado.

En el caso de que no sea así, porque se ha hecho una dejación absoluta de estos deberes o bien, sin haber dejación, se ha realizado un control inadecuado por parte del delegante, el principio de confianza habría decaído y no podría ser alegado, y hay que analizar entonces la responsabilidad de los delegantes por su comportamiento negligente. En este caso hay varias posiciones de garantía y correlativamente varios sujetos en la posición especial respecto del bien jurídico. Si aplicamos conjuntamente la infracción del deber especial con la determinación objetiva del hecho, el sujeto autor debería ser exclusivamente el delegado y partícipes imprudentes los delegantes, que con

su conducta descuidada y negligente no han determinado, sino contribuido a que la imprudencia del sujeto delegado se mantenga. Otra posible solución se basa en considerar a ambos sujetos autores accesorios o yuxtapuestos, porque el delegante podía rescatar en cualquier momento, por medio del ejercicio de su derecho de avocación, el dominio o la determinación sobre su deber especial delegado. Pero ello sólo prueba que el delegante tiene un *dominio o determinación potencial sobre el hecho*, pero no un dominio actual como lo tiene el delegado justo en el momento en que se produce la lesión al bien jurídico. En el momento en que el delegante transfiere su deber, su función no es cumplir el deber positivo y central que ha delegado, sino el deber de cuidar que se cumpla convenientemente el deber delegado, y ello lo impone la organización y funcionalidad de la actividad de que se trate, con el fin de que el delegante sea cuidadoso a la hora de elegir y mantenga un control periódico de las funciones delegadas. Por tanto, en mi opinión, el delegante tiene unas *funciones* de protección que en este contexto y en todo el engranaje son *secundarias, por lo que no determina el hecho*. Ello no significa que sea impune. Por el contrario, como he señalado, cabe la punibilidad de la participación imprudente en los casos en que el partícipe infringe deberes especiales de protección.