

3ª Sesión.

Problemas actuales de la imputación objetiva y exclusión de la tipicidad. Imputación a la conducta de la víctima. Límites del riesgo permitido. Imputación objetiva en la omisión. Comportamientos neutros.

¿EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD DE LAS ACCIONES COTIDIANAS EN LA COMISIÓN DE UN HECHO DOLOSO A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA?

M^a ANGELES RUEDA MARTÍN*^{**}

Catedrática acreditada y Profesora Titular de Derecho penal

Universidad de Zaragoza

RESUMEN: En este trabajo se presenta una revisión crítica de la doctrina penal que se ha planteado la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. En esta revisión se refuerza, por un lado, la utilidad del recurso a la adecuación social para fundamentar la impunidad de las acciones cotidianas, a pesar del señalamiento del carácter vago o poco preciso del concepto mencionado por parte de la doctrina. Por otra parte, se expone la idoneidad de las tesis que solucionan la cuestión de la relevancia penal de las acciones cotidianas en el tipo subjetivo de las conductas de participación que consisten en una cooperación necesaria o complicidad, frente a un amplio sector doctrinal que estima que la cuestión apuntada debe resolverse en el tipo objetivo en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo que tiene este trabajo se centra, fundamentalmente, en exponer de una forma muy resumida una revisión crítica de la doctrina penal que se ha ocupado de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso¹. El problema en torno a la relevancia penal de dichas acciones cotidianas en un hecho doloso se plantea a la hora de resolver estos interrogantes: ¿es punible como cómplice el vendedor de un destornillador o un

* Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AT: Allgemeiner Teil; CPCr.: Cuadernos de Política Criminal; EpenCr.: Estudios penales y criminológicos; JR: Juristische Rundschau; LK: Leipziger Kommentar; núm.: número; PG: Parte General; RDPCr.: Revista de Derecho Penal y Criminología; REPCr.: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RP: Revista Penal; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht; ZStrR: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

** La realización del trabajo que se presenta en esta Revista a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza financiados por el departamento de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 28 de agosto de 2014), y del que el Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar es el investigador principal.

¹ Véase un tratamiento más amplio en RUEDA MARTÍN, M. A.: De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

arma que, casualmente, conoce que el comprador quiere cometer con él un robo con fuerza en las cosas o un homicidio?; ¿es punible como partícipe en un asesinato el panadero a quien en el acto de la compra del pan el cliente le comunica que envenenará el panecillo y entonces lo servirá a su esposa?; ¿es cómplice en un delito contra el medio ambiente aquel que suministra un determinado material a un fabricante y que conoce que en su manipulación contravendrá los preceptos de protección del medio ambiente?². Hoy en día un importante sector doctrinal afirma que un comportamiento cotidiano es impune como participación aun cuando suponga conscientemente una contribución a la realización de un delito³. Para afirmar tal impunidad se han formulado una serie de criterios que, con carácter general, tienen un carácter normativo en sede de la tipicidad objetiva⁴ y cuya finalidad es, por un lado, extraer del ámbito de la participación punible aquellas acciones que en contraposición a las contribuciones típicas se consideran “neutrales”, “cotidianas” o “usuales”⁵. Estas conductas se definen como aquellas

² En la obra de ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 31 y ss., 43 y ss., se contiene una exhaustiva enumeración de casos enjuiciados por la jurisprudencia española y extranjera y de casos expuestos por la doctrina. Véase también el caso enjuiciado por la jurisprudencia española y comentado por BLANCO CORDERO, I.: *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, coord. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 859, 860, 867, 868 y 869.

³ Véanse, a mero título de ejemplo, JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Traducción de M. Cancio Meliá. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 145 y ss., 156; SCHUMANN, H.: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 54 y ss.; FRISCH, W.: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1998) por Joaquín Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 316 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, p. 75; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 23 y ss., pp. 275 y ss. Una exposición muy completa y exhaustiva de las opiniones doctrinales que fundamentan objetivamente la impunidad de un acto cotidiano aun cuando suponga conscientemente una contribución a la realización de un delito, se encuentra en la reciente obra de ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, pp. 159 y ss., 246 y ss. En la misma obra en las pp. 250 y ss. se exponen las tesis doctrinales que fundamentan la impunidad o la punibilidad de un acto cotidiano mediante la aplicación de los criterios de imputación objetiva, si bien es cierto que tienen en cuenta en la valoración de la conducta los conocimientos especiales del interviniente en el hecho ajeno. Finalmente, en las pp. 305 y ss., se desarrollan las tesis doctrinales que atribuyen una responsabilidad al que contribuye con un acto cotidiano a un hecho ajeno a través de los criterios de imputación objetiva, pero distinguiendo diversos criterios de imputación en función de si existe un dolo directo o un dolo eventual.

⁴ Véanse, a mero título de ejemplo, FRISCH, W.: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 232; JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 94 y ss., 97 y ss., 145 y ss.; NIEDERMAIR, H.: *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, *ZStW*, núm. 107, 1995, pp. 509 y ss.; WOHLLEBEN, M.: *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, pp. 106 y 107; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, pp. 6 y 7, 59 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 71 y ss., 182 y ss.; BLANCO CORDERO, I.: *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, pp. 865 y 866; MIRÓ LLINARES, F.: *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 69; ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, pp. 27 y ss. con más referencias bibliográficas en la p. 33, nota 19.

⁵ Véanse NIEDERMAIR, H.: *ZStW*, núm. 107, 1995, pp. 507 y ss.; TAG, B.: *Beihilfe durch neutrales Verhalten*, *JR*, 1997, pp. 49 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 74 y 75.

intervenciones en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito⁶. Por otro lado, dichos criterios pretenden ofrecer una explicación a la cuestión relativa al sentido o significado típico de un comportamiento⁷, lo cual debe residir en la esfera axiológica tal y como se reconoce por todos los autores que han abordado esta temática. El fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas reconocido por la mayor parte de la doctrina de un modo expreso o tácito es el de la libertad de acción social, en virtud del cual estas formas de conducta ya están previamente permitidas⁸. Precisamente, en la fundamentación de la impunidad de las conductas cotidianas llama la atención el recurso a la adecuación social, planteado por numerosos autores⁹. No obstante, el concepto de la

⁶ Véase la definición efectuada por LÓPEZ PEREGRÍN, M^a C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 255.

⁷ STRATENWERTH, G./KUHLIN, L.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 6^a ed., Carl Heymanns Verlag, München, 2011, § 12, n^o 161 señalan que así y todo no parece sostenible desde el punto de vista del Estado de Derecho, criminalizar acciones cotidianas, que externamente están en total consonancia con el Derecho, porque quien actúa sabe más o menos casualmente en el caso concreto, o cuenta con ello, que alguien podría hacer mal uso de ellas para fines delictivos. Sin embargo, podría ser de otro modo allí donde una acción en general sin segundas intenciones, según las circunstancias, pueda tener sólo el sentido de contribuir a la comisión de un delito (y quien coopera ser consciente de ello)... Pero entonces se plantea la pregunta de cómo deben concretarse estas reglas.....; también en este punto se trata de la cuestión inicial de bajo qué circunstancias una determinada conducta sólo puede tener el sentido de apoyar la conducta delictiva de un tercero. FEIJOO SÁNCHEZ considera que favorecer, facilitar o motivar la ejecución de un hecho típico no es algo que deba interpretarse de forma puramente causal, sino que la conducta del partícipe debe adquirir desde el principio el significado de auxilio o cooperación a la ejecución del hecho típico; véase FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, p. 10. Es opinión unánime en la doctrina que la delimitación de las acciones de complicidad jurídico penalmente relevantes debe exceder de la mera aportación causal; véanse, por ejemplo, WOHLERS, W.: *Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen — Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. Berufstypischem Verhalten?*, ZStrR, núm. 117, 1999, p. 429, NIEDERMAIR, H.: ZStW, núm. 107, 1995, pp. 507 y ss. y ROCA AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, pp. 106 y ss.

⁸ Véanse, a mero título de ejemplo, JAKOBS, G.: *La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión*, Traducción de M. Cancio Meliá, *Estudios de Derecho penal*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 255 y ss.; MURMANN, U.: *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal*, Traducc. de Robles Planas, *Revista del Poder Judicial*, n^o. 53, 1999, p. 165; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, p. 332; FRISCH, W.: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 260 y ss.; NAUCKE, W.: *Über das Regreßverbot im Strafrecht*, ZStW, núm. 76, 1964, p. 425; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, p. 75; ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 188 y ss.; el mismo: *Riesgos penales del asesoramiento jurídico*, *Diario La Ley*, n^o 7015, Año XXIX, septiembre, 2008, ref.^a D-263, p. 1924; BLANCO CORDERO, I.: *Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado*, p. 865.

⁹ Véanse a mero título de ejemplo JAKOBS, G.: *Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico penales "riesgo permitido", "prohibición de regreso" y "principio de confianza"*, traducción de E. Peñaranda Ramos, *Estudios de Derecho penal*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 218; HASSEMER, W.: *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, Wistra, 1995, Teilband I, p. 46; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen*, p. 211; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, p. 75; MURMANN, U.: *Revista del Poder Judicial*, n^o. 53, 1999, p. 164; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Responsabilidad penal del asesor jurídico*, RP, n^o. 29, Enero, 2012, pp. 108 y 109; PÉREZ MANZANO, M.: *Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales"*. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004, Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo,

adecuación social que, según un sector doctrinal, tiene importantes conexiones con los postulados normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva¹⁰, se encuentra con múltiples detractores, con carácter general y, en particular, con su aplicación a la temática de la irrelevancia penal de las acciones cotidianas¹¹. Por ejemplo, JAKOBS considera que aunque

Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 830 y 831; ROCA AGAPITO, L.: Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal, p. 244.

¹⁰ Según un sector doctrinal la adecuación social era el embrión de una categoría normativa, destinada a operar en el tipo objetivo tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes [véanse CANCIO MELIÁ, M.: La teoría de la adecuación social en Welzel, ADPCP, 1993, pp. 716 y 720; SCHÜNEMANN, B.: Consideraciones sobre la imputación objetiva, Teorías actuales en el Derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, Traducción de Mariana Sacher de Köster, p. 225], y ello ha conducido a la consideración de que la teoría de WELZEL de la adecuación social realizó los trabajos preparatorios para la normativización del tipo objetivo en expresión de JAKOBS [cfr. JAKOBS, G.: Der strafrechtsliche Handlungsbegriff, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1992, p. 29], tesis que ha sido asumida con posterioridad por autores como CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, pp. 698 y 728 y ss., REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, p. 60, PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid, 1995, p. 84, nota 157 y ROXIN, C.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006, p. 298, quien advirtió hace tiempo ya que en el trabajo de WELZEL en la ZStW de 1939, se apreciaba un interés por lo social antes de la obsesión de la concepción dogmática de la teoría final de la acción por lo ontológico (véase ROXIN, C.: Zur Kritik der finalen Handlungslehre, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Walter de Gruyter, Berlin, 1973, pp. 72 y ss. [trad. pp. 84 y ss.]). Evidentemente hay ciertos planteamientos en común entre la adecuación social y la teoría de la imputación objetiva, en concreto el criterio del riesgo permitido y que se pueden ilustrar con las siguientes afirmaciones de GIMBERNAT ORDEIG: si hago equivalente imputación objetiva a tipicidad, entonces, lógicamente, aquel concepto sobra porque no tiene sentido crear una nueva denominación que en su contenido coincida en todo con otra ya existente; y, sin embargo, seguiría faltando otro concepto: el destinado a abarcar —y a fundamentar por qué existen— acciones aparentemente típicas (en cuanto que reúnen todos los requisitos legales) que, sin embargo, no lo son; véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: ¿Qué es la imputación objetiva?, EpenCr, nº X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 178.

A mi juicio, WELZEL pretendió dar respuesta a la cuestión de fundamentar por qué existen acciones aparentemente típicas (en cuanto que reúnen todos los requisitos legales) que, sin embargo, no lo son, a través de la teoría de la adecuación social, como ha sido señalado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, para quien el objetivo de WELZEL respecto a la teoría de la adecuación social era la delimitación de los tipos penales entendidos de forma excesivamente amplia a consecuencia del dogma causal; véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: La imputación objetiva del resultado, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa, Madrid, 1992, p. 149. Ahora bien, como expuse en mi tesis doctoral la adecuación social como juicio de valor a través del cual se da entrada a valoraciones sociales de una acción, implica una valoración sobre la estructura material de una acción en la que la finalidad constituye su elemento rector, de modo que lo que sea una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización del sujeto que actúa. Por ello, las pretendidas conexiones entre el concepto de la adecuación social formulado por WELZEL y los postulados normativos de la moderna teoría de la imputación objetiva desaparecen, porque la mencionada teoría de la imputación objetiva rechaza de plano este presupuesto metodológico. Véanse al respecto los desarrollos de RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J. Mª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 232 y ss., y GRACIA MARTÍN, L.: El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, REPCr. 06/07, 2004, pp. 19, 20 y 21.

¹¹ Véanse a mero título de ejemplo, FRISCH, W.: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, pp. 256 y 257; WOLFF-RESKE, M.: *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Nomos Verl.-Ges., 1995, pp. 63 y ss.; WOHLLEBEN, M.: *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, pp. 157 y ss.; TAG, B.: JR, 1997, p. 52; OTTO, H.: "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag. Hrsg von A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann. C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 193; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, pp. 256, 257, 258; PÉREZ MANZANO, M.: *Los derechos fundamentales al ejercicio*

el concepto de adecuación social sólo es correcto en un pequeño núcleo, «el juicio acerca de si estas modalidades de comportamiento siguen siendo socialmente adecuadas en aquellas situaciones en las que de manera cognoscible conllevan graves consecuencias, requiere instrumentos más diferenciados y no se puede llevar a cabo mediante la adecuación social»¹². ROBLES PLANAS también ha indicado que «la adecuación social puede entenderse como el *punto de partida* de toda teoría de la imputación, pero su capacidad de rendimiento como *método* es, más bien, escasa. Debe reconocerse a la teoría de la adecuación social el haber puesto de manifiesto que la valoración sobre lo injusto de una conducta no puede hacerse al margen del significado (adecuación o inadecuación) que tenga esa conducta en un contexto social determinado. Ahora bien, en cuanto instrumento normativo no posee la precisión necesaria para ser operativo porque deja sin determinar la cuestión fundamental: la de qué debe entenderse incluido bajo la noción de conducta socialmente adecuada. Como consecuencia de esa indeterminación, puede concluirse que la adecuación social, en el ámbito que ahora nos ocupa, carece de relevancia normativa directa»¹³. La pregunta que se plantea es si resulta convincente la tesis que fundamenta la exclusión de la tipicidad de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso a través de los instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva.

II. ¿LA LIBERTAD DE ACCIÓN SOCIAL DEPENDE DE VALORACIONES PURAMENTE OBJETIVAS Y AJENAS A LOS PARTICIPANTES EN UN ORDEN CONDICIONADO SOCIALMENTE? A LA VEZ, UNAS REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL EN WELZEL

La libertad de acción social no depende de valoraciones puramente objetivas, como concluyen los partidarios de la moderna teoría de la imputación objetiva. Seguidamente trataré de argumentar la conclusión apuntada mediante unas breves reflexiones en torno a la teoría de la adecuación social en WELZEL. Desde mi punto de vista, el instituto de la adecuación social no es poco preciso o indeterminado si se le atribuye la función que realmente le corresponde según las premisas planteadas por WELZEL cuando lo formuló.

de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”, pp. 815, 816 y 817; MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 69 y 170.

¹² Véase JAKOBS, G.: La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico penal en la comisión p. 245; el mismo: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991, p. 697 [Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción De J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, p. 842].

¹³ Véase ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, p. 96. Cursivas en el original.

Según *Welzel* la acción representa una totalidad *llena de sentido* dentro del marco de la vida real social¹⁴. La acción tiene que ser entendida como un fenómeno con significación social, como acción en el marco de la vida social y, a su juicio, se excluyen del concepto de lo injusto «*todas las acciones que se llevan a cabo funcionalmente dentro de un orden dado socialmente en la vida en comunidad de un pueblo. A tales acciones se las puede denominar “socialmente adecuadas”. Acciones socialmente adecuadas son todas las actividades, en las cuales se realiza la vida en comunidad según un orden condicionado socialmente*»¹⁵. La adecuación social nació como un instituto que impedía la entrada de la intervención del Derecho penal en determinados casos, al considerar que había afecciones de bienes jurídicos que eran inherentes al ordenado funcionamiento de la vida social y, por lo tanto, socialmente no desvaloradas¹⁶. En los supuestos de la adecuación social no hay un desvalor penal del resultado si bien es cierto que puede existir un desvalor del estado de cosas que no constituye un resultado penalmente típico¹⁷, pues la afección del bien jurídico involucrado de un modo consustancial por la actividad socialmente adecuada no puede constituir el resultado descrito por el tipo penal. Esto no significa, desde luego, que en tales supuestos no pueda existir un desvalor del estado de cosas que, sin constituir un resultado penalmente típico como digo aquí, pueda ser relevante para otros sectores del ordenamiento jurídico. Una acción realizada teniendo en cuenta todas las circunstancias que determinan un orden condicionado socialmente es, pues, socialmente adecuada. En los supuestos abarcados por el instituto de la adecuación social queda excluido el desvalor penal del resultado, porque se trata de una

¹⁴ Véase WELZEL, H.: Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, 1939, p. 491.

¹⁵ Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pp. 516 y 517. Subrayado añadido.

¹⁶ Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 19, 20 y 21; el mismo: Zur Struktur von “sozialadäquaten Handlungen” und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechenbau, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter Hrsg., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, pp. 210 y ss., y 216 y ss.

Sobre el tratamiento de la adecuación social en WELZEL, véase mi exposición en RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 232 y ss.

¹⁷ En este sentido es necesario aclarar que se utiliza la expresión desvalor del resultado en un sentido general y no penal específico. Efectivamente se habla de desvalor del resultado porque desde el punto de vista del ordenamiento jurídico es un resultado disvalioso al que se le pueden anudar ciertas consecuencias como, por ejemplo, una indemnización civil. Puede existir un juicio de desvalor general surgido en este nivel que BINDING denominaba “contrariedad al ordenamiento jurídico” o “la situación antijurídica de la norma de valoración”; véase BINDING, K.: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts II, Schuld und Vorsatz, Hälfte I: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Neudruck der 2. Ausgabe Leipzig 1914, Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 231, nota 8. WELZEL utiliza también en este nivel de valoración el concepto de “desvalor del estado de cosas”; véase WELZEL, H.: Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Walter de Gruyter & Co. Berlin, 11º Auf., 1969, p. 1. Véase también al respecto, ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen. 1954, pp. 70 y 71. Por lo tanto en estas situaciones no hay un desvalor penal del resultado aunque el estado de cosas que se ha producido es disvalioso y el ordenamiento jurídico puede anudar a esa situación disvaliosa consecuencias jurídicas de compensación.

acción llevada a cabo con una finalidad socialmente valorada que, para el cumplimiento de una función social debe consumir un bien jurídico y proporcionar de este modo una utilidad social¹⁸. La adecuación social se refiere a unas valoraciones que hay que precisar en el ámbito de la valoración del resultado, que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. La adecuación social constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos¹⁹. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses de la que forman parte determinados factores y circunstancias²⁰. La determinación de la adecuación social con carácter general y en particular en relación con las denominadas acciones cotidianas, es una cuestión eminentemente valorativa en la que deben entrar en juego una serie de consideraciones como la utilidad de la conducta en virtud de la que se toleran esa clase de comportamientos.

En el primer nivel de la adecuación social, el legislador realiza una primera ponderación mediante la que se establece el límite a partir del cual estamos ante una acción típica, porque sobrepasa la esfera de lo que es soportable para el funcionamiento normal del sistema de bienes jurídicos. En consecuencia, la cuestión relativa a si la acción es socialmente útil de un modo general y no sólo en el caso concreto no es una cuestión de imputación objetiva, sino de interpretación del correspondiente tipo de la Parte especial²¹. Los criterios de significación social deben ser criterios de la conducta típica y deben ser válidos para todos los delitos en la Parte especial, tal y como señalara ARMIN KAUFMANN en relación a la adecuación social: «por ello es correcto el camino iniciado por HIRSCH, seguido también por *Roxin*, de

¹⁸ Véase también GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; el mismo: Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau, pp. 216 y ss.

¹⁹ Véase WELZEL, H.: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1940, p. 33.

²⁰ Con carácter general sobre el fundamento de la adecuación social, véase la exposición que efectué en mi trabajo, RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 244 y ss.

²¹ En consecuencia en el instituto del riesgo permitido que utiliza la moderna teoría de la imputación objetiva se trata, más bien, de una cuestión de interpretación de los tipos y no sería lo peor que los períodos de la imputación objetiva acabaran en tal fructificación de la Parte especial. Véase ARMIN KAUFMANN: "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Festschrift für Jescheck, Berlin, 1985, p. 271, [¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?, ADPCP, 1985, Traducción de Cuello Contreras, p. 826].

considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la *interpretación de los tipos particulares* y, al mismo tiempo resolverla»²². Además, si se ubican estos criterios de interpretación en sede de la teoría de la imputación objetiva en la Parte general tenemos como conclusión que la imputación objetiva aunque ofrece «un conjunto de *topoi*, útil tanto para la interpretación de este tipo o aquél, a veces para grupos de tipos»²³, es una amalgama de criterios inconexos que no configuran una teoría general²⁴ porque aun cuando son contemplados como una cuestión de Parte general, ésta no es concebida conforme a unas estructuras lógico objetivas.

Por otra parte, la adecuación social implica una valoración sobre la estructura material

²² Véase ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 268 [trad. p. 823]; cursiva en el original. Precisamente con gran acierto señaló ARMIN KAUFMANN que en este nivel denominado por la doctrina del riesgo permitido, habrá que cuestionar de delito doloso en delito doloso si es, sin más, relevante, y en caso de serlo, de qué forma; cfr. ob. cit., p. 271 [trad. p. 825]; RUDOLPHI, H. J.: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil, 6ª ed., comentario previo al § 1, nº 62, p. 37, considera que la medida del riesgo permitido, por el contrario, respectivamente bajo la ponderación de intereses que se contraponen unos con los otros hay que constatarla de forma separada para los tipos penales particulares. No en último término depende del rango y del valor del respectivo bien jurídico afectado como de si el autor ha actuado dolosamente o no. REYES ALVARADO reconoce que una tal ponderación de intereses debería hacerse de forma independiente en relación con cada tipo penal aunque sin concluir que se trata de una cuestión de la Parte especial; véase REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, p. 108. Por su parte HIRSCH afirma que de lo que se trata es de la aplicación de puntos de vista precisos en una interpretación restrictiva del tipo y de puntos de vista dogmáticos perfilados, por ejemplo, en la imprudencia de la exigencia de la lesión del deber cuidado objetivo aunque rechaza, seguidamente, la utilidad del concepto de la adecuación social; véase HIRSCH, H. J.: Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik, p. 421.

En contra de esta tesis de ARMIN KAUFMANN, véanse ROXIN, C.: Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Hrgs. G. Dornseifer, E. Horn, G. Schilling, W. Dchöne, Eb. Struensee, D. Zielinski. Carl Heymanns Verlag KG. Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 246 y 247; SANCINETTI, M. A.: Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1996, p. 99, quien concluye que la discusión acerca de si estas precisiones típicas son de "parte general" o de "parte especial" carece de toda importancia; ROLDÁN BARBERO, H.: Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales, Servicio de Publicaciones. Universidad de Córdoba. 1992, p. 107, nota 41.

Desde otros presupuestos VIVES ANTÓN, llega a la conclusión de que todos los aspectos de la imputación objetiva son reconducibles a la conducta típica. Pero, no hay una "categoría" (un género) de conducta típica, sino conductas típicas particulares conforme a las que hay que interpretar las acciones. La imputación objetiva se "disuelve", así, en las concretas interpretaciones de los distintos tipos de la Parte Especial; véase VIVES ANTÓN, T. S.: Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y Derechos constitucionales, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 320; y pp. 320 y 321, especialmente nota 88, donde concluye que el problema de la relevancia típica no puede resolverse con criterios valorativos genéricos, porque los valores que entran en juego en la aplicación de cada configuración típica ni son del mismo género, ni tienen el mismo rango, etc., con lo que los conceptos no pueden ser generales sino a costa, precisamente, de prescindir del contenido jurídicamente relevante de cada configuración típica.

²³ Véase ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 271, [trad. p. 825].

²⁴ Véase ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 271 [trad. p. 825]. STRUENSEE también ha señalado que los fenómenos clasificados en este peldaño de valoración forman un mero conglomerado de problemas heterogéneos; STRUENSEE, Eb.: Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo, El Derecho penal hoy, Homenaje al profesor David Baigún, Compiladores Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1995, p. 254; KÜPPER, G.: Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker und Humblot, 1990, pp. 83 y 84.

de una acción en la que la finalidad constituye su elemento rector, de modo que lo que sea una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada, y comprendida por la voluntad de realización del sujeto que actúa. Por ejemplo, con la venta regularizada de armas se pretende atender las necesidades subjetivas de los ciudadanos de adquirir armas con fines de seguridad, de ocio y esparcimiento, o de simple ornato y coleccionismo dentro de unos determinados límites establecidos por la protección de la seguridad ciudadana. Esto se puede apreciar con claridad en el Real-Decreto 137/1993 de 29 de enero de 1993 que aprueba el Reglamento de Armas y que establece, entre otros, los requisitos de comercio, tenencia y uso de armas, en cuyo artículo 120 se establece que;

«Las empresas de seguridad y en general las entidades u organismos cuya constitución y funcionamiento cumplan los requisitos legalmente prevenidos, de las que dependa reglamentariamente personal de seguridad, podrán poseer las armas necesarias con fines de prestación de servicios, adiestramiento de personal o realización de pruebas de aptitud, obteniendo al efecto la correspondiente autorización de la Dirección General de la Guardia Civil, previa justificación de que cumplen aquellos requisitos y de la necesidad de las armas. La autorización documenta exclusivamente la adquisición de las armas, que estarán a cargo del jefe de seguridad o titular del puesto que designen dichas empresas o entidades, el cual responderá de su correcto uso, así como de la oportuna recuperación de las mismas. La posesión de cada una de las armas se documentará mediante la correspondiente guía de pertenencia expedida a nombre de las empresas, entidades u organismos propietarios. Cuando no sean objeto de utilización, deberán ser custodiadas en locales de las empresas o entidades, que reúnan las adecuadas condiciones de seguridad».

Un vendedor de armas que efectúe una venta a una persona atendiendo a todas estas consideraciones —con fines de prestación de servicios, adiestramiento de personal o realización de pruebas de aptitud dentro de unos determinados límites establecidos por la protección de la seguridad ciudadana—, realizará una conducta socialmente adecuada, porque está desempeñando una función socialmente valorada para cuyo desarrollo necesita involucrar a bienes jurídicos tales como el patrimonio y la libertad personal. El sentido social de la acción del vendedor de armas se determina fundamentalmente por el contenido de la voluntad de su acción de venta de armas según los fines establecidos. Ahora bien, si por alguna circunstancia especial se tiene conocimiento de que se va a involucrar a un bien

jurídico diferente del presupuesto en la ponderación que da lugar a la adecuación social de un comportamiento, se produce una modificación de los presupuestos que le sirven de base. En consecuencia, en el momento en el que un vendedor de armas tenga conocimiento de que el cliente utilizará el arma para matar a una persona, el sentido social de su acción de venta se modifica respecto de su valoración como adecuada socialmente. En relación con el supuesto del comerciante que suministra un determinado material a un fabricante conociendo que éste realiza en el proceso de elaboración de productos un delito contra el medio ambiente, la opinión doctrinal prácticamente unánime considera que sí es impune tal acto de favorecimiento porque la adquisición de materias primas tiene sentido en sí misma al margen de la comisión del delito²⁵. Esta conclusión a mi juicio tampoco es correcta porque no se puede determinar el sentido social de la acción del suministrador de ese material prescindiendo del dato del conocimiento de la utilización de ese material para realizar un delito contra el medio ambiente. Por tanto, si por alguna circunstancia especial se tiene conocimiento de que se va a involucrar a un bien jurídico diferente del presupuesto en la ponderación que da lugar a la adecuación social de un comportamiento, se produce una modificación de los presupuestos que le sirven de base. Entonces, en el momento en el que estos vendedores tengan conocimiento de que el cliente utilizará la mercancía para matar a una persona o para contaminar el medio ambiente, el sentido social de las respectivas acciones de venta se modifica respecto de su valoración como adecuadas socialmente²⁶. En suma: una acción será socialmente adecuada si se lleva a cabo con una finalidad socialmente valorada que, para el cumplimiento de una función social debe consumir un bien jurídico y proporcionar de este modo una utilidad social²⁷. De esta forma se explica que las

²⁵ Cfr. ROXIN, C.: Was ist Beihilfe?, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, p. 287.

²⁶ LÓPEZ PEREGRÍN considera, por el contrario, que la venta de productos de uso o consumo cotidiano, por ejemplo, cumple una necesaria función social que no resulta modificada por el hecho de que el vendedor conozca el plan delictivo del comprador; véase LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: La complicidad en el delito, p. 271. Con un carácter más general y referido al lado subjetivo en la conducta del partícipe, afirma ROBLES PLANAS que la relación de sentido apuntada es independiente de la subjetividad del interviniente; véase ROBLES PLANAS, R.: Participación en el delito e imprudencia, RDPCr., n.º. 6, 2000, p. 244.

²⁷ Véase GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.

PÉREZ MANZANO, M.: Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”, p. 816 afirma en contra del criterio de la adecuación social que la cuestión no es, entonces, que la venta de un destornillador es una conducta socialmente adecuada, que genéricamente considerada lo es, sino en qué medida la venta del instrumento del delito a su autor tiene significado delictivo y constituye una conducta de complicidad en el delito. Como se puede apreciar en el razonamiento indicado en el texto, lo que se valora con carácter general como adecuado socialmente debe concretarse asimismo en el caso concreto, mediante el examen de la concurrencia de todas las circunstancias y los presupuestos que dan lugar al juicio de valor “adecuado socialmente”. Una de estas circunstancias es la voluntad de realización de aquella persona que lleva a cabo la concreta actividad. MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 170 manifiesta que la adecuación social puede ser de

denominadas acciones cotidianas están previamente permitidas si no concurre el dato del conocimiento de que con tal acto se va a favorecer el desarrollo de un hecho punible, y por ello son impunes aunque supongan un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. Por lo tanto debemos concluir que el fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas es el de la libertad de acción social, y el objetivo que se pretende con él queda mejor reflejado con la teoría de la adecuación social de WELZEL que con los nuevos instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva que prescinden por completo del contenido de la voluntad del sujeto que actúa en sus valoraciones²⁸.

III. FUNDAMENTACIÓN DE LA RELEVANCIA DEL TIPO SUBJETIVO EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA REFERENCIA DE SENTIDO DELICTIVO EN UNA COOPERACIÓN

En la determinación del sentido social típico de una acción, con carácter general y en particular en relación con las acciones cotidianas, es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo: no tiene el mismo sentido la venta de un arma sin el conocimiento de que será utilizada por el cliente para matar a una persona que la misma con dicho conocimiento²⁹. Esta afirmación obliga, no obstante, a aclarar posibles malos entendidos sobre las relaciones que deben establecerse entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En la determinación del sentido social típico de una acción es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo por los siguientes motivos. En primer lugar, porque la valoración del comportamiento constituye una operación *ex post* que tiene como objeto un hecho real en el que previamente se ha constatado la concurrencia de los elementos estructurales de la imputación (*imputativitas*), que posee una estructura interna regida por la voluntad de realización como elemento nuclear, en virtud de la cual el hecho puede reconducirse a una determinación de la voluntad que configura activamente el suceso exterior, haciéndose referencia a una voluntad concreta que determina

utilidad si, y sólo si, se realiza como una valoración del hecho imputado y, por tanto, controlado y conocido por el sujeto, puesto que la adecuación social lo es de “un comportamiento”, no de un suceso no personal, y el rol profesional, el marco organizativo que define una determinada actividad, vendrá definido siempre por el concreto contexto personal en el que actúe el sujeto. Desde mi punto de vista, la exposición del concepto de la adecuación social desarrollada en este trabajo satisfaría las exigencias apuntadas para que resultase útil y aplicable.

²⁸ Véanse GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 244 y ss.

²⁹ Véase, con carácter general, RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 193 y ss. Respecto de las acciones cotidianas, véanse, la misma: Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP, núm. 9, 2002, p. 133 y De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

la existencia de un hecho³⁰. En segundo lugar, porque para la valoración de la conducta es imprescindible el saber del autor como fundamento de la valoración³¹. Y en tercer lugar, porque esta valoración sólo es posible llevarla a cabo a través de la constatación de la parte objetiva y subjetiva de la acción concebida como una unidad³², y, porque como ha señalado en la doctrina JAKOBS, «el tipo objetivo por sí solo no constituye injusto, ya que en sí no contiene ninguna acción típica y consiguientemente no cumple las condiciones mínimas del injusto. El tratar de él con anterioridad al tipo subjetivo (que temporalmente se inicia antes) responde a una razón predominantemente expositiva: El tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo; en su configuración anticipada (dolo) o anticipable (imprudencia), el tipo objetivo es una parte de la psique del autor y por tanto, si se procediese de otro modo, debería exponérsele a partir de su reflejo psíquico, es decir, indirectamente»³³. Todo ello demuestra que el tipo subjetivo es anterior al tipo objetivo, aunque por razones expositivas y porque el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo deba explicarse antes del tipo subjetivo.

El propio desvalor de la cooperación —necesaria o complicidad— del que contribuye, favorece, asegura o fortalece el hecho principal, sólo puede ser captado correctamente si se lo contempla en su relación con el hecho del autor, pero partiendo siempre de unas determinadas conexiones fácticas y valorativas. En este epígrafe, nos centraremos, sintéticamente, en la determinación del criterio en virtud del cual afirmamos que la conducta del que coopera adquiere el *significado* de formar parte del hecho delictivo y que existe, por lo tanto, una referencia de sentido delictivo, de modo que esta conducta del partícipe se manifiesta como una contribución al hecho. Los criterios hermenéuticos aportados por la doctrina para explicar el sentido de los tipos de cooperación son de carácter intranormativo. En efecto, para captar el sentido social típico de una acción que consiste en una participación en un injusto ajeno, los defensores de la teoría de la imputación objetiva en cualquiera de sus manifestaciones han

³⁰ Véanse GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 68 y ss., 87 y ss., 193 y ss., 412 y ss.

³¹ Véase ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 260 [trad. pp. 815 y 816]; GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 154 y ss., 182 y ss., 323 y ss., 412 y ss.

³² Véanse HIRSCH, H. J.: Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, p. 405; GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss.; RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 68 y ss., 87 y ss., 111 y ss., 412 y ss. Hay que resaltar también el trabajo de PORCIÚNCULA, J. C.: Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno, Atelier, Barcelona, 2014, *passim* y especialmente pp. 231 y ss., donde realiza un estudio en el que se concluye que una restructuración integral del tipo objetivo debe ceder espacio a un proyecto más amplio de unificación del tipo objetivo y subjetivo bajo el denominador común de la intersubjetividad (tipo intersubjetivo).

³³ Véase JAKOBS, G.: Strafrecht, AT, 2ª ed., p. [trad. p. 223].

formulado un conjunto de criterios normativos³⁴, orientados a fijar y a explicar las relaciones que deben establecerse entre los elementos del tipo objetivo para que el hecho sea jurídico-penalmente relevante³⁵ con independencia del tipo subjetivo. Nos encontramos aquí con una manifestación más del ya clásico reproche efectuado contra la teoría de la imputación objetiva: la única característica que da homogeneidad a la teoría de la imputación objetiva es que opera en el tipo objetivo, pues el desarrollo y concreción de la misma pone de relieve que, en realidad, no existe una teoría de la imputación objetiva, sino una pluralidad de tendencias que obligan a reconocer, incluso a los propios defensores de la teoría, que aún se está muy lejos de alcanzar un consenso en esta materia³⁶, y que como acertadamente observó

³⁴ Véase una exposición de los criterios utilizados por la doctrina para la valoración de un comportamiento que favorece el delito de un autor como injusto de participación en la obra de MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 46 y ss., pp. 151 y ss., pp. 155 y ss., pp. 159 y ss. El ámbito de aplicación de la moderna teoría de la imputación objetiva no se limita exclusivamente al nexo que debe concurrir entre una conducta y un resultado en los delitos de resultado, sino que se ha extendido abarcando nuevos terrenos en la teoría del delito; véase ROBLES PLANAS, R.: Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, Atelier, Barcelona, 2004, p. 72. La aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la determinación de los que intervienen en la comisión de un hecho penalmente relevante incluso conduce, a juicio de REYES ALVARADO, a que la distinción entre autoría y participación no sea necesaria. Véase REYES ALVARADO, Y.: Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung, Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, Pawlik/Zaczyk, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, pp. 553 y ss., 567, 568, 569 y 570.

³⁵ Véase la aplicación de estos criterios de imputación objetiva en el ámbito del tipo objetivo de la complicidad, a mero título de ejemplo, en SCHÜNEMANN, B.: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, § 27, n.ºs. 2 y ss.; MURMANN, U.: Revista del Poder Judicial, n.º 53, 1999, p. 167; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal, Barcelona, PPU, 1991, pp. 496 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: La complicidad en el delito, pp. 225 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, pp. 59 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M.: Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, Comares, Granada, 1998, pp. 428 y ss.; KINDHÄUSER, U.: Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Vol. 154, 2007, pp. 360 y ss.; PÉREZ MANZANO, M.: Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las "conductas neutrales", pp. 824 y ss. Con carácter general en torno al tipo objetivo de las conductas de participación, véanse BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Comares, Granada, 2001, pp. 16 y ss., 147 y ss.; el mismo, Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, pp. 865 y ss.; ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 115 y ss., 182 y ss.

³⁶ Véase en este sentido KÜPPER, G.: Grenzen, p. 83, nota 3. Sobre este reproche con carácter general, véanse mi obra RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, passim y GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss. Este reproche también se puede encontrar entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva como marco para resolver la neutralidad delictiva. Véase, por ejemplo, con referencias BLANCO CORDERO, I.: Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, p. 865. Los diversos criterios propuestos para distinguir entre las acciones relevantes y las que no lo son han sido calificados de ambiguos [véase SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000, p. 202 en relación al criterio propuesto por ROXIN. Con carácter general en relación a constelaciones de casos en los que se discute sobre la configuración del riesgo jurídico penalmente desvalorado en las contribuciones de varias personas, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, pp. 205 y ss., donde señala que la aplicación de principios como el de la prohibición de regreso, conduce a resultados que no son claramente suficientes], y de poco claros [véanse STRATENWERTH, G./KUHNEN, L.: Strafrecht, AT, 6ª ed., § 12, n.º 160.

KÜPPER, no permite hasta ahora «hablar de una “opinión dominante”, ni que se vislumbre la posibilidad de integrar en un concepto general los criterios de imputación que concurren unos junto a otros y que en parte se complementan, en parte se interfieren y en parte se contradicen»³⁷. El principal problema sobre el que no existe todavía un mínimo consenso en la cuestión relativa a la relevancia penal de las acciones cotidianas y que ejemplifica muy bien el reproche apuntado, se centra en determinar el alcance de los criterios axiológicos propuestos para su tratamiento, aspecto éste aún pendiente³⁸. En otros trabajos sobre esta misma temática he expuesto tanto los mencionados criterios axiológicos como la crítica correspondiente³⁹. A continuación, intentaré reforzar la tesis que ubica en el tipo subjetivo la solución al problema mencionado, sin que por ello quepa tildarla simplemente de “subjetiva”, ya que me parece la correcta.

En los tipos de cooperación —necesaria o complicidad— concurren dos elementos: un elemento objetivo representado por la conducta de cooperación y el elemento subjetivo representado por el acuerdo de voluntades —expreso y previo a la comisión del delito o tácito y simultáneo— entre el autor y los partícipes, que supone la concurrencia del dolo del partícipe⁴⁰. Es necesario distinguir, por lo tanto, un *componente cognitivo* que constituye la base de la decisión característica del dolo y, además, es necesario exigir un *componente volitivo* que es la voluntad imprescindible para la realización del tipo⁴¹. Esto presupone, además, que el tipo objetivo de las conductas de participación es tal cuando es incorporado en la voluntad de realización que define el sentido social de la acción concreta realizada, por lo que no es posible determinar cuál es el tipo objetivo —por ejemplo, efectuar un acto de favorecimiento— sin el contenido de la voluntad de realización. El dolo del partícipe no

ROXIN, C.: Was ist Beihilfe?, p. 513 y WOHLERS, W.: ZStrR, 117, 1999, p. 429, quienes consideran que son discutibles las propuestas ofrecidas por la doctrina].

³⁷ Véase KÜPPER, G.: Grenzen, p. 83.

³⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M^o: Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, pp. 202 y 203, que recoge la opinión manifestada por ROXIN acerca de la relevancia penal de las denominadas acciones cotidianas.

³⁹ Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: RP, n^o. 9, Enero, 2002, pp. 122 y ss. y recientemente CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

⁴⁰ Véase CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2, 1^a ed., Tecnos, 2001, pp. 231 y ss. De acuerdo MELENDO PARDOS, M.: Curso de Derecho penal, Parte General, Gil Gil/Lacruz López/Melendo Pardos/Núñez Fernández, Dykinson, 2011, pp. 385 y 386. CUELLO CONTRERAS, J.: El Derecho penal español; Parte General, Volumen II, Teoría del delito (2), Dykinson, Madrid, 2009, p. 284 considera que al tipo subjetivo de la participación pertenece principalmente el dolo o representación subjetiva de los elementos del tipo objetivo... El partícipe debe querer la causación del resultado en los términos ya vistos. GÓMEZ TOMILLO, M.: Comentarios al Código penal, Gómez Tomillo Dir., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 257 señala que el cooperador debe conocer y querer el despliegue de la acción que lleva a cabo el cómplice ..., y, además, conocer y querer la acción del autor principal.

⁴¹ Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: RP, n^o. 9, Enero, 2002, p. 133 y recientemente CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

constituye un nivel independiente que deba examinarse después de constatar la concurrencia del tipo objetivo⁴². El conocimiento del partícipe debe ser contemplado desde un punto de vista material y efectivamente desempeña un papel importante en la determinación del tipo objetivo⁴³. En la determinación del sentido social típico de una acción es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo tal y como se pone de manifiesto en el caso de los actos cotidianos: no tiene el mismo sentido la entrega del pan sin el conocimiento de que será utilizado por el cliente para envenenar a una persona que la entrega del pan con dicho conocimiento. Todo ello demuestra que el tipo subjetivo es anterior al tipo objetivo, aunque por razones expositivas y porque el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo deba explicarse antes del tipo subjetivo⁴⁴. Por lo tanto para saber qué tipo objetivo se ha realizado es imprescindible

⁴² Sin embargo, véanse en contra de este planteamiento, a mero título de ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: La complicidad en el delito, pp. 270 y 271; MURMANN, U.: Revista del Poder Judicial, n.º. 53, 1999, pp. 166 y ss. ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 188 y ss., especialmente p. 207; KINDHÄUSER, U.: Zum Begriff der Beihilfe, pp. 359 y ss.

⁴³ Véase, en este sentido, la crítica efectuada con carácter general a la teoría de la imputación objetiva por ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 265 [trad. pp. 820] y RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 344 y ss. En relación con las conductas de participación y sin compartir el método de análisis finalista BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva, pp. 164 y ss. y MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 142 y ss. han concluido la relevancia esencial del conocimiento del partícipe en lo injusto de la participación.

Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado en su sentencia núm. 185/2005, de 21 de febrero que el conocimiento de la comisión de un delito no implica que las acciones del sujeto se puedan considerar como actos constitutivos de complicidad. Véase el comentario a dicha sentencia realizado por BLANCO CORDERO, I.: Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, pp. 862 y ss.

⁴⁴ ROBLES PLANAS, R.: La participación en el delito: fundamento y límites, pp. 188 y ss., especialmente p. 207, concluye que es obligado adoptar un punto de partida individual en el análisis sobre la desaprobación penal de las conductas. No obstante, en la argumentación expuesta se aprecia claramente la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. En un trabajo posterior ROBLES PLANAS se pregunta si es conveniente dividir la categoría de la tipicidad en un tipo objetivo y otro subjetivo ya que si el juicio de desaprobación es individual y unitario ¿por qué dividirlo? Véase ROBLES PLANAS, R.: Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal, p. 95. No puedo estar de acuerdo con el planteamiento efectuado por ROBLES PLANAS cuando afirma que en el objeto de la valoración no se trata de la intención o de la finalidad del autor sino de la situación ante la cual se actúa (véase el mismo: ob. cit., p. 94). No es posible definir tal situación sin el componente de la finalidad de quien actúa como un elemento más de dicha situación. Al prescindir de este elemento, como uno más que integra el juicio de desaprobación, se ve obligado ROBLES PLANAS a admitir de forma incoherente con lo que acaba de anunciar que en definitiva, sigue teniendo sentido trabajar con la subcategoría del tipo objetivo, si bien en un sentido débil, en la medida en la que en ella se integren los estándares objetivos para determinados ámbitos vitales. En opinión de este autor el estándar objetivo determina el campo de lo que debe conocer un sujeto en el ámbito vital correspondiente. Tales estándares filtran la inmensa mayoría de los supuestos, cumpliendo así una función orientadora general cuya utilidad difícilmente puede negarse. Y ello pese a que en un escaso número de casos la decisión última dependa, ciertamente, del conocimiento individual (véase el mismo: ob. cit. p. 96). Esos estándares objetivos por sí mismos no son relevantes salvo que se pongan en relación con el conocimiento individual del sujeto que actúa, de manera que si dichos conocimientos individuales son superiores, equivalentes o inferiores al estándar objetivo, éstos son los que deben predominar a la hora de desaprobación individualmente el comportamiento.

partir del tipo subjetivo, tal y como estableció WELZEL⁴⁵.

A mi juicio, el hecho de que una acción tenga sentido o, si se prefiere esta otra denominación, que tenga una “referencia de sentido delictivo”⁴⁶ depende, fundamentalmente, de dos factores. En primer lugar, el sujeto con sus capacidades intelectuales debe haber aceptado el posible sentido que ofrecen los elementos objetivo-causales en el mundo físico⁴⁷. En el ámbito de las conductas de participación esto significa que el partícipe debe conocer y aceptar la capacidad lesiva del hecho principal que el autor domina y dirige a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Como ha afirmado MIRÓ LLINARES «el conocimiento es lo que dota de significado al comportamiento: si el partícipe sabe (interpreta) que su aporte sirve a los planes del autor, que le ayuda, entonces está actuando como tal»⁴⁸. La aludida capacidad lesiva del hecho principal se desprende de elementos objetivo-causales en el mundo físico tales como la finalidad del autor y la organización del curso causal hacia la

⁴⁵ Véase WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 63. Véanse asimismo RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 344 y ss.; GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12 y ss. MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 143 ha manifestado que no es un error metodológico el atender previamente al conocimiento del sujeto para la valoración como injusto de su comportamiento.

LANDA GOROSTIZA, J. M.: La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, 2002, p. 275 indica que el diagnóstico de que la neutralidad se despeja o confirma según haya o no dolo, en realidad asume que tales comportamientos al límite integran ya el tipo objetivo y resta, por tanto, únicamente, la confirmación del aspecto subjetivo por lo que alberga tendencialmente una declaración general de relevancia típica del espectro de conductas estándar al menos en el nivel objetivo de imputación. En una obra anterior afirmaba este autor [La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. (Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”), Comares, Granada, 2002, p. 226] que El “giro” que supone encuadrar el problema de la calificación jurídica de los comportamientos neutrales hacia el tipo objetivo era necesario. Ello empata con un nivel más general, con la propia orientación mayoritaria de la dogmática postfinalista que bascula en la configuración del injusto desde el dolo como momento esencial hacia la peligrosidad objetiva. Esta es ahora el momento determinante esencial relegando la dirección final a un papel más secundario en la constitución de la materia de prohibición y todo ello, como es de sobra conocido, desde una metodología teleológica de cuño político-criminal. Desde mi punto de vista no se puede afirmar la existencia del tipo objetivo sin la concurrencia del tipo subjetivo y viceversa, ya que ambos constituyen una unidad indisoluble. Sobre las relaciones recíprocas entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, véase RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 193 y ss. De forma decidida GRACIA MARTÍN, L.: RECPCr. 06/07, 2004, pp. 12, 13, 16 y 17. Recientemente PUPPE y KINDHÄUSER han concluido que la distinción entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo es irrealizable, aunque defienden la teoría de la imputación objetiva; véanse PUPPE, I.: Der Aufbau des Verbrechens, Festschrift für Harro Otto zum 70. Dannecker, G./Langer, W./Ranft, O./Schmitz, R./Brammsen, J. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 2007, p. 394; KINDHÄUSER, U.: Der subjektive Tatbestand im Verbauchensaufbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, p. 448.

⁴⁶ Sobre estas denominaciones, véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 152.

⁴⁷ Véanse GRACIA MARTÍN, L.: Fundamentos de dogmática penal, pp. 248 y ss. y RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 412 y ss.

⁴⁸ Véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 144.

consecución de la aludida finalidad⁴⁹. Y, en segundo lugar, el hecho de que una acción tenga sentido depende de que el autor haya apprehendido el sentido ético-social del acto exigiéndose que con sus capacidades volitivas externas, haya dirigido en ese sentido la acción⁵⁰. En el ámbito de las conductas de participación esto significa que el partícipe debe haber apprehendido el sentido ético-social de su conducta como una de participación en un hecho principal que el autor domina y dirige a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y con sus capacidades volitivas externas el partícipe tiene que haber dirigido en ese sentido su comportamiento⁵¹. Si tenemos en cuenta ambos factores, en mi opinión, la referencia de sentido delictivo puede determinarse como ROXIN indica: cuando la contribución sea útil para el autor como medio para cometer el hecho punible planeado y el “contribuyente” lo sepa también. Es necesario enjuiciar la utilidad que la acción de contribución, favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento supone para la realización del hecho. Esta utilidad hace referencia al rendimiento de la conducta de participación que se extrae del desarrollo de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. El mencionado rendimiento se determina de una forma subjetiva/objetiva en función de determinados elementos, de modo que el enjuiciamiento de dicha utilidad debe llevarse a cabo sobre unas conexiones fácticas que se refieren al dato del conocimiento y la voluntad del partícipe que realiza una contribución en la fase de actos preparatorios en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. A continuación vamos a exponer dichos elementos.

En primer lugar, es fundamental determinar el conocimiento y la voluntad de realización del partícipe, es decir, el dolo del partícipe respecto del hecho principal dominado por un autor. Respecto del concepto del dolo conviene recordar, con carácter general, algunas

⁴⁹ MIRÓ afirma también de forma paralela que será el conocimiento que pueda imputarse al sujeto de la capacidad lesiva de los hechos que pretende llevar a cabo el futuro autor del delito el que dote de sentido a estos otros dos elementos de la conciencia de la peligrosidad de la conducta propia y del conocimiento del contexto situacional... Por tanto, junto a este conocimiento del partícipe tiene que tomarse en consideración el conocimiento de la dimensión de riesgo que conlleva la conducta del autor. Este conocimiento, generalmente definido a partir de elementos como el propósito del autor o su “capacidad lesiva”, será el que realmente dote de sentido a la aportación del partícipe que, en sí misma, y salvo en contadas ocasiones, no aportará ningún significado de aptitud lesiva. Véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, pp. 228 y 229.

⁵⁰ Véanse GRACIA MARTÍN, L.: Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 248 y ss. y RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 412 y ss.

⁵¹ MIRÓ concluye acertadamente que la pregunta que se plantea es si el contexto situacional del momento en el que el partícipe realiza su aportación permite imputar al partícipe el conocimiento de la integración en un injusto con una concreta potencialidad lesiva. Véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 231.

conclusiones que expuse en mi obra *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*⁵². El dolo no puede fundamentarse si se prescinde de un momento final objetivo y que concurre, únicamente, cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción⁵³. Si nos centramos en el concepto de la finalidad como factor que configura *objetivamente* el acontecer real y que pertenece al concepto de la acción⁵⁴, se pone de manifiesto que no se trata sólo de una finalidad subjetiva porque también le alcanzan unos límites objetivos. WELZEL otorgó relevancia jurídico-penal a la finalidad de la acción como objeto material de la valoración. Esta finalidad, esta voluntad de realización es, a su vez, el fundamento ontológico del dolo. El finalismo no sólo realizó una limitación subjetiva del tipo extremadamente amplio por el dogma causal, a través de la teoría de lo injusto personal sino que, además, al contemplar también la dimensión del sentido social dentro de los tipos, puso de manifiesto la existencia de unas restricciones objetivas que se centran en la acción como expresión de sentido a determinar principalmente por la finalidad del sujeto y que, por ello, se reflejan después en lo subjetivo. La consecuencia es que la finalidad como género y el dolo como especie de la misma no pueden fundamentarse prescindiendo de los elementos objetivos externos de la acción. Cuando WELZEL se refiere por primera vez en su artículo de 1939 a la función objetivo-final de la voluntad que junto con el dominio del hecho constituyen la base de su concepto final de la acción⁵⁵, parece que, sobre todo en los delitos dolosos, hay una identificación entre la voluntad con una función objetivo-final y el dominio del hecho⁵⁶. Precisamente llama la atención el paralelismo entre esta mencionada posibilidad objetiva y la función objetivo final que atribuyó WELZEL a la voluntad. El dolo, esto es, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, es un factor que estructura la realidad seleccionando finalmente el suceso de la acción dado objetivamente, de modo que esta objetivación de la voluntad queda imprimida en las circunstancias del hecho objetivas

⁵² Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 340 y ss.

⁵³ Véanse WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 66. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, 1998, p. 145.

⁵⁴ Véase WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4ª ed., Traducido por J. Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964, p. 26.

⁵⁵ Véase WELZEL, H.: *ZStW* 58, 1939, pp. 502, 503, 539, 542 y 543. El dominio final del hecho es entendido por WELZEL como una consecuencia de su teoría final de la acción; cfr. WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 100.

⁵⁶ Aspecto señalado también por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*, p. 552. El propio WELZEL afirma que el suceso exterior es sólo entonces el hecho de una voluntad que pone fines, cuando... fue configurado por la voluntad finalmente, esto es, cuando está sujeto al dominio del hecho de la voluntad; véase WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 73.

que están recogidas en el tipo objetivo. El dolo no es un elemento de naturaleza exclusivamente subjetiva como lo puede ser la pura intención, el desear o la pura disposición del ánimo. El dolo tiene esta función objetiva que le reporta un dominio sobre el suceso a través del conocimiento del autor. Entonces las estructuras del dominio del hecho junto con la voluntad con una función objetivo-final constituyen la base del concepto final de la acción entendida como “expresión de sentido” y deben ser sometidas a valoraciones. La concepción del dolo aquí defendida no determina las posibilidades objetivas con base en criterios normativos que prescinden por completo de la voluntad del autor, porque los límites del concepto del dolo del finalismo son objetivos/ontológicos.

El dolo del partícipe incorpora la concepción del dolo expuesta que debe integrar el acuerdo de voluntades —expreso y previo a la comisión del delito o tácito y simultáneo— entre el autor y los partícipes, de manera que el partícipe ha de actuar con conciencia y voluntad de cooperar a la comisión del delito⁵⁷. La exigencia de este acuerdo de voluntades entre el autor que realiza el hecho principal doloso y el partícipe —cooperador necesario o cómplice— impide aceptar una participación imprudente por acción⁵⁸. En relación con el dolo del partícipe nos podemos encontrar con varias hipótesis. Por un lado, en el ámbito de la cooperación activa el vendedor de un arma a un cliente con arreglo a una licencia no guarda con la acción de matar que realiza posteriormente el cliente, las conexiones exigidas por el

⁵⁷ Véase CEREZO MIR, J.: Curso, III, 1ª ed., pp. 233 y 234. Tiene razón MIRÓ LLINARES cuando señala que CEREZO MIR es uno de los pocos autores que habla del elemento subjetivo de la participación con la alusión al mencionado acuerdo de voluntades; véase MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 189, nota 588. CUELLO CONTRERAS, J.: El Derecho penal español; Volumen II, p. 284 define el dolo del partícipe como representación subjetiva de los elementos del tipo objetivo... El partícipe debe querer la causación del resultado en los términos ya vistos. GÓMEZ TOMILLO, M.: Comentarios al Código penal, p. 257 señala que el cooperador debe conocer y querer el despliegue de la acción que lleva a cabo el cómplice ..., y, además, conocer y querer la acción del autor principal.

Respecto de la importancia del dolo del partícipe véanse, además, GRACIA MARTÍN, L.: Modernas tendencias en la teoría de la participación en el delito, inédito; CUELLO CONTRERAS, J.: Autoría y participación en un sistema lógico-funcional, Cuadernos de Política Criminal, núm. 97, 2009, pp. 32 y 33: la participación requiere conceptualmente, un elemento de accesoriedad, ontológica, no meramente jurídica, por lo demás, que viene dado, básicamente, por la acotación de la realidad que hace el tipo correspondiente dentro del cual señala, a través de la caracterización de la acción dirigida al resultado, a un autor (caso claro) que es lo que convierte a quien no lo es en partícipe (en su caso). Lo que, dicho sea de paso, explica muy bien la función que también cumple la teoría de la participación, de instrumento para colmar las lagunas intolerables de punición que se podrían producir en un derecho penal que castigase sólo la autoría. En cualquier caso, el partícipe sabe, dolo, que dirige su acción, ..., a lesionar el bien jurídico a través de y colaborando en la acción principal del autor, de quien sabe que también actúa con ese mismo fin. En este sentido hablamos del papel hegemónico de la finalidad o dolo dirigido a la lesión del bien jurídico; RUEDA MARTÍN, M. A.: Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal, Comares, Granada, 2010, p. 92; la misma: RP, nº. 9, Enero, 2002, p. 133; la misma: CPCr., núm. 105, 2015, en prensa.

⁵⁸ Sin el elemento subjetivo de la participación, el acuerdo de voluntades que implica el dolo del partícipe, no se puede hablar de una conducta de participación. Como afirma CEREZO MIR no cabe la participación imprudente en un delito doloso, pues el supuesto partícipe es en realidad autor de un delito imprudente; véase CEREZO MIR, Curso, III, 1ª ed., p. 236.

sistema de responsabilidad penal vigente en el ordenamiento jurídico si desconocía el dato de la utilización del arma por el comprador para matar a una persona, pues la acción de vender un arma con la debida licencia no está al servicio *exclusivamente* de la comisión de un delito. Como afirma *Roxin*, un revólver puede ser utilizado para fines no punibles y siempre depende de la intención de quien actúa de manera inmediata el para qué utiliza algo⁵⁹. Por otro lado, si la contribución al delito resulta con el conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (es decir, con dolo directo de primer o segundo grado) como sucede, por ejemplo, en el supuesto del panadero que vende un pan a una persona que le indica que va a introducir un veneno en dicho alimento para matar a una persona «la finalidad delictiva está en primer plano»⁶⁰, y esta contribución resulta útil para que el autor principal alcance su objetivo y debe ser castigada como cooperación a un delito⁶¹. Sin embargo si la contribución se realiza con dolo eventual para un sector doctrinal se excluye una complicidad punible al tratarse de un supuesto de riesgo permitido cubierto por el principio de confianza⁶². Así, por ejemplo, no habría que castigar como cómplice de un delito de robo al dependiente de una ferretería que sospecha, basándose en la apariencia del cliente, el fin delictivo que podría tener la compra de un destornillador⁶³. A la hora de valorar este supuesto se plantean dos cuestiones. Por un lado, es muy discutible que en este último supuesto nos encontremos ante un dolo eventual. A partir de la conciencia de la probabilidad de producción del resultado no se puede deducir la existencia de dolo eventual. Como afirma *CEREZO MIR*, «si el sujeto considera probable la realización de los elementos objetivos del tipo contará generalmente, *pero no siempre*, con su producción»⁶⁴. Se dará dolo eventual siempre que el sujeto, en el momento de realizar la acción, *cuenta con* la posibilidad de realización del tipo⁶⁵. No es suficiente, por tanto, con que

⁵⁹ Véase *ROXIN*, C.: *Strafrecht*, AT, I, 4ª ed., § 24, nº 31; el mismo: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1ª ed., C. H. Beck, München, 2003, § 26, nºs. 221 y ss., especialmente 231.

⁶⁰ Véase *ROXIN*, C.: *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas, Madrid, 2000, p. 178.

⁶¹ Véase *ROXIN*, C.: *Was ist Beihilfe?*, p. 515. Sin embargo, considera *ROXIN* que en el caso del que suministra a un fabricante un determinado material habría que dejarlo impune, porque estas formas de conducta son útiles para el fabricante independientemente de los delitos contra el medio ambiente y por eso no tienen una referencia de sentido delictiva sino “legal”; véase el mismo, *ob. cit.*, p. 513. En mi opinión en este caso concreto no es coherente porque la misma razón se podría esgrimir para dejar impune al panadero y no lo considera así.

⁶² Véase *ROXIN*, C.: *StGB*, Leipziger Kommentar Großkommentar, 11ª ed., 1993, Herausgegeben von B. Jähne/H. W. Laufhütte/W. Odersky, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, § 27, nº. 46; el mismo: *Strafrecht*, AT, II, 1ª ed., § 26, nº. 241. Se muestran de acuerdo con esta tesis: *WOHLLEBEN*, M.: *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, pp. 159 y ss.; *RANSIEK*, A.: *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht —Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele—*, Wistra, 1997, pp. 41 y 44; *LUZÓN PEÑA*, D. M.: *RP*, nº. 29, Enero, 2012, p. 110.

⁶³ Véase en este sentido *ROXIN*, C.: *Was ist Beihilfe?*, pp. 516 y 517.

⁶⁴ Véase *CEREZO MIR*, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 151.

⁶⁵ Véase *CEREZO MIR*, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 151.

el partícipe que coopera tenga una representación general del hecho principal⁶⁶. Por otro lado, con carácter general, una acción final con el *sentido social de matar* se da no sólo en el caso de que la muerte fuera el fin o uno de los fines perseguidos por el sujeto (dolo directo de primer grado), sino también cuando el sujeto considere que la producción del resultado de muerte irá necesariamente unida a la consecución del fin (dolo directo de segundo grado), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización con cuya posibilidad de producción cuenta el sujeto, aunque no lo desee con tal de no renunciar al fin que persigue (dolo eventual)⁶⁷. En relación con los comportamientos que suponen una participación mediante una cooperación en lo injusto de un autor debemos afirmar también que cabe el dolo eventual⁶⁸. En tales supuestos la cooperación con dolo eventual existirá si la cooperación en lo injusto de un autor era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización del partícipe y con cuya posibilidad de producción cuenta, aunque no lo desee con tal de no renunciar al fin que persigue (por ejemplo, la venta de pan, de un arma, etc.)⁶⁹.

En segundo lugar, el enjuiciamiento de la utilidad que la acción de contribución,

⁶⁶ Véase WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 120.

⁶⁷ Véase WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal*, p. 29.

⁶⁸ Véanse JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, Traducc. de Olmedo Cardenete, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, PG, 5ª ed., p. 748.

⁶⁹ En relación con mi postura LANDA GOROSTIZA concluye que RUEDA MARTÍN, Consideraciones, p. 128 y ss., parece adherirse cuando menos a las tesis mixto-objetivas aunque tampoco parece excluir que las modalidades de dolo condicionen el juicio de peligrosidad (según su propia postura el juicio de “adecuación”) si bien no hace una clasificación expresa de grupos de casos según la modalidad de aquel (dolo directo o eventual). Véase LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico*, p. 279, nota 45, cursiva añadida. En efecto, en mi opinión para formular el juicio de adecuación, un juicio ciertamente objetivo, deberán introducirse en la base no sólo todos los datos relativos al autor, sino también el dato de que la acción que realiza está dirigida por su voluntad a la producción del resultado por lo que el grado de tendencia penalmente relevante depende de la presencia del dolo. Véase RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 182 y ss. Véase asimismo GRACIA MARTÍN, L.: *RDPCr.*, nº 5, 2000, p. 380: la cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues es absolutamente dependiente del dolo del autor. La cuestión de si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse exclusivamente en el plano objetivo sino que es preciso tener en cuenta tanto los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho como también la dirección de la voluntad de la acción. Compartimos entonces la conclusión expuesta por LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico*, p. 285: en línea de coherencia con lo anterior, la modalidad de dolo concurrente en el eventual cómplice es otro dato “subjetivo” que puede contextualizar el sentido de la prestación ya en el propio tipo objetivo a través de la clase de conocimiento —seguro o eventual— que refleja. La clase de conocimiento sobre la determinación ajena para llevar a cabo el plan delictivo enlaza directamente con la clase de dolo de cómplice: el aspecto cognitivo del dolo, por tanto, “adelanta” su función de descripción del contexto a cuya luz cabrá captar el sentido —intersubjetivo— de la prestación para poder valorar su riesgo, su peligrosidad. Véase también del mismo autor, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*, pp. 234 y 235. A diferencia de LANDA GOROSTIZA (véase *La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico*, pp. 286 y ss.; y *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*, pp. 235 y ss.) no procedo a diferenciar expresamente casos según la clase de dolo, porque como se indica en el texto principal, lo importante es constatar la existencia de dolo en cualquiera de sus modalidades para atribuir a un comportamiento un sentido social típico.

favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento supone para la realización del hecho, debe llevarse a cabo ya en la fase de actos preparatorios de la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. No se puede poner en duda que quien quiera situarse en condiciones de lesionar o poner en peligro a un bien jurídico deberá realizar antes determinados actos *preparatorios*, cuya finalidad es organizar la situación a partir de la que le será posible actualizar su dominio actual sobre el bien jurídico. De este modo, por ejemplo, todo el que quiera matar a otro mediante una acción, tiene que realizar antes una serie de actos, como procurarse los medios de ejecución y colocarse en la situación concreta, no existente en el momento en que ha planeado la muerte, en que sus actos (el disparo) puedan provocar efectos en la esfera personal de la víctima, es decir: tiene que hacer entrar a ésta, que hasta entonces se encontraba libre de su esfera de influencia, en su ámbito de dominio personal⁷⁰. La vinculación de los comportamientos de participación con los actos preparatorios, cuya finalidad son organizar la situación a partir de la que al autor le será posible actualizar su dominio actual sobre el bien jurídico, es evidente, puesto que incorporan un significado lesivo a partir del conocimiento de la finalidad del autor y de la organización del curso causal hacia la consecución de la aludida finalidad, sin depender el mencionado significado lesivo de la mayor o menor dificultad que suponga para el autor conseguir un determinado medio que ayude a la realización del hecho dominado por él⁷¹. Este significado lesivo puede disminuir si transcurre un espacio de tiempo considerablemente largo entre el respectivo comportamiento de participación y la ejecución material del hecho por el autor, pero no llegará a desaparecer del todo⁷². PUPPE estima que si entre una entrega de

⁷⁰ Véase GRACIA MARTÍN, L.: La comisión por omisión en el Derecho penal español, La Comisión por omisión, Gimbernat Ordeig (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 83.

⁷¹ En contra, a mero título de ejemplo, PUPPE, I.: La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, Traducción a cargo de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 134 y 135; KINDHÄUSER, U.: Zum Begriff der Beihilfe, pp. 368 y 369.

LANDA GOROSTIZA estima que resulta, por tanto, a mi juicio, excesivamente categórica RUEDA MARTÍN, Consideraciones, p. 122, cuando señala como rasgo definitivo de las “acciones cotidianas” el hecho de que “se encuentran en la fase de actos preparatorios”. La “neutralidad” como problema de relevancia típica no se produce en exclusiva en dicha fase sino también en estadios más adelantados. Véase LANDA GOROSTIZA, J. M.: La complicidad en el delito y los comportamientos “estándar” en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico, p. 270, nota 20. Desde mi punto de vista, sin embargo, la neutralidad de dichas acciones cotidianas sólo se puede plantear cuando tienen lugar en la fase de actos preparatorios de un delito, puesto que si se llevan a cabo en estadios más adelantados, como indica LANDA GOROSTIZA, pierden su carácter neutral. Este mismo autor apunta expresamente que si los actos ejecutivos se han iniciado parece que toda prestación, aun con apariencia de neutralidad, acabaría por contaminarse. Véase el mismo: ob. cit., pp. 270 y 271. El problema reside en determinar el criterio que atribuya un sentido social típico de complicidad o cooperación necesaria a un comportamiento que consista en una cooperación en la fase de actos preparatorios y también en la fase de actos ejecutivos.

⁷² MIRÓ LLINARES, F.: Conocimiento e imputación en la participación delictiva, p. 167 afirma también que la integración es una valoración que tiene que realizarse en la retrospectiva sobre el comportamiento del partícipe,

presumibles medios delictivos y la realización delictiva transcurre un espacio largo de tiempo, esta circunstancia influirá en el conocimiento del partícipe, de modo que «si el delito está a punto de cometerse, la probabilidad de su realización, en primer lugar, se habrá elevado considerablemente, en caso de que el autor siga aferrado a su resolución criminal, de manera que puede decirse con cierta razón que el proveedor de los medios sabe efectivamente de la inminente realización del delito»⁷³. Desde mi punto de vista se trata de dos ámbitos claramente delimitados. Una cuestión es preguntar al partícipe si sabe o si sólo sospecha que aquel a quien, por ejemplo, ha proporcionado un medio lo va a utilizar en la comisión de un delito; y otra cuestión es el tiempo que transcurre entre dicha entrega y la realización delictiva. A mi juicio, debe ser castigado como partícipe, por una parte, quien entrega un medio a una persona con el conocimiento de que lo va a utilizar para cometer un delito, aunque transcurran, por ejemplo, varios meses entre dicha entrega y la mencionada realización delictiva. El conocimiento de una ejecución más o menos inminente del hecho delictivo preparado por el autor no disminuye o incrementa la utilidad, determinada de la forma expuesta, que la acción de contribución, favorecimiento, aseguramiento o fortalecimiento supone para la realización del hecho. Por otro lado y por el mismo motivo, también debe ser castigado como partícipe quien entrega un medio a una persona con el conocimiento de que lo va a utilizar *inmediatamente* para cometer un delito.

Del fenómeno de la codeincuencia están excluidos los autores de todos aquellos actos que estaban privados originariamente de toda utilidad para el acontecimiento punible, aunque los efectos de tales actos hayan sido incorporados por los codeincuentes, para su aprovechamiento, al proceso de actuación delictiva. Así, por ejemplo, el tratamiento correcto del caso del ayudante que ayuda al Catedrático en la elaboración de sus manuales y que sabe que éste oculta los honorarios a Hacienda, estriba en considerar que la acción del ayudante consistente en buscar bibliografía no resulta de ninguna utilidad para la afcción del bien jurídico protegido en los tipos de defraudación tributaria, por lo que la acción de ayudar en la elaboración de los manuales no se puede subsumir en el tenor literal del tipo correspondiente

de modo que la misma es posible sobre un hecho que preexiste (cuando el cómplice o el cooperador aportan, a un injusto que ya estaba iniciado, algo que lo configura de una forma especial, aunque se trate de algo sustituible, incluso prescindible para la consumación del injusto, pero que lo transforma y le da sentido), o sobre un hecho que existe aunque sólo en la prospectiva como potencial injusto.

En contra de estos planteamientos, véanse, con más referencias bibliográficas FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, p. 73; BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva, pp. 168 y ss., quien aboga por un criterio que determina la peligrosidad de la contribución por su proximidad —estrecha conexión temporal y material— respecto de la conducta principal.

⁷³ Véase PUPPE, I.: La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales, pp. 134 y 135.

de la complicidad si el Catedrático posteriormente defrauda a la Hacienda Pública. La peculiaridad que presenta este supuesto es que el criterio de exclusión de lo injusto radica en que la conducta del ayudante no es subsumible ya en el tenor literal de la descripción de la acción de cooperar en el tipo correspondiente de participación, porque aunque esta clase de acciones es causal para la producción del resultado de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y puede determinar también un cierto riesgo en un sentido general y vulgar⁷⁴ de producción del resultado, su contribución causal no ha resultado útil en relación al resultado de defraudación. Lo mismo se puede afirmar de quien sirve al ladrón una taza de café durante la ejecución del hecho: semejante comportamiento, por una parte, no ha tenido que ser siquiera causal para la sustracción efectuada con violencia o intimidación de un objeto propiedad de una persona; y, por otra parte, tampoco ha supuesto ninguna utilidad en la lesión del bien jurídico como sí la hubiera supuesto, por ejemplo, la entrega de un medio para romper la caja fuerte donde estuviera guardado el objeto de valor que se sustrae⁷⁵.

SÁNCHEZ-VERA argumenta en contra de mi conclusión en estos supuestos que «en otras ocasiones, la argumentación parece más bien orientada a la llamada “justicia material”: se niega la imputación si lo único que corre es la tinta (un adjunto ayuda a su Catedrático a la elaboración de sus manuales y sabe que éste oculta sus honorarios a Hacienda: no imputación del delito de blanqueo [p. 132]), pero se afirma si lo que corre es la sangre (un taxista lleva en su vehículo a quien sabe que en el lugar de destino va a poner una bomba: imputación del resultado también al taxista [p. 126]), aunque en ambos casos existe el mismo conocimiento y

⁷⁴ Sobre este concepto de peligro véase RUEDA MARTÍN, M. A.: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, pp. 142 y ss.

⁷⁵ BLANCO CORDERO, I.: Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, pp. 855 y ss. ha comentado el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo de la mujer, Trinidad, compañera sentimental de Fernando (autor del secuestro terrorista) que, conociendo que con ello contribuía a la privación de libertad del secuestrado, “lavaba la ropa que su compañero traía a casa procedente del zulo, donde era utilizada por el Sr. José Carlos”; véase el mismo: ob. cit., p. 856. La Audiencia Nacional que juzgó en primera instancia este caso condenó a Trinidad como cómplice en un delito de detención ilegal. Posteriormente, el Tribunal Supremo absuelve a Trinidad de la complicidad en el delito de detención ilegal, al considerar atípica la conducta de lavar la ropa por la falta de relación de causalidad con el secuestro terrorista; véase el mismo: ob. cit., pp. 861, 862 y 864. BLANCO CORDERO concluye que la conducta de lavar la ropa no crea un riesgo para el bien jurídico protegido. En su opinión no es previsible ex ante que quien lava la ropa esté contribuyendo en la privación de libertad llevada a cabo por otro.... Sólo son típicas, por tanto, aquellas contribuciones a la privación de libertad llevada a cabo por el autor mediante conductas típicas de encierro o detención; véase el mismo: ob. cit., p. 866.

Desde mi punto de vista, lavar la ropa del secuestrado no supone un ataque accesorio al bien jurídico protegido en el delito de secuestro, la libertad ambulatoria. La contribución útil para lesionar de forma accesorio a dicho bien jurídico debe girar en torno a las conductas de encierro o detención, como apunta BLANCO CORDERO, y lavar la ropa del secuestrado no supone ninguna contribución útil en el encierro o detención de la víctima, si bien es cierto que puede favorecer una mejor calidad de vida en la privación de libertad del detenido. Sin embargo, este favorecimiento es atípico.

la solución debiera ser unitaria»⁷⁶. Como he indicado, el criterio de exclusión de lo injusto del ejemplo que menciona *Sánchez-Vera* radica en que la conducta del adjunto no es subsumible ya en el tenor literal de la descripción de la acción de cooperar en el tipo correspondiente de defraudación tributaria, porque aunque esta clase de acciones es causal para la producción del resultado de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y puede determinar también un cierto riesgo en un sentido general y vulgar de producción del resultado, su contribución causal no ha resultado útil en relación con el resultado de defraudación. La contribución del adjunto consistente en ayudar al Catedrático a redactar un manual, no supone todavía un ataque accesorio al bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria —las funciones del tributo materializadas en la posibilidad de realización efectiva de las previsiones de recaudación tributaria de acuerdo con las normativa reguladora de cada tributo individual integrante del sistema tributario⁷⁷—, aunque sepa que los honorarios que cobre el profesor por la venta del manual no los declarará a Hacienda. El aludido bien jurídico se lesiona si quien tiene la obligación de declarar unos ingresos a Hacienda, no efectúa tal declaración. La contribución útil para lesionar de forma accesorio a dicho bien jurídico debe girar en torno a la omisión de declarar unos ingresos, y estos ingresos no se han obtenido cuando aún se está escribiendo el manual. No sucede lo mismo con el caso del taxista que lleva en su vehículo a quien sabe que en el lugar de destino va a poner una bomba: la contribución del taxista —transportar al lugar de la comisión del hecho— sí resulta útil para la acción de matar del pasajero.

La determinación de la utilidad admite una graduación. Por ejemplo, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ es indiscutible que supuestos como el del dependiente de una papelería que recomienda al comprador cuál es la mejor tinta para realizar una determinada falsificación, el del ferretero que aconseja al cliente cuál es la mejor navaja para participar en una determinada pelea o el del taxista que recoge a los atracadores en un punto convenido de antemano y los espera hasta la finalización del atraco, sólo pueden interpretarse como vinculados, asociados, comunicados o acoplados con las realizaciones del tipo⁷⁸. Pero esto no implica negar que el mismo carácter de favorecimiento lo tiene, por ejemplo, la entrega de un veneno que la entrega de un pan para que el veneno sea introducido en él. Sí que se puede plantear en el segundo caso una disminución del desvalor de la acción que deberá ser tenida

⁷⁶ Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva, *InDret Penal*, 1/2008, p. 27, nota 34.

⁷⁷ Sobre este bien jurídico, véase GRACIA MARTÍN, L.: Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario. (Las “funciones del tributo” como bien jurídico), *Actualidad penal*, núm. 10, 1994, p. 208.

⁷⁸ Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: Límites a la participación criminal, pp. 80 y 81.

en cuenta por el juez en la medición de la pena de *lege lata*, avalada por lo dispuesto en el artículo 66.1, apartado 6º del CP⁷⁹. De todas formas según las circunstancias del caso un acto de favorecimiento puede ser más o menos importante para la comisión del delito desde el punto de vista de lo injusto y de la culpabilidad, por lo que de *lege ferenda* y como en nuestra doctrina ha señalado CEREZO MIR, sería aconsejable fusionar la cooperación necesaria y la complicidad en una única figura de complicidad y establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices⁸⁰, de modo que esta clase de favorecimientos menos graves pueden fundamentar la aplicación de la atenuación.

⁷⁹ Como indica BOLDOVA PASAMAR la individualización de la pena cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, se vincula sin orden de jerarquía a las “circunstancias personales del delincuente” y a la “mayor o menor gravedad del hecho”. No obstante, la ponderación de estos factores debe establecerse con base en criterios ciertos; véase BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA (coord.)/BOLDOVA/ALASTUEY, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 257.

⁸⁰ Véase CEREZO MIR, J.: Curso, III, 1ª ed., p. 247.

TIPOS ABIERTOS, ELEMENTOS DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO Y DELITO DE RESISTENCIA

ANTONIO M^a JAVATO MARTÍN
Profesor Titular (Acr.) de Derecho Penal
Universidad de Valladolid
javato@der.uva.es

Resumen: Analizamos en el presente trabajo la teoría de los tipos abiertos de WELZEL y la de los elementos de valoración global del hecho de ROXIN formulada sobre la base de la anterior. Para ello, nos centramos en el requisito de la legalidad de la actuación del funcionario establecido en el delito alemán de resistencia. Precisamente, este estudio pretende sacar a la luz la importancia que dicho requisito tiene en el nacimiento y elaboración de la teoría de WELZEL y en la reformulación que de la misma efectúa ROXIN.

I-PLANTEAMIENTO

En 1952, en una serie de artículos publicados en la *Juristen Zeitung*¹ WELZEL acuña la categoría de los “especiales elementos del deber jurídico” o “características especiales de la antijuricidad” presentes en los que él denomina tipos abiertos, con el objetivo de auxiliar a la praxis en la solución de las dificultades dogmáticas que presentaban determinados conceptos jurídico-penales residenciados a lo largo del Código penal alemán (en adelante *StGB*).

El primero de los citados artículos aparece referido al requisito de legalidad de la actuación del funcionario establecido en el delito de resistencia del Código Penal alemán (&113 *StGB*). Respecto al mismo WELZEL trataba, con aquella categoría, de dar solución satisfactoria a la enconada polémica que se había suscitado sobre su naturaleza dogmática.

Mediante la presente contribución pretendemos aproximarnos a la teoría de los tipos abiertos de WELZEL y a la teoría de los elementos de valoración global del hecho, teoría esta última ideada posteriormente por ROXIN partiendo de la crítica a la primera. Y lo hacemos tomando como referencia el mencionado requisito de legalidad de la actuación funcional.

II-EL REQUISITO DE LEGALIDAD DE LA ACCIÓN DEL SERVICIO DEL DELITO DE RESISTENCIA. CLASIFICACIÓN DOGMÁTICA

El párrafo 113 del *StGB* contiene el delito de resistencia a funcionario ejecutor².

¹ “Der Irrtung über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung” pp. 19/20; “Der Irrtung über die Zuständigkeit einer Behörde” pp. 133 a 136; “Der Irrtung über die Amtspflicht” pp. 208/209; “Anmerkung zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952(&& 240,59)” pp. 335 a 344.

² (1) *El que resiste con violencia o amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio, o le agrede de hecho, será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con pena de multa.*

equivalente a nuestro delito de atentado. A diferencia de éste el §113 consagra expresamente en el tipo la exigencia de que la acción del servicio efectuada por el funcionario sea legal, conforme a derecho.

Este requisito se introdujo en el Código alemán imperial de 1871. Su inserción supuso la aceptación de la teoría de la obediencia limitada del ciudadano, propia del Estado de Derecho, rompiendo de esta forma con el modelo autoritario sostenido por el Código prusiano de 1851. Sin embargo, la interpretación del mencionado requisito va a ser objeto de una encendida polémica, que se prolonga hasta nuestros días, y que viene motivada por el conflicto que subyace en el mismo, y en general en el delito de resistencia, entre dos tipos de valores o intereses: la eficiencia del aparato estatal por una parte y la libertad del ciudadano frente a intromisiones ilegítimas en sus derechos fundamentales por otra.

Dicha polémica se canaliza a través de dos tipos de cuestiones: la determinación del contenido del citado requisito, esto es, de sus presupuestos materiales; y su clasificación dogmática ligada al tema del error. En este estudio nos centraremos en la última³.

La incardinación del requisito de legalidad en la descripción típica en el Código de 1871 tuvo como consecuencia inmediata que la mayoría de la doctrina lo calificara como elemento del tipo que debía ser abarcado por el dolo del autor⁴. En caso de que el autor supusiese erróneamente que la acción del cargo (*Amtshandlung*) no era conforme a derecho

(2) *En casos especialmente graves la pena de privación de libertad será de seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:*

1. *el autor u otro partícipe llevan un arma u otro medio peligroso consigo para utilizarlo en el hecho, o*
2. *el autor, a través de una acción violenta, sitúa en peligro de muerte o de una grave lesión al agredido.*

(3) *El hecho no será punible conforme a este precepto si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto también será válido si el autor supone erróneamente que dicha acción es conforme a derecho.*

(4) *Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y pudo evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§ 49,2) o prescindir de ella con arreglo a este precepto por su mínima culpabilidad. Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco según las circunstancias conocidas por él, defenderse con medios legales contra la supuesta acción del servicio antijurídica, el hecho no es punible según este precepto. Si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (§ 49,2) o prescindir de ella.* Extensamente sobre este delito JAVATO MARTÍN, A.Mª., *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Granada 2005 pp. 59 a 193.

³ Muy ampliamente sobre la naturaleza y contenido del requisito de legalidad del §113StGB, JAVATO MARTÍN, *El delito de atentado...*, pp. 103 a 193; del mismo “El requisito de legalidad de la acción del servicio (§113-III StGB). Un ejemplo del conflicto libertad ciudadana-seguridad estatal” en *Revista Penal*, nº 18 pp. 124 y ss.

⁴ Pormenorizada relación de la doctrina de la época favorable a esta solución en SCHWARZAT, *Zur Auslegung des Begriffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in §113 Reichsstrafgesetzbuch*, Diss. Düsseldorf, 1933, p.29 n. 19.

(*unrechtmässig*) resultaría aplicable el § 59 RStGB (a la sazón regulador de la culpabilidad y el error, hoy § 16 StGB) en virtud del cual se le exoneraría de todo tipo de responsabilidad dado que la resistencia no era susceptible de comisión culposa.

Sin embargo, frente a esta solución coherente con el tenor literal del precepto, el Tribunal del Imperio empezó a sostener tempranamente la naturaleza de condición objetiva de punibilidad del requisito, sustrayéndolo así de toda exigencia de culpabilidad. El error sobre el mismo, a diferencia de la tesis anterior, era absolutamente irrelevante produciéndose por lo tanto un deslizamiento del “riesgo de error” hacia la parcela del particular y la consiguiente exclusión de la legítima defensa putativa⁵.

Con ello se pretendía evitar el debilitamiento que, a juicio de este Alto Tribunal, una solución como la anterior acarrearía para el fin de protección del § 113 StGB; hacer depender el castigo de la resistencia del juicio del autor no sólo repercutiría en una menor protección de la actividad estatal, de sus funcionarios ejecutores, sino que en última instancia podría conducir a la disolución del orden estatal⁶. Dicho planteamiento fue asumido posteriormente por el Tribunal Supremo Federal suscitando un importante respaldo doctrinal, lo que le hizo merecedor del calificativo de dominante hasta el año 1970, fecha en que se reforma el párrafo introduciendo unas previsiones específicas referidas al error sobre la legalidad de la actuación funcional⁷. A partir de esta nueva regulación se ve relegado a un papel marginal o testimonial.

Para intentar soslayar los inconvenientes que presentaban ambas interpretaciones, la del tipo, de corte liberal y la de la condición objetiva de punibilidad”, de sesgo defensorista, ofreciendo una adecuada nivelación entre los intereses ciudadanos y estatales, WELZEL elabora la teoría de los tipos abiertos, que posteriormente va a ser reinterpretada por ROXIN, teoría que abordamos a continuación.

III-LA TEORÍA DE LOS TIPOS ABIERTOS

Según esta doctrina, plasmada originariamente en los artículos anteriormente

⁵ STÖCKEL, H., “Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB)” en *JR* p.283.

⁶ Destacan MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht. B.T. 2*, Heidelberg 1991, p. 187. que tras este posicionamiento de marcado carácter práctico (finalidad político-criminal utilitaria) se escondía, en rigor una clara maniobra defensorista del aparato (ejecutivo) estatal en detrimento del individuo, inconciliable, con el principio de culpabilidad (*keine Strafe ohne Schuld*), y que va a ser catalogada lapidariamente “como el rescate de una parte del antiguo Estado Policia”

⁷ § 113-4 StGB. Véase supra.

mencionados, los tipos contienen una serie de elementos o momentos mediante los cuales no se describe objetivamente la acción típica del autor sino (en terminología de WELZEL) su deber jurídico (*sein rechtliches Sollen oder Dürfen*); es decir, elementos fundadores de la total antijuricidad del hecho, comprensivos del juicio total sobre la prohibición⁸. Ello supone que en los tipos en los que se encuentran, la antijuricidad de la conducta no pueda determinarse de forma negativa mediante la exclusión de la presencia de causas de justificación sino que la misma vendrá condicionada por la verificación positiva (previa) de los mismos a realizar por el juez⁹. De ahí que este autor propusiera el calificativo de tipos abiertos en contraposición a los tradicionales, que él denominó cerrados “pues el círculo de características indicadoras de lo injusto es cerrado”¹⁰. Entre estas “impropias características típicas”¹¹ a las que inicialmente denominó del deber jurídico, se contarían además de la legalidad, objeto de nuestro estudio, la validez jurídica (*rechtgültig* & 110), la competencia (*zuständig*, en numerosos parágrafos: & 110, 116, 137, 153, 164, 360), la falta de autorización (*unbefugt* & 132, 168 y otros) etc..¹².

⁸ WELZEL H. en sus artículos de 1952 pp. 19/20, 135, 208, y *passim*. Del mismo “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem” en *ZStW* 1967 pp. 224 a 228. Véase, ENGISCH K., “Die normative Tatbestandelemente im Strafrecht” en *FS für E. MEZGER*, Berlin, 1954, p. 145 y 157; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1959, especialmente a lo largo en su primera parte, pp. 1-52 (hay traducción al español de BACIGALUPO, Buenos Aires 1979); KAUFMANN A., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, particularmente en la páginas 101, 257/8 y 285 (hay traducción al español de la edición de 1970, de BACIGALUPO y GARZÓN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, 1977); MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD *Strafrecht...*, p. 191.

⁹ WELZEL *JZ* 1952 p. 343; Del mismo *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre* 4ª ed. Göttingen, 1961, pp. 24 y 25. Hay traducción española anotada de CERESO MIR “El nuevo sistema del Derecho penal. (Una introducción a la doctrina de la acción finalista)”, Barcelona, 1964.

¹⁰ Por primera vez utiliza esta terminología en su comentario a la sentencia del BGH de 18.3. 1952, *JZ* p.344. Además del exhaustivo estudio crítico de ROXIN puede consultarse sobre los tipos abiertos entre otros, ENGISCH, “Die normative Tatbestandelemente...”, p. 127 y ss; KAUFMANN, *Lebendiges und Totes...*, 101, 257/8 y 285; GALLAS Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen *ZStW* 67 1955; HERZBERG, “Tatbestands- oder Verbotirrtum” en *GA* 1993, 439; SCHLÜCHTER, “Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotirrtum en *JS* 1993, 14. Sintetiza la doctrina de WELZEL, en especial la concerniente al &113 CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962 pp. 39 y ss.

¹¹ Así denominadas por ENGISCH, *ibidem*.

¹² Véase el detallado estudio de ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p. 17 y ss, de todos y cada uno de ellos. También los enumera parcialmente, entre otros ENGISCH, *Die normative Tatbestandselemente...*, p. 157. No obstante la primigenia lista de los mencionados elementos fue modificada por WELZEL con el paso del tiempo. Así excluyó de la misma a la competencia de los && 153 y ss de la que opina que no es una característica de la antijuricidad sino un concepto en blanco (*ein Blankettbegriff*). Véase su 9ª ed. de *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung* Berlín, p. 76. Sintetiza las diversas contribuciones de WELZEL de 1952 así como lo expresado respecto a estos elementos en diversas ediciones de su manual KUNERT K.H *Die normative Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände* pp. 63 y ss.

Concretamente, respecto a la expresión “*Rechtmässigkeit*” (conformidad a Derecho)¹³ del delito de resistencia a la autoridad dice WELZEL que no pertenecería al tipo del §113 StGB, el cual se colmaría con la resistencia a funcionario ejecutor en el desempeño de su cargo, sino que vendría referida exclusivamente a la antijuricidad de la resistencia¹⁴. A través de ella no se pretende describir la conducta prohibida sino únicamente resaltar que un deber jurídico de omitir toda resistencia sólo existe si el funcionario obra conforme a derecho (“conforme al derecho funcional”), extremo este último que debe ser acreditado (positivamente) por el juez¹⁵. Y en este sentido, su mención expresa aparece como superflua, pues se limita a poner de relieve una exigencia ya presupuesta en el § 53 StGB -regulador a la sazón de la legítima defensa-, a saber, sólo es antijurídica, y en su caso punible, la resistencia ejecutada contra la actuación funcional legítima¹⁶. Establece así WELZEL una rigurosa correspondencia entre la legitimidad de la actuación del cargo por una parte y la antijuricidad de la resistencia por otra y a la inversa¹⁷. Si la actuación del funcionario ejecutor de los tribunales (*Gerichtsvollzieher*) se atiene a los presupuestos de legitimidad de un acto de ejecución, las acciones por él desarrolladas susceptibles de integrar algún tipo serían legítimas y la resistencia del deudor antijurídica. Al contrario, si su proceder no está amparado por el derecho de su cargo (*Amstrecht*), entonces las acciones típicas en las que incurriera (*allanamiento de morada, daños, coacciones*) serían antijurídicas y la resistencia del deudor estaría justificada como legítima defensa¹⁸.

En virtud de ello, en las hipótesis de error sobre la *Rechtmässigkeit* nos hallaríamos ante un error sobre el carácter antijurídico de la resistencia, a considerar con arreglo a los principios de la teoría de la culpabilidad como error de prohibición (error impropio de prohibición dada la correlación que WELZEL establece con la causa de justificación de

¹³ A la hora de proceder a su elaboración WELZEL se basa en la obra de v.HIPPEL, el cual ya en su *Lehrbuch* había acentuado la naturaleza especial de la palabra *Rechtmässigkeit*. No pertenecía al tipo del §113 sino caracterizaba o expresaba la antijuricidad de la resistencia. Véase, KUNERT, *Die normative Merkmale...* pp. 63/4. Destaca la influencia de v.HIPPEL, entre otros, KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 253.

¹⁴ WELZEL, “Der Irrtung...”, p. 20; KUNERT, *Die normative Merkmale...*, pp.63/64.

¹⁵ WELZEL, “Der Irrtung...”, p. 20; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp.4/5.

¹⁶ WELZEL, “Der Irrtung...”, p. 20; del mismo “Die Regelung... p. 226; S p.118; ROXIN *Offene Tatbestände...* pp.4 y 61: el contenido total del elemento “legitimidad” estaría cubierto por otro concepto, la legítima defensa que cumpliría ya su misión; en esto se sustentaría su prescindibilidad; KAUFMANN, *Lebendiges und Totes...*, p.257.

¹⁷ WELZEL, *Ibidem*. Véase asimismo KUNERT, *Die normative Merkmale...* p.64.

¹⁸ WELZEL, *Die Regelung...* p.226. Destaca HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, p. 299 apoyándose en KAUFMANN, *Lebendiges und Totes...* p. 257 (también citada como *Normentheorie*), que tras esta construcción se escondería una simple remisión al juego normal de las causas de justificación.

legítima defensa¹⁹). En caso de error invencible se excluiría absolutamente la sanción penal, mientras que si el sujeto pudo evitar sustraerse a dicho error, se castigaría el delito como doloso pero de forma atenuada²⁰.

La teoría de WELZEL fue objeto de críticas por la doctrina alemana²¹. La objeción capital radicaba en el desconocimiento que mediante la misma se producía del sentido primordial del tipo (en cuanto tipo de injusto): describir exhaustivamente toda la materia de la prohibición en orden a que el ciudadano pueda reconocer qué comportamiento está prohibido y cuál está permitido. Solamente este modelo de tipo (cerrado) satisfaría las exigencias del principio *nullun crimen sine lege*²². A pesar de ellas es innegable que la solución del error de prohibición que proponía en sede del §113 StGB se mostraba más satisfactoria y equilibrada desde el punto de vista práctico que sus dos antecesoras²³ y en este sentido se puede afirmar que cumplió un importante papel de cara a proporcionar una aceptable vía de escape al laberinto interpretativo en el que estaba sumido el citado parágrafo.

Entre las críticas vertidas contra dicha teoría sobresale la efectuada por ROXIN, que de manera pormenorizada la analiza en su libro *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. Seguidamente pasamos a explicarla.

3.1 La Crítica de Roxin

Según este autor los puntos débiles que presenta la teoría de WELZEL se pueden sistematizar en tres planos: el conceptual, el intrasistemático y el dogmático²⁴.

En el primero de ellos este autor trata de contrastar la adecuación de los criterios sustentadores de la teoría con la fenomenología real. Así ROXIN refuta los tres presupuestos sobre los que se asentaba: la ausencia de efecto indiciario de la antijuricidad; la necesidad de

¹⁹ Véase KAUFMANN, *Lebendiges und Totes...* p.259.

²⁰ WELZEL, "Der Irrtung..." pp. 19/20; del mismo *Der Irrtung über die Zuständigkeit...*, p.135; También en la Gran Comisión, *Niederschrichten* 5 Band. p.98 y ss. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht* p. 191; KAUFMANN, *Lebendiges und Totes...*, p.259; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp 22 y 23; KUNERT, *Die normative Merkmale...*, pp.63 y 64.

²¹ Una amplia panorámica de las opiniones a favor y en contra se halla en ROXIN, *Offene Tatbestände...* pp. 15 a 17.

²² Véase en el parecer de muchos, LENCKNER, "Vorbem §§13ff(66)" en *S-S* 25 Aufl., 1997.

²³ Con ella se lograba en palabras de WELZEL, *JZ*, p.20 que la actividad del funcionario ejecutor disfrutara de la necesaria protección penal pero no a costa de la lesión del principio de culpabilidad; (el signo de exclamación es de WELZEL).

²⁴ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 53 y ss.

una valoración judicial positiva de la antijuricidad y su incapacidad para describir el hecho sino sólo el deber jurídico del autor²⁵.

Respecto a la ausencia de efecto indiciario, ROXIN demuestra que en muchos tipos abiertos está presente en igual medida que en los cerrados. En cuanto a la determinación judicial positiva de la antijuricidad frente a la negativa de los tipos cerrados, la misma dice ROXIN, no conforma una diferencia esencial pues únicamente es fruto del desplazamiento del ángulo visual desde el sujeto de la acción al objeto de la acción. En los tipos cerrados se dirige la mirada, cuando se quiere comprobar la antijuricidad, al autor y se afirma negativamente (no existe para él causa de justificación); en los tipos abiertos por el contrario la visión se dirige al objeto de la acción, la ley (&110) el funcionario (&113), y se dice positivamente: la ley es jurídicamente válida, el funcionario obra conforme a derecho. De esta forma se pondría en cuestión la delimitación de los elementos del deber jurídico y de las causas de justificación. Por tanto, en uno u otra clase de tipos puede darse un juicio negativo o positivo dependiendo de la perspectiva de la que se parta²⁶.

También la carencia de virtualidad o valor descriptivo en estas características sería un postulado falso. Si el concepto de descripción no se limita, como antaño, a las circunstancias descriptivas, sensorialmente perceptibles (idea que comparte el propio WELZEL) entonces tendremos que afirmar que elementos como “competente”, “reprobable” o “legal” describen objetivamente la materia de la prohibición. Por ejemplo las palabras “en ejercicio legítimo de su cargo” en el &113 *StGB* introducen en la descripción del hecho todas las situaciones en las cuales un funcionario está autorizado a intervenir según prescripciones de Derecho público. Por ello, si se sustrae a estos elementos íntegramente del tipo, se les priva de esta función (descriptiva) y resultaría que la conducta prohibida no estaría descrita (especificada) de forma agotadora en ninguna parte, lo que difícilmente podría compaginarse con el principio “*nullum crimen sine lege*”.²⁷

En el segundo plano, el intrasistemático²⁸, ROXIN trata de sacar a la luz las incongruencias de dicha teoría con la concepción finalista de la teoría jurídica del delito que patrocina WELZEL. De resultados de su estudio llega ROXIN a la conclusión de que los tipos abiertos permanecen extraños, ajenos a los pilares sobre los que se asienta el sistema

²⁵ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 53/54.

²⁶ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 54 y ss.

²⁷ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 58 y ss.

²⁸ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 86 y ss.

welzeliano. En primer lugar, contradicen el concepto personal del injusto pues al sustraer al tipo de toda relación con lo injusto se está ignorando el decisivo desvalor de acción y por consiguiente la actividad final y la actitud del delincuente respecto al hecho, lo que provocará la objetivación de la teoría del injusto en similares términos a los postulados por la doctrina clásica. En segundo lugar, en los tipos abiertos está presente una concepción descriptivo-naturalista del tipo incompatible con el contenido valorativo del mismo defendido por WELZEL. Conociendo las circunstancias de estos tipos, el autor no capta el sentido propio que corresponde a la acción en la vida social, pues se extrae del tipo o de la descriptividad la circunstancia decisiva para la valoración del hecho (en nuestro caso la legitimidad en el ejercicio del cargo). En tercer lugar, la esencia de la materia de la prohibición en la concepción de WELZEL es proporcionar al ciudadano el conocimiento de los comportamientos prohibidos. Los tipos abiertos ponen en tela de juicio este pensamiento al no proporcionar al autor una norma de comportamiento clara y utilizable.

En último término, esta teoría se encuentra en franca contradicción con la función general asignada al tipo por WELZEL: destacar del conjunto de sucesos vitales jurídicamente relevantes aquellas acciones relevantes para el derecho sujetas a valoración jurídico-penal.

En la denominada crítica dogmática²⁹ ROXIN resalta el incumplimiento por parte de los tipos abiertos de las funciones esenciales que todo tipo tiene asignado: la sistemática, la de garantía (emanada del principio de legalidad, art 103 GG) y la dogmática (diferenciadora de los diversas especies de errores-tipo/prohibición-).

IV-LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO

Fruto de su exhaustivo análisis crítico de la teoría de WELZEL, ROXIN llega a la conclusión de que no existen los pretendidos tipos abiertos, pero sí por el contrario los elementos de deber jurídico³⁰. Sin embargo, estos elementos no fueron correctamente caracterizados ni descritos por WELZEL. Según ROXIN en casi todos ellos, entre los que se cuenta la “legalidad” del § 113 StGB, nos hallaríamos ante elementos normativos de valoración jurídica³¹ que se singularizan respecto a los demás de su especie por su peculiar

²⁹ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 106 y ss.

³⁰ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp 187 y ss y *passim*.

³¹ Como por ejemplo el concepto de “documento” (*Urkunde* & 267) “matrimonio” (*Ehe* & 171 y 172); “préstamo” (*Darlehen* & 302 a)...ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p. 76. Respecto a la lista confeccionada por

relación con la antijuricidad³². Además de describir el hecho, contienen en sí tal contenido de normatividad que expresarían por sí mismos la antijuricidad global del hecho³³ con lo que su conocimiento implicaría necesariamente la conciencia de la prohibición. De esta guisa, no podrían ubicarse, como pretende la opinión anterior, en el plano de la antijuricidad sino más bien habría que diferenciar en el seno de los mismos, entre la parte determinante del injusto, el sustrato del juicio del injusto, que se incluiría en el tipo, y el elemento que contiene la antijuricidad formal, el cual pasaría a formar parte de la antijuricidad³⁴. Con esta operación, se lograba clarificar su posición sistemática así como solucionar los problemas que de ellos surgen en relación al error y a la tentativa³⁵. A estos elementos los denomina ROXIN “elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad (*gesamtatbewertende oder rechtswidrigkeitsumschliessende Umstände*)³⁶”.

Por tanto, la expresión “ejercicio legítimo del cargo” del §113 *StGB* pertenece tanto al tipo como a la antijuricidad³⁷. Introduce en la descripción todos los presupuestos bajo los cuales un funcionario está autorizado a intervenir en determinadas situaciones de acuerdo a las prescripciones de Derecho público, pero al mismo tiempo atesora la valoración total de la acción de resistencia³⁸. Si el autor yerra sobre estos presupuestos justificadores de la intervención estará incurriendo en un error de tipo; inversamente si los conoce perfectamente pero piensa que la actuación del funcionario es antijurídica y no tiene el deber de tolerarla nos

WELZEL no ostentarían esta naturaleza, “la reprobabilidad” que se contienen en los parágrafos 240, II (coacciones) y 253, II (extorsión). ROXIN *Ibidem*.

³² ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p.121 y ss; ENGISCH, “Die normativen...”, p.157.

³³ ENGISCH, *Ibidem*; SAMSON, “Vor. §32, 36” *SK*. Fue mérito precisamente de WELZEL Y ARMIN KAUFMANN llamar la atención por primera vez sobre la peculiar vinculación de estos elementos típicos con la antijuricidad. ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p.82.

³⁴ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp.135 y 188. También en su Tratado: *Derecho penal. Parte general*. T.1: fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, 1997(traducción de la 2ª ed.alemana y notas por LUZÓN/DÍAZ/DE VICENTE), pp.300/1. En el mismo sentido JESCHECK, *Tratado...*, & 25.II.2 y &29.II.c. Los elementos de valoración global del hecho deben descomponerse, de un lado, en sus partes concernientes a los fundamentos del juicio de valor (descriptivo y normativo), y de otro en el propio juicio de valor; los primeros pertenecerían al tipo, pero el juicio de valor pertenece a la antijuricidad.

³⁵ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p.188. Este es el modo, afirma JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, PG*, 4ª ed. (trad. de Manzanares Samaniego), Granada, 1993, & 25 I II, mediante el cual los mencionados elementos se integran en el sistema del Derecho penal sin tensiones frente a los problemas del error o de relación con las causas de justificación. En esta misma dirección la doctrina dominante.

³⁶ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p.82.

³⁷ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p.82.

³⁸ ROXIN en toda su segunda parte de *Offene Tatbestände...*, pp. 54 y ss; especialmente, pp. 60 y 133.

encontraremos ante un error de prohibición³⁹.

Así, si alguien resiste al embargo realizado conforme a derecho por un funcionario judicial ejecutor creyendo erróneamente que se trata del propio juez, obra en error de tipo. Lo mismo acaecería cuando alguien resiste a una detención policial, en la creencia (equivocada) de que ha realizado previamente una contravención y no un delito. Otra cosa distinta sucedería si v.gr. se negase a acreditar su personalidad al sentirse inocente o si se opone al embargo de cosas inembargables, cuando el “*Gerichtsvollzieher*” (funcionario ejecutor de los tribunales) ha obrado dentro del ámbito de su arbitrio (conforme a deber)⁴⁰. En este segundo tipo de casos lo que se produce es una valoración jurídica falsa del hecho total no pudiéndose excluir el dolo⁴¹.

Esta solución, según ROXIN, colmaría no sólo exigencias dogmáticas elementales (principio de culpabilidad) sino que contribuiría también a enjugar las necesidades prácticas del §113 esgrimidas por el Tribunal del Imperio y la Corte Federal a la hora de decantarse por la “tesis de la condición”, a saber, la protección bastante del funcionario ejecutor⁴². Ello es así pues en la hipótesis de apreciación de un error de tipo la aparente “desprotección” del funcionario no sería tal por varios factores entre los que cita ROXIN: -la subsistencia de amenaza de responsabilidad civil del autor y su capacidad disuasoria ante una resistencia precipitada; -la infrecuencia de la producción de esta clase de errores.

La concepción de ROXIN confluye con la de WELZEL en la vinculación del requisito en estudio a las causas de justificación. También ROXIN opina que en este caso concreto la mención de la legitimidad es superflua pues su tarea ya es cumplida por otro concepto, en este caso la defensa necesaria (el que resiste a un funcionario que obra antijurídicamente estaría en todo caso amparado por dicha causa de justificación)⁴³. Por tanto, ambos autores someten al

³⁹ GASSMANN, *Die Rechtmässigkeit...*, p.53. Al mismo resultado (error de tipo/prohibición) había llegado ya v.WEBER, GA 1953, pp.163 y ss mediante la consideración de “la legitimidad en el ejercicio del cargo” como un concepto complejo (*komplexbegriff*) el cual abarcaba tanto elementos del tipo como también su valoración. Cfr entre otros BLUMENBERG P., *Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt*, Diss. Göttingen, 1969, p.89. n.3. También sostuvieron la dualidad del error, aunque sin admitir la teoría de los elementos del deber jurídico: KAUFMANN., *Das Schuldprinzip...*, p.253 y LANGE, en *KOHLRAUSCH-LANGE StGB Anm. VI al §113* que consideran la antijuricidad del acción del cargo como una causa de justificación.

⁴⁰ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp. 139/40.

⁴¹ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, p.140.

⁴² ROXIN, *Ibidem*.

⁴³ ROXIN, *Offene Tatbestände...*, pp.54/55; p.98. En otra parte de su obra (p.104) afirma que “en legítimo ejercicio de su cargo...” en su aplicación negativa constituye sólo un resumen previo -en sí mismo innecesario- de todas las causas de justificación existentes.

error sobre la “legalidad” a un tratamiento paralelo al del error sobre las causas de justificación. La disparidad de soluciones vendrá motivada por la aplicación de la respectiva teoría de la culpabilidad, estricta y limitada, que cada uno de ellos defiende⁴⁴.

V-RECAPITULACIÓN

A lo largo de la exposición se ha analizado la teoría de los tipos abiertos de WELZEL y la de los elementos de valoración global del hecho de ROXIN. Hemos pretendido demostrar que en el surgimiento de la teoría de WEZEL tiene mucho que ver la problemática generada en la doctrina y jurisprudencia alemana en la intelección del requisito de legalidad que incorpora a la descripción del tipo de resistencia el Código Penal imperial de 1871⁴⁵. Frente a las dos opciones extremas, la liberal ciudadana y la defensista estatal, llega WELZEL a una solución más ponderada, intermedia, mediante la aplicación de su doctrina de los elementos del deber jurídico presentes en los que el cataloga de tipos abiertos. Esta doctrina que toma cuerpo respecto a este controvertido requisito⁴⁶ posteriormente va a ser extendida a otros conceptos problemáticos presentes en el articulado del *StGB*. Sin embargo, dicha teoría como tal, entendemos, no puede ser aceptada. En este sentido compartimos las críticas efectuadas en su día por ROXIN y la reinterpretación y corrección efectuada por el mencionado penalista a través de la categoría de los “elementos de valoración global del hecho o abarcadores de la antijuricidad; posicionamiento el nuestro que ya tuvimos ocasión de fundamentar más detalladamente en contribuciones anteriores.

⁴⁴ Así especialmente lo pone de manifiesto BLUMENBERG P., *Die Rechtmässigkeit...*, pp. 86 a 89.

⁴⁵ Véase a este respecto nuestra monografía sobre el delito de atentado, citada *supra* pp. 105 y ss.

⁴⁶ Así en el primer artículo de WELZEL Der “Irrtung über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung” JZ 1952 pp. 19 y ss). Nótese que la hora de proceder a su elaboración WELZEL se basa en la obra de v.HIPPEL, el cual ya en su *Lehrbuch* de 1932 había acentuado la naturaleza especial de la palabra *Rechtmässigkeit*. No pertenecía al tipo del §113 sino caracterizaba o expresaba la antijuricidad de la resistencia (Véase, *supra*). Esta dato refuerza nuestra opinión de que la génesis de la teoría de los tipos abiertos debe situarse en la comprensión del requisito de “legalidad” del §113 *StGB*

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. EVOLUCIÓN DOCTRINAL. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

FRANCISCA JUÁREZ VASALLO
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Ávila

Resumen: No se pretende con esta breve comunicación aportar más conocimiento científico sobre la doctrina de la imputación objetiva del que ahora existe, únicamente realizar un somero repaso a la historia de la teoría de la imputación objetiva: sus orígenes, su introducción en la ciencia jurídica española y su evolución a través de la doctrina y la jurisprudencia hasta llegar a la actual concepción de ésta que se refleja en las últimas sentencias del Tribunal Supremo.

I. LOS ORÍGENES DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA JURÍDICA ESPAÑOLA.

La construcción de la teoría de la imputación objetiva constituyó un cambio radical del sistema de la Teoría del Delito basado en el concepto causal de la acción dado que la teoría finalista de Hans Welzel no consigue, con el criterio de la finalidad ontológicamente fijado, resolver los problemas que surgen en el marco del nexo objetivo entre acción y resultado¹.

El concepto de imputación objetiva procede, según el profesor Diego Luzón Peña, de Larenz, Honig y Engisch (1927, 1930, 1931), que, acudiendo a la teoría de la imputación de Hegel, formulan una exigencia, basada en criterios teleológicos, de que la causación del resultado sea “adecuada” y por ello le pueda ser “imputada objetivamente” a la acción².

Otros autores sitúan su nacimiento en 1970 cuando el jurista alemán Claus Roxin, desde el sistema funcionalista teleológico del derecho penal y en un libro homenaje a Honig, plantea su vinculación con el criterio de “creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico”. Lo hace porque considera que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas “acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas, etc.”.

En efecto, la doctrina tradicional se asentaba en la idea de que bastaba constatar que entre la conducta y el resultado mediaba una relación de causalidad para hacer responsable de

¹ Así lo asegura MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. en su obra *La Imputación Objetiva del Resultado. Una primera aproximación*. P.5. Cuadernos de Derecho Judicial 26-1994

² Según lo cita LUZÓN PEÑA, D. en su libro *Curso Derecho Penal Parte General*, Universitas, Madrid, 1996, Cap. 15 . Sección 1ª. P.1

éste al autor de aquélla. En los casos en que la responsabilidad del actor parecía inaceptable a pesar de que su conducta hubiera contribuido a la producción del resultado, se pretendía exonerarlo de responsabilidad acudiendo a la inexistencia de dolo o imprudencia. El criterio con que durante mucho tiempo vino operando la teoría de la condición, dentro de la relación causal, fue el de la *conditio sine qua non*, de tal manera que para determinar si una condición podía entenderse en relación causal directa con el resultado final producido, se acudía al juicio hipotético de qué es lo que habría sucedido si la misma no concurriera, de tal manera que si el resultado se hubiera producido igualmente aún en ese supuesto, el resultado no podría ser imputado al sujeto.

En evolución de esa concepción surge la teoría de la imputación objetiva, según la cual para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto, no basta con la comprobación de que una determinada conducta y el resultado injusto típico producido se hallan en relación de causalidad, siendo necesario además contestar a la pregunta de si ese resultado puede ser imputado también objetivamente a su autor, en el sentido de que el suceso causante del resultado sea contrario a la norma de prohibición que sirva de fundamento al tipo penal correspondiente. Roxin sintetizaba su teoría del siguiente modo: “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)”³.

Siguiendo a Margarita Martínez Escamilla⁴, para que un resultado pueda ser atribuido a un sujeto es necesario que el resultado a imputar constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto. De esta manera habrá que analizar dos consideraciones en orden a la derivación de la imputación objetiva: la creación de un riesgo penalmente relevante, en el sentido de peligrosidad mayor que la permitida, y la realización del riesgo en el resultado. En definitiva, habrá que determinar si el desvalor de la acción está acompañado del desvalor del resultado en base al riesgo creado.

Otro normativista, el también jurista alemán Günther Jakobs, se une a la teoría de la imputación objetiva y observa que ésta se divide en dos niveles: 1º La calificación del

³ Así lo recoge CANCIO MELIÁ, M. en su libro *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 52

⁴ Vid. la obra de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La Imputación Objetiva del Resultado*, p. 12.

comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento) y 2º La constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

Afirma el profesor Diego Luzón Peña que, en los delitos de resultado, se requiere no sólo que la acción haya influido o condicionado causalmente el resultado, sino que haya “producido como obra suya” el resultado; y esto supone que conforme a diversos criterios normativos se pueda atribuir, imputar el resultado como obra precisamente de una acción y no del azar o de otro factor, y más concretamente, como obra precisamente de la peligrosidad de la acción que la norma quiere evitar que se produzca.⁵

De esta manera se supera la teoría de la equivalencia de las condiciones, persiguiéndose que el sujeto responda tan sólo si el resultado trae causa del riesgo creado por él y no de aquéllas concausas o circunstancias concurrentes que al confluir con la suya hayan podido ser determinantes del resultado final producido.

La determinación de esta relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado se intentaba establecer en base a tres teorías fundamentales, la de la evitabilidad, la del incremento del riesgo y la del fin de protección de la norma.

La teoría de la evitabilidad establece que el sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado se habría evitado con el comportamiento alternativo correcto. Esta teoría se sustenta en el principio de que el fin de protección de la norma tan sólo tiene sentido si el sujeto activo de haberla respetado hubiera evitado el resultado; no siendo así por las circunstancias del caso, la lesión de la norma es irrelevante, no existiendo imputación objetiva.

La teoría del incremento del riesgo viene a establecer que el comportamiento imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido incrementando así la probabilidad de producción del resultado. De esta manera, si la norma infringida se considera eficaz para disminuir el riesgo de producción del resultado, deberá ser imputado al infractor, si por el contrario se llega a conclusión distinta, no se podrá efectuar la imputación.

La teoría del fin de protección de la norma pretende determinar la finalidad concreta y

⁵ Así lo afirma el profesor LUZÓN PEÑA, D. en su libro Curso Derecho Penal Parte General, Universitas, Madrid, 1996, Cap. 15 . Sección 1ª. P.1

«típica» (no en sentido penal) del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe de impedir o evitar. Así, a lo que habrá que atender para derivar la imputación del resultado es a si el resultado producido era lo que la norma de cuidado infringida pretendía evitar específicamente. De esta manera, no existirá relación entre la conducta descuidada y el resultado producido cuando éste quede fuera del ámbito de protección de la norma infringida.

Gimbernat⁶, define así la función del criterio del “fin de protección de la norma”: «Los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar por el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad». En definitiva, el criterio del fin de protección de la norma introduce la perspectiva *ex ante*, en el juicio sobre la relación de riesgo, eminentemente *ex post*. Para poder saber cuál es el fin de la norma es necesario volver sobre los motivos que llevaron a determinar ese deber de cuidado y no otro.

Es en la imprudencia donde la imputación objetiva ha tenido una mayor incidencia, posibilitando, entre otras cosas, una correcta fundamentación de la llamada "conurrencia de culpas", entendiéndola como "conurrencia de riesgos". Cuando en la producción de un resultado concurren riesgos diversos -del autor, de la víctima y/o de terceros-, la jurisprudencia, tradicionalmente, ha acudido a la "conurrencia de culpas", negando la "compensación de culpas" pero, al mismo tiempo, disminuyendo la "culpa" del autor por la concurrencia de "culpa" de la víctima (o de terceros). La cuestión estriba en que no se trata de un problema de culpabilidad, ni tan siquiera de injusto típico, sino de imputación objetiva por la confluencia de riesgos diversos en la producción de un resultado. Riesgos respecto de los que es necesario probar cuál o cuáles se han realizado efectivamente en el resultado, aplicando los criterios de la finalidad de protección de la norma y del incremento del riesgo *ex post*. Es decir, acorde con los criterios de imputación objetiva, es necesario probar qué riesgo es el que efectivamente se ha realizado en el resultado: el creado por el autor, el originado por la víctima o terceros, o por ambos. Desde una perspectiva dogmática, en estos casos, no estamos frente a una "conurrencia de culpas" sino ante una "conurrencia de riesgos" y no es un problema de causalidad sino de imputación objetiva. En consecuencia, debe analizarse: a) si el resultado es imputable exclusivamente al riesgo creado por el autor;

⁶ En su exposición Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva. GIMBERNAT ORDEIG, E. en la publicación Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Cuadernos de derecho judicial 7. 2006.

b) si, por el contrario, en parte, también es imputable al riesgo creado por la víctima (o al de un tercero); o, c) si es únicamente imputable a esta última (o al tercero). En el segundo caso, la consecuencia es que no todo el riesgo creado por el autor se realiza en el resultado, por lo que, aun cuando *ex ante* su conducta pudiera calificarse como imprudencia grave, *ex post* deberá calificarse como leve. Es así porque sólo una parte de ese riesgo creado se ha realizado efectivamente en el resultado, siendo este último también imputable a la conducta de la víctima, o en su caso, a la de un tercero o a circunstancias externas (atmosféricas, del estado de la calzada...).

Se introduce, pues, otro criterio que permite excluir la imputación: el principio de la propia responsabilidad o de la autopuesta en peligro, en casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su acción⁷.

Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la “prohibición de regreso”, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

En materia de complicidad, se habla también de la teoría de los actos neutrales, denominando dichos actos neutrales o neutros, cotidianos o estandar, a aquellas conductas que reúnen los siguientes requisitos⁸: 1.- Se trata de conductas que favorecen o facilitan causalmente la realización del hecho delictivo por parte del autor. 2.- Se trata de conductas cotidianas, estandar o estereotipadas, o efectuadas conforme a un rol social concreto. 3.- Aparentemente, su fisonomía objetiva es de licitud o inocuidad. 4.- Cuestión distinta es que el autor pueda servirse de esa aportación o prestación para cometer el delito -de forma más o menos alejada en el tiempo y en el espacio-. Esto es, que el autor anude fácticamente su obrar al hecho precedente, sirviéndose de él. 5.- Adicionalmente, la aportación, prestación, servicio, conducta, puede producirse en contextos muy regulados o estandarizados, que pueden incluso hacer jurídicamente obligatoria dicha prestación (el caso de quien paga una deuda, sabiendo

⁷ Vid. en ese sentido la STS 1253/2005, 26 octubre.

⁸ Así lo afirma GARCÍA ALBERO, R. en su Ponencia: Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales. Cuadernos Digitales de Formación 36.2009

que el dinero será utilizado, por ejemplo, para contratar a un sicario con el que matar a la esposa).6.- El sujeto puede que desconozca el destino concreto de su aportación, lo que en definitiva hará el autor con ella. Este es el caso más habitual.

En realidad, lo que permite hablar de pacífica neutralidad es lo que conocemos como "riesgo permitido" o actuación conforme al rol. Feijóo Sánchez sostiene también que la conducta sólo pierde la neutralidad cuando por sí misma y en su contexto, tiene *el sentido o significado objetivo de facilitar la futura comisión del delito, precisando que el comportamiento del partícipe pueda interpretarse como vinculado, asociado, comunicado o acoplado a la realización del tipo, de manera que pueda verse el riesgo típico o la realización del tipo como fruto de una organización delictiva*.⁹ Jakobs señalará que la conducta neutral se caracteriza justamente por moverse dentro de los límites de su rol, mayoritariamente de su rol profesional, aun sin excluir el simple rol de ciudadano. Se conviene, en fin, en que la neutralidad se pierde cuando el profesional introduce modificaciones de conducta habituales en forma de nuevas prestaciones, ajenas a la actividad que le es propia -lo que puede ser contemplado como interposición de una condición para la consecución de un fin criminal-, o cuando crea o adapta las actividades mismas a finalidades no neutrales o a proyectos delictivos ajenos¹⁰.

La teoría de la Imputación objetiva se introduce en España a través de Jakobs, Fernando Pantaleón y otros reputados autores de la doctrina científica. Se recepciona en primer lugar, a principio de los años 80 del pasado siglo, por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el campo penal, del cual pasaría al civil.

En efecto, en la doctrina civil y según la última exposición de Díez Picazo, los criterios propuestos para establecer o excluir la imputación objetiva son los siguientes¹¹:

1º. *Riesgo general de la vida*. Si el curso causal que conduce a un resultado lesivo ha sido puesto en marcha por un autor mediato, pero en él, posteriormente, han intervenido acciones de terceros que resultan modos de actualización del riesgo habitualmente ligado a la

⁹ FEIJÓO SANCHEZ: Límites a la participación criminal, p. 80. n. 47

¹⁰ Así lo afirma GARCÍA ALBERO, R siguiendo a HASSEMER, Professionelle Adäquanz, en su Ponencia: Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales. Cuadernos Digitales de Formación 36.2009.

¹¹ Según los cita DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. en su Ponencia: La "recepción" del principio de imputación objetiva y el criterio de la probabilidad cualificada en la última jurisprudencia civil, en la Publicación Jurisprudencia civil (2005-2007): análisis crítico. Estudios de Derecho Judicial 133. 2007

existencia natural del dañado o a los que se desencadenan en la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente, no se deben imputar los daños al autor mediato. Por ejemplo, no se pueden imputar objetivamente a quien causó heridas leves a otro, los daños que éste haya sufrido en un accidente de circulación en que se vio envuelto el taxi que le llevaba al hospital.

2°. *Prohibición de regreso*. No debe imputarse objetivamente a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero. En estos casos se habla de "prohibición de regreso", para expresar la idea de que, en la imputación objetiva, no se puede "regresar" desde el tercero que dolosa o culposamente intervino causando el daño hasta el que desencadenó el curso causal, por más que hubiera sido condición *sine qua non* del daño.

La prohibición de regreso no debe incluir aquellos casos en que la conducta dañosa de tercero se haya visto decisivamente favorecida por el autor mediato y aquellos otros casos en que el autor mediato infringiera una norma cuya finalidad consistiera en prevenir o evitar la intervención del tercero. En este sentido hay, por ejemplo, responsabilidad del que tiene bajo su custodia una cosa determinada, si como consecuencia de haber abandonado la custodia, un tercero la roba o se apodera de ella.

3°. *El criterio de la provocación*. Ha sido desarrollado para resolver los problemas de imputación objetiva en dos grupos de casos, fundamentalmente.

En el primero, una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente que huía del lugar de los hechos. Los daños derivados de tales lesiones son objetivamente imputables a quien huía, siempre que pueda estimarse que la persecución fue provocada por él, en el sentido de poder considerarse una conducta irrazonable, atendida la condición del perseguidor (la policía puede y debe asumir mayores riesgos que los particulares), y tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cabo en ese momento y manera, y las probabilidades de éxito de la misma.

En el segundo grupo de casos, el dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a un tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes, o la vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aquí habrá que afirmar la imputación objetiva del daño, con independencia de que el intento de salvamento tenga o no éxito, salvo que el

mismo haya de considerarse altamente irrazonable, y por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la probabilidad de salvarlo. El culpable de un accidente de circulación en el que resulte incendiado un vehículo que en cualquier momento pueda explotar, responderá de la muerte de quien fallezca, al explotar el vehículo, cuando pretendía salvar a un niño atrapado en él; pero no de quien perezca cuando intentaba salvar las maletas. Junto al culpable de la situación de peligro, quedará obligado, en su caso, a indemnizar al dañado el titular del bien amenazado.

4°. *El fin de protección de la norma.* No pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado.

Las normas que imponen el descanso dominical, dice Pantaleón Prieto, no tienen por finalidad preservar la vida o la integridad de los trabajadores que realizan sus tareas en un punto próximo a un polvorín, que explota en domingo (cfr. S. 22-II-46). Del mismo modo, la finalidad de las normas que prohíben transportar personas en vehículos dedicados al transporte de mercancías, no es prevenir el mayor riesgo que entraña para las personas ser transportadas en vehículos que no reúnen las condiciones de seguridad, sino proteger, frente a la concurrencia, a las empresas destinadas al transporte de viajeros; por lo cual, no son imputables al transportista las lesiones sufridas por viajeros en un vehículo de transporte de mercancías, al ocurrir un accidente de circulación.

5°. *El criterio denominado de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta.* No puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso. La misma regla es aplicable en los casos en que el evento dañoso se impute a una omisión, si la acción debida no hubiera impedido el resultado dañoso y tampoco hubiera incrementado el riesgo de que se produzca.

6°. *Los supuestos de competencia de la víctima.* Aunque suelen ser examinados desde el punto de vista de la culpabilidad, pertenecen también a los problemas de imputación objetiva. Si en la configuración de un contacto social, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al

comportamiento del autor mediato. Por ejemplo, si en un ascensor, en el que claramente existe un aviso que impide que entren más de cuatro personas, los tres primeros que han entrado permiten la entrada de otros tres, es competencia de todos ellos controlar la situación, salvo que existan circunstancias especiales del propietario de la máquina.

Fuera de estos criterios, y para resolver los problemas que no encuentren solución a través de ellos, Fernando Pantaleón Prieto propone utilizar todavía, como criterio de imputación, el de la adecuación en la fórmula de Traeger, que define diciendo que *no se puede imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción de este evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión ex ante, es decir, en el momento en que el autor se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.*

II. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Decíamos en el anterior epígrafe que la teoría de la imputación objetiva se empieza a asumir por la Sala 2ª del TS alrededor de los años 80, esto es, con anterioridad al Código Penal actual aprobado por la LO 10/1995, de 23 de Noviembre. También la Sala 1ª ha aplicado la teoría de la imputación objetiva al ámbito de la responsabilidad civil. Veamos los ejemplos más representativos de ambas Salas.

Comenzamos por la clásica sentencia de 20 de mayo de **1981** (Sala 2ª) y la de 5 de abril de **1983**, ambas distinguen entre el resultado, físicamente causado por el sujeto, y la existencia de circunstancias extrañas que provoquen el que no le sea imputable. Distingue, en suma, entre la relación causal y la imputación objetiva como categorías independientes y sucesivas. Señalan que *para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal –a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones- sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquella. Es decir... la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra distinta es que para el injusto típico se requiera*

además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva; es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo del injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuentes) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; estos últimos discutidos, pero esclarecedores en materias como la de la causalidad, cuya conceptualización doctrinal sigue en evolución.

La Sala 2.^a del TS ha recogido la evolución doctrinal en materia de causalidad tal y como evidencian las sentencias siguientes: Sentencia de 27 de mayo de **1988**: *En el tema de la causalidad, la jurisprudencia siguiendo las huellas del progreso científico, distingue el juicio de imputación objetiva que reconoce la existencia de una acción típicamente antijurídica y el juicio de imputación subjetiva, de tal modo y manera que es imprescindible una relevancia jurídico-penal del nexo causal, delimitada desde la perspectiva de la tipicidad, es decir, conforme al sentido de la descripción de la figura en la ley, superando de esta manera la simple causalidad material, impropia de las notas que caracterizan al derecho penal. Hay que referirse por consiguiente y en resumen a una causalidad jurídica en la que el diseño de dicha relación de causalidad agrupa y armoniza la causación objetiva y la subjetiva, en función del delito específico de que en cada caso se trate.*

La complejidad de la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto ha determinado en algunos supuestos que aún no siendo nítidos los perfiles del nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado final de lesiones causado, se establezca la correspondiente imputación. Como ejemplo vale la STS de 26 de Febrero de **1990** en que un médico de urgencia acude a un domicilio donde es requerida su asistencia y tras diagnosticar al enfermo un principio de infarto, llama a una ambulancia para su traslado a un centro hospitalario ausentándose con posterioridad del lugar. El retraso de la ambulancia llevó a la esposa del enfermo a llamar al servicio municipal falleciendo el enfermo en el trayecto: *Para que un resultado típico sea objetivamente imputable al sujeto no es necesario que este lo cause física y materialmente, siendo suficiente, desde una perspectiva social y jurídica, que no haya puesto todos los medios para precaverlo, cuando le corresponde una específica función de evitarlo.* Se sostiene que la omisión del deber de cuidado exigible por el riesgo ante el que se encuentra el culpable, permite establecer una vinculación entre la conducta

omisiva y el desenlace final que resulta relevante para el derecho penal y que puede ser atribuida al sujeto a título de imprudencia punible en el marco de la imputación objetiva ya que la conducta omisiva si bien no ha sido totalmente determinante del resultado, sí ha contribuido suficientemente a causarlo.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1 de julio de **1991**, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, resume con una claridad meridiana la doctrina de la imputación objetiva del momento, estableciendo que en los delitos de resultado para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, que existe cuando el sujeto cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

La STS de 7 de Julio **1993** viene a reiterar la doctrina anterior reiterando que si la causalidad se define, en un primer plano, por su carácter estrictamente natural y derivado de las leyes de la experiencia, y, se restringe, en un segundo momento, por la relevancia jurídico-penal según el sentido del correspondiente tipo penal que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma, es llano que la imputación objetiva del resultado se presenta en los hechos como incuestionable al considerar que el abandono del área del quirófano por la anestesista de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó el fatal desenlace. Se dice que el hecho de ausentarse el médico anestesista del quirófano abandonando al paciente anestesiado, aumentó el riesgo de que el foco de peligro ante una contingencia sobrevenida quedara sin control por el especialista, conducta que precisamente es la que pretende evitar la norma infringida, con lo cual se está haciendo alusión al aumento del riesgo y al fin de protección de la norma. Otra STS de 26 de Abril de **1994**, en un caso similar, recoge claramente la teoría del aumento del riesgo: (...) *de ahí que la imputación objetiva del resultado a la conducta negligente del acusado fluya sin dificultad. Con su ausencia, al no poderse detectar la regresión sufrida por la paciente, incrementó de forma notable el riesgo para su salud, produciéndose un resultado que, sin duda, es*

concreción de ese incremento injustificado de riesgo provocado por su conducta. ¹²

Ya en el siglo XXI, la jurisprudencia perfecciona la teoría y analiza el principio de la autopuesta en peligro; así en las SSTS. 1611/**2000** de 19 de Octubre , 1484/**2003** de 10 de Noviembre, 1094/2005 de 26 de Septiembre se dice: (...) *es la teoría de la imputación objetiva la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consecuencias jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.* En otras, como la STS 1253/**2005**, 26 octubre, estima que se excluye la imputación objetiva: (...) *en casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad"*.

En otras ocasiones, a partir del resultado finalmente producido, la jurisprudencia analiza la ausencia de dolo respecto de éste y olvida que, independientemente de que ese resultado no sea imputable a título dolo sí existe una conducta previa dolosa que no puede subsumirse en el riesgo imprudente. En este sentido, por ejemplo, la STS 1027/2006, 26 octubre, condena por lesiones por imprudencia grave del art. 147 en relación con el art. 152, por entender que dadas las circunstancias no existía dolo, ni tan siquiera eventual respecto del resultado producido, pérdida de dientes, olvidando que empujar a una persona violentamente contra un coche constituye, al menos, una falta de malos tratos dolosos.¹³

Es importante la línea jurisprudencial de la que es expresión la STS 887/**2006**, de 25 de septiembre, en la que se califican los hechos como concurso ideal de delitos, entre el art. 150 CP y el art. 152. 1. 2.º CP , por entender que el acusado al lanzar un vaso contra la cara de otro no conocía que éste podía perder el ojo -ausencia de dolo-, aun cuando debía haber previsto ese riesgo -imprudencia-. En este caso se tuvo en cuenta el conocimiento que el sujeto tenía del riesgo concreto de que se produjera el resultado como consecuencia de su

¹² Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico. Francisco Moya Hurtado de Mendoza. 1995

¹³ Así lo expresa CORCOY BIDASOLO, M. en su Monografía: *Repercusiones de la jurisprudencia del TS en la doctrina penal.*

conducta¹⁴. Esta resolución no se contradice con la STS 683/2006, 26 junio, en la que sí se imputa el resultado de la pérdida de un ojo a título doloso, puesto que los hechos son diferentes, ya que el acusado no lanza el vaso sino que golpea con el vaso en la cara de la víctima. En otro sentido, STS 1027/2006, 26 octubre, aprecia únicamente delito de lesiones del art. 147 CP, por imprudencia grave cuando es evidente que existe un riesgo doloso de lesiones en quien lanza a una mujer, de pequeña complexión y peso, contra un coche.

Respecto de la responsabilidad civil, en tanto que se trata de responsabilidad objetiva sí que es suficiente la prueba de la causalidad, no siendo necesaria la prueba de la relación de riesgo. A *sensu* contrario no se puede imponer responsabilidad civil derivada de delito, por daños que no sean causales respecto del hecho típico cometido por el autor. En este sentido, STS 1253/2005, 26 octubre, establece: "En efecto únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de un delito o falta. La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos. Por ello no todo daño y perjuicio puede ser asociado al delito, hay que probar que entre éste y aquellos haya la correspondiente relación de causalidad". Un caso límite se suscita cuando los daños indemnizables no son el resultado material del delito por el que se condena pero sí son imputables objetivamente a ese delito.¹⁵

En la STS de 26/09/2005 se imputa a los acusados las lesiones autoproducidas por la víctima al huir de sus atacantes: (...) *El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad". Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es*

¹⁴ Vid. en este sentido la STS 474/2005, de 17 marzo

¹⁵ Vid. en ese sentido, STS 1094/2005, 26 septiembre.

concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal pero éste no puede formar juicio al respecto sino sobre la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados.

En el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la libertad moral fue la desencadenante de las lesiones sufridas. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad, si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales que, por lo tanto, deben considerarse vinculados objetivamente imputables a la acción del acusado.

En la STS 742/2006, de 14 de febrero, y con fundamento en el criterio de la prohibición de regreso se niega la imputación del evento dañoso al médico primero que atendió a una paciente que posteriormente fue intervenida negligentemente por otro. No obstante, si la conducta del segundo cirujano se hubiera visto decisivamente propiciada por la negligencia del primero, resultaría inaplicable este criterio para excluir la imputación objetiva –excepción a la prohibición de regreso- y, por consiguiente, no se evitaría en tal caso la imputación del primer cirujano.

La sentencia 476/2009 de 7 de Mayo afirma que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta. Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de autopuesta en peligro . Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

En la STS de 12 de diciembre de **2014** (ROJ: STS 5234/2014), se aplica la imputación objetiva en un delito de estafa con referencia a los tres niveles de comprobación e introduciendo un contenido de subjetividad en la valoración objetiva del comportamiento: (...) *En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.(...) No existirá la imputación que la doctrina denomina "de segundo nivel", cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse "culpable" del error padecido. Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.(...) Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98 , para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.*

En la recientísima STS de 11 de Febrero de **2015**, Berdugo Gómez de la Torre resume así la teoría de la imputación objetiva: (...) *Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacamos señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse qué hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado. En el caso presente la determinación de la relación de causalidad no ofrece duda alguna al ser evidente el nexo causal entre la acción del acusado y el resultado lesivo producido y en cuanto a la calificación de la culpa, habrá de partirse de que en las infracciones culposas es la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar la que va a determinar la incardinación en una u otra modalidad, y de ahí que en los casos de lesiones imprudentes del artículo 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621).*

Concluye afirmando que en el caso (conductor que arranca el motor de su coche e inicia la marcha estando la víctima subida en el capó) el acusado incurrió en culpa grave, omitiendo de forma relevante y grave elementales deberes de precaución, previsibilidad y cuidado inherentes a la circulación viaria, infringiendo de manera evidente, tanto el contenido normativo de la culpa al no actuar conforme al deber exigido en el lugar y momento concretos, como el factor psicológico ya que habiendo podido prever y evitar el siniestro actuó de forma contraria al deber exigible a un conductor prudente y diligente con omisión grave de las adecuadas medidas de precaución. Sigue diciendo que: *Consecuentemente, de*

una parte, concurrieron los requisitos de previsibilidad y evitabilidad del delito imprudente. El acusado ejecutó un hecho que infringía gravemente el deber objetivo de cuidado, impuesto por las máximas de experiencia, siendo previsible que su realización provocase un resultado lesivo, y su conducta puede ser calificada de grave imprudencia, y de otra parte, conforme a la teoría de la imputación objetiva le es imputable el resultado al haber creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado para un determinado bien jurídico, constatada la relación de causalidad, siendo tal resultado la realización del riesgo creado con la conducta.

En otra reciente STS de 16 de Marzo de **2015** se niega que exista inducción al homicidio basándose en los criterios de la imputación homicida en los siguientes términos: (...) *ya que la instigación del acusado con respecto a "dar un susto" a la víctima mediante la perpetración de un robo con violencia o intimidación no presentaba ex ante para el inductor un riesgo de muerte. Y ello porque, aun siendo cierto que a tenor del desarrollo de los acontecimientos sí existía ese riesgo, toda vez que se dio el nexo causal y la relación de riesgo propia de la imputación objetiva entre la incitación y el peligro para la vida de la víctima, no consta probado, sin embargo, que el recurrente conociera las circunstancias objetivas de ese riesgo ni que fuera probable que su instigación generara un peligro concreto para la vida de la denunciante. Por todo lo cual, ha de excluirse en el inductor el dolo correspondiente a la imputación subjetiva de la tentativa de homicidio, exclusión que impide su responsabilidad penal en el exceso o desviación en que incurrieron el autor o los autores de la agresión.*

UNA APROXIMACIÓN AL DELITO DE HOMICIDIO AL HILO DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO

JOSEFA MUÑOZ RUIZ

Prof.^a Dr.^a Dpto. de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas
Universidad de Murcia

RESUMEN: El delito de homicidio, pilar sobre que se articula la protección penal del derecho a la “vida”, ha sido impermeable a las casi treinta reformas habidas en el vigente Código Penal. Sin embargo, no ha escapado al influjo innovador de la LO 1/2015, que si bien ha mantenido la clásica caracterización del tipo, en coherencia con la nueva configuración del delito de asesinato, ha introducido un subtipo agravado, con remisión expresa a las circunstancias descritas en el número 1 del artículo 140, amén de incorporar el supuesto en que el homicidio constituye además un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal. Presupuestos, todos ellos, que junto al tratamiento de la muerte por imprudencia penalmente relevante, constituyen el objeto de análisis de la presente intervención.

PALABRAS CLAVE: delito de homicidio, reforma, subtipo agravado, “persona especialmente vulnerable”, imprudencia menos grave.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1995 cambió la estructura del anterior, comenzando su Libro II con la protección del bien jurídico de mayor valor como es la vida¹. Más allá del cambio de título en el que se protegía (del Título VIII pasa al Título I) y de rúbrica (“Delitos contra las personas” se suprime por “Del homicidio y sus formas”), ha sufrido pocos cambios desde 1995, excluidos los propios de naturaleza penológica². Y es que sus sólidas bases estructurales, aquilatadas por la jurisprudencia, y la ausencia de demandas doctrinales o jurisprudenciales de renovación en esta materia, aconsejaban dejar cosas como estaban.

Sin embargo, la LO 1/2015, cuyas apuestas clave son la transformación de la estructura propia del Código Penal, con la supresión del Libro III, dedicado a las faltas, y la incorporación al sistema penal de la prisión permanente revisable -en el elenco de penas privativas de libertad-, arrastra también sustanciales cambios en diversas instituciones penales y, además, reinventa el régimen jurídico de determinadas familias delictivas. A raíz de esta norma, incluso, los delitos de homicidio y asesinato, puntales clásicos en la tutela penal del derecho a la vida, han visto tambalear su construcción tradicional, con la introducción de un régimen agravado que se instrumenta acudiendo a determinadas circunstancias que, como

¹ SERRANO GÓMEZ, A.-SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal Parte Especial*. Madrid, 2011, pág. 3.

² SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio y asesinato: modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013). En *Actualidad legislativa*, 2013, pág. 5.

más adelante se comprobará, no se apoyan en un mayor desvalor o injusto como fundamento de una dicha cualificación penal, sino en un juicio de peligrosidad del autor; y además, el legislador, en la consideración al sistema punitivo como última ratio, traspone el homicidio por imprudencia leve a la jurisdicción civil.

Precisamente al análisis del nuevo delito de homicidio dedicaré las siguientes líneas, si bien, en un estudio de estas características, me centraré en examinar las primicias más sobresalientes e indagar en las consecuencias que acarrearán la aplicación de este tipo penal, especialmente en materia concursal.

II. LA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO EN LA LO 1/2015

Como se acaba de apuntar, a pesar del elevado número de reformas operadas en el Código Penal vigente y el calado de algunas de ellas, ha sido la LO 1/2015, la que, finalmente, ha introducido importantes innovaciones en los delitos cobijados bajo el lema “Del homicidio y sus formas”. Pero, a diferencia del asesinato cuya compleja configuración se proyectaba ya en el arranque mismo de la reforma -ofrece una nueva caracterización, se amplía el marco penal y se introduce subtipo hiperagravado para “los asesinatos especialmente graves”-, en el homicidio, la modificación ha sido totalmente improvisada y huérfana de cualquier explicación justificativa en la Preámbulo. Y es que la incongruencia sistemática de que el proyectado artículo 140.1 recogiese tres circunstancias agravatorias de la figura especial del asesinato que, sin embargo, no figuraban como agravantes específicas del delito base de homicidio, que en caso de concurrir en la ejecución de un delito de homicidio común su influencia en la determinación de la pena quedaría condicionada a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas previstas en el artículo 22 del Código Penal (por ejemplo, el abuso de superioridad, cuando la víctima sea especialmente vulnerable), o como un elemento a valorar en un proceso de individualización de la pena conforme a los parámetros establecidos en el artículo 66 del Código Penal³, vaticinaba que el legislador tendría que salvar la situación haciendo que las circunstancias cualificadoras introducidas en sede de asesinato por medio del artículo 140, fuesen previstas igualmente como agravantes específicas del delito de homicidio del artículo 138, lo que,

³ Por lo que, como bien apunta el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 enero de 2013, p. 128, se consumaría la paradoja de que el que mata dolosamente no le son aplicables las cualificaciones del artículo 140.1 si en la ejecución del hecho no ha incurrido en alguna de las modalidades típicas del asesinato previstas en el artículo 139 del Código Penal

finalmente, ha hecho la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, introduciendo un segundo número en el citado tipo penal.

Al tiempo, en atención al principio de intervención mínima, y a la racionalización del uso del servicio público de Justicia, se ha adoptado el criterio de la excepcionalidad en el castigo penal de las conductas imprudentes. Con la Reforma de 2015 se produce una nueva construcción de la imprudencia penalmente relevante con resultado muerte; se sanciona una nueva escala de la imprudencia en las lesiones: se apuesta por la incorporación de las lesiones causadas por “imprudencia menos grave” y, las anteriores faltas de homicidio causadas por imprudencia leve se reconducen a la vía jurisdiccional civil.

1. El delito de homicidio doloso

El artículo 138 recoge el delito de homicidio en sentido estricto, constituyendo la estructura o armazón de los delitos contra la vida humana independiente⁴. Dado que se mantiene la definición del delito de homicidio en el número 1 del artículo 138, paso a analizar el número 2, en donde, en coherencia con la cualificación prevista para el delito de asesinato, se introduce un subtipo agravado con remisión expresa a las circunstancias descritas en el número 1 del artículo 140, además de incorporar el supuesto en que el homicidio constituye además un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal:

A) Cuando concurren alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140. En este apartado se incluyen, a su vez, tres situaciones:

1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Lo primero que llama la atención es la enredada sistematización de estos supuestos, aunque todos ellos tienen en común la justificación de su presencia en una pretendida mayor vulnerabilidad, ya sea derivada de la edad, ya de un estado físico o psíquico de cierto desvalimiento en la que se encuentran estas víctimas⁵. La “ratio “de la agravación podría radicar en la escasa o nula capacidad de la víctima para oponerse al atentado contra su vida.

Conforme a ello, dos son los supuestos que pueden agravar la pena del delito de homicidio:

⁴ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 5.

⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio y sus formas (artículos 138 y 139)”. En *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Dir. González Cussac. Coords. Matallín Evangelio-Górriz Royo. Valencia, 2015, pág. 467, señala que nada tiene que ver en cuanto a su posible vulnerabilidad de un chico de quince años con un oligofrénico profundo o con alguien paralizado a causa de una gran invalidez.

El primera cualificación prevista (“cuando la víctima sea menor de dieciséis años”), sigue la línea mantenida por el legislador de establecer una protección penal reforzada de los menores como víctimas del delito: en ocasiones previendo agravaciones específicas; en otras, agravaciones genéricas, y en otras, como circunstancia delimitadora del sujeto pasivo de cara a recibir una especial protección por parte del Derecho Penal⁶.

Pero, ¿cuál es el fundamento de esta presunción de vulnerabilidad? González Rus apela al hecho de aprovechar las condiciones de inferioridad o indefensión del sujeto pasivo que lo hacen especialmente vulnerable, y que de forma general se dan por supuestas en el tipo como fundamento de esta agravación⁷. Mientras que para Sierra López la explicación a tal límite cronológico se puede encontrar en la diferente madurez y desarrollo del menor⁸.

La segunda se refiere a que “se trate de una víctima especialmente vulnerable”. La condición de vulnerabilidad está directamente relacionada con la existencia de una reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima y ésta suele derivar exclusivamente de las características de la víctima.

La especial vulnerabilidad puede ser debida a cualquier circunstancia o condición de la víctima comprendiendo causas de incapacidad o dependencia física o psíquica que la hacen especialmente susceptible de ser agredida, restringiendo el tipo, en el caso de homicidio, a los casos de vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad⁹. Así, se requieren dos elementos: que el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable y que dicha vulnerabilidad derive de su edad, del hecho de padecer una enfermedad o una discapacidad. Y como apunta Sierra López, dada la determinación de la expresión, dicha vulnerabilidad podrá ser momentánea o permanente, física o psicológica, buscada o encontrada; y no sería necesario que el sujeto activo abusase de la situación de vulnerabilidad, sino que sería

⁶ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 6, calificaba de caótico y perturbador el sistema que articulaba nuestro legislador en el establecimiento de la especial vulnerabilidad vinculada a la edad.

⁷ GONZÁLEZ RUS, J. José. “Las lesiones”. En *Sistemas de Derecho Penal Español Parte Especial*. Coord. Morillas Cueva, Madrid, 2011, pág. 100, se refiere, en esos términos, a la agravante específica prevista en el número 3 del artículo 148 del Código Penal “minoría de edad de doce años o incapacidad de la víctima”.

⁸ Añadiendo SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 6, que la introducción de esta circunstancia debía haber sido razonada por el legislador, teniendo en cuenta que los mayores de dieciséis y los menores de dieciocho años quedan excluidos de esta especial protección en los delitos de homicidio y asesinato.

⁹ Si bien conforme a la Circular de la FGE 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la condición de vulnerabilidad está directamente relacionada con la existencia de una reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima y ésta suelen derivar de una serie de circunstancias como la edad, la enfermedad o en la situación en que se encuentra.

suficiente con que éste conociese dicha situación¹⁰.

En cuanto a la especial vulnerabilidad por razón de edad, la edad puede ser muy elevada o escasa. Atañe a niños —bebés o niños de corta edad—, y personas de edad avanzada, que tengan limitaciones físicas o psíquicas que impidan o mermen considerablemente su capacidad defensiva¹¹. Pero habrá que extraer de este supuesto los casos de menores de dieciséis años, que estarían ya recogidos en el supuesto primero; quedan incluidos entonces, en este segundo supuesto, los casos de sujetos de avanzada edad, que por razón de la misma tienen menores posibilidades de defenderse de la agresión. Esta especial vulnerabilidad debe ser probada para poder aplicar la cualificación¹².

Respecto a la vulnerabilidad por razón de enfermedad —con independencia de la edad que se tenga—, podría quedar referida a sujetos que padecen cualquier afección del cuerpo o de la mente que altere de manera duradera e importante el normal funcionamiento del organismo; esto es, una enfermedad tanto somática como psíquica; esta última acoge tanto la enajenación como cualquier alteración de las facultades mentales del sujeto¹³. No es preciso a estos efectos que la enfermedad sea incurable.

Y en relación a la discapacidad, si bien en el Proyecto de 4 de octubre de 2013 se restringía el tipo al aludir a “la discapacidad física o mental”, finalmente, la LO 1/2015 suprime dichas referencias. El legislador deja claro que la especial vulnerabilidad puede venir determinada además de por la edad y enfermedad “por la discapacidad”, excluyendo los supuestos de especial vulnerabilidad “por razón de la situación” que pasarían a ser tenidos en cuenta, en su caso, a través de las circunstancias agravantes genéricas¹⁴.

El Preámbulo anuncia que las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad y para conseguirlo insiste en que es necesario actualizar la terminología ya superada de “minusválido” e “incapaz”, incorporando los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”. De modo que, apelando a la necesidad de adaptar el

¹⁰ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 6.

¹¹ GALDEANO SANTAMARÍA, Ana. “Maltrato. Art. 153”. En *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Dir. Álvarez García. Coord. Dopico Gómez-Aller. Valencia, 2013, pág. 541.

¹² SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 4.

¹³ En efecto, propósito del delito de lesiones, SERRANO GÓMEZ, A.-SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho...*, cit., pág. 100, señalan que “enfermedad somática es toda la que afecta al cuerpo humano y equivale a la pérdida de salud, a la alteración o desviación del estado fisiológico en alguna parte del cuerpo. La enfermedad psíquica, por el contrario, afecta a lo anímico y mental por lo que con frecuencia habrá que acudir a la psiquiatría.

¹⁴ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 7.

Código Penal a la Convención Internacional auspiciada por la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre que las personas con discapacidad, justifica la reforma del artículo 25 al objeto de ofrecer “una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal”¹⁵.

A tal fin, se modifica para actualizar tales términos y conforme a ello, el nuevo artículo 25 incorpora una definición de discapacidad prácticamente idéntica a la recogida en la citada Convención. Y así define “la incapacidad” como aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; mientras que “persona con discapacidad necesitada de especial protección” es aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

En definitiva, de la configuración de esta circunstancia se pueden extraer dos conclusiones: a) Dado que el número 1 del art. 140 no establece distinción alguna en lo que a la discapacidad se refiere, en ausencia de limitación expresa, se puede decir que se aplicará la pena superior en grado a los supuestos de discapacidad física, mental, intelectual o sensorial de carácter permanente como los supuestos de discapacidad necesitada de especial protección; b) Pero, por otra parte, es innegable que la extensión del ámbito de protección penal a determinadas personas sobre la base de su mayor vulnerabilidad, mediante cualificaciones específicas en los delitos de homicidio y asesinato, supone aumentar los problemas de deslinde de esta circunstancia y por ejemplo la alevosía en el delito de asesinato. Pues como advierte Suárez-Mira Rodríguez esta nueva regulación puede acarrear importantes problemas concursales pues, constituyendo la alevosía la condición de cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que

¹⁵ En este sentido, MARTÍNEZ GARAY, Lucia. “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art.25). En *Comentarios a la Reforma...*, cit., págs. 132 y 133, señala que aunque el concepto de “incapaz” no estuviera generando problemas que justificaran una reforma es cierto que nuestro ordenamiento jurídico hace años que ha ido incorporando la terminología de la Convención de la ONU en detrimento de las denominaciones de minusválido o incapaz, y también que ello ha supuesto ir asumiendo el concepto funcional de persona con discapacidad consagrado en aquélla y abandonando anteriores definiciones más ligadas al reconocimiento administrativo de determinados grados de minusvalía.

tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin el riesgo que pudiera resultar para el ofendido, resultará que la muerte dolosa de una persona que no puede ofrecer una resistencia eficaz a causa de su corta edad o situación física o psíquica podrá incluirse tanto en las lindes del homicidio agravado como del asesinato, planteándose de entrada una situación concursal insólita¹⁶.

2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

En este caso, el legislador, sin esgrimir argumento, ha considerado meritorio de mayor reproche penal el hecho de matar a una persona después de atentar contra su libertad sexual. No obstante, a pesar de que el tenor literal del precepto se refiere expresamente a “un delito contra la libertad sexual”, entiendo que esta circunstancia cualificadora debe incluir cualquiera de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que recoge el Título VIII, de manera que sujeto pasivo del delito puedan ser tanto mayores como menores de edad.

Por otra parte, en ausencia de justificación expresa, conviene profundizar en por qué el legislador liga la naturaleza del delito precedente únicamente a los delitos contra la libertad sexual; de entrada, no se adivina razón bastante para un incremento tan importante de la penalidad de la muerte dolosa de otro basado en esa circunstancia; como apunta Mira-Suárez podría haberse considerado cualquier otro delito atentatorio a intereses personalísimos de la víctima, por ejemplo un delito contra la libertad ambulatoria como la detención ilegal o el secuestro, etc¹⁷. Sin embargo, Sierra López sugiere que la específica alusión a los delitos contra la libertad sexual puede responder a razones cirminológicas, es decir, está teniendo en cuenta a un determinado tipo de autor con un mayor grado de perversidad: al móvil sexual se une el de matar¹⁸. Aunque si la finalidad de la agravante es desincentivar el homicidio posterior a la agresión sexual con fines de eludir la identificación, podría incluirse la posibilidad de que el víctima del homicidio y del delito sexual fueran diferentes pero vinculadas como podría ser el caso de la violación de un menor de corta edad (o invidente) que no pudiera identificar al agresor y posterior homicidio de la madre o padre testigo presencial de los hechos¹⁹.

¹⁶ En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 467, subraya que si lo que se pretendía era castigar en mayor medida la muerte alevosa, ya existía y sigue existiendo el delito de asesinato; SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 7.

¹⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Del homicidio...”, cit., pág. 468.

¹⁸ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle, “El homicidio...”, cit., pág. 14.

¹⁹ Ibidem.

Siendo igualmente cuestionable el que se considere de especial gravedad la producción de la muerte de la víctima de dicho delito que es “subsiguiente” a su comisión y no la que es antecedente (para satisfacer el deseo sexual con el cadáver, necrofilia) o simultánea a la misma (por ejemplo para encontrar satisfacción sexual con la propia conducta homicida o facilitar la agresión sexual), supuestos todos ellos que se suelen equiparar en aquellos ordenamientos que atienden a tales factores en la configuración del delito de asesinato²⁰.

En cualquier caso, la aplicación práctica de esta agravante no va a estar exenta de complicaciones: es posible su concurrencia acumulativa con la de que la víctima sea menor de 16 años, víctima especialmente vulnerable y además perfectamente identificable con la circunstancia 4 del artículo 139, en su variante de “ocultación de la comisión de otro delito”, con lo que la complejidad que revisten las posibles relaciones concursales está servida.

3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Que la lucha contra la delincuencia organizada es una prioridad en las agendas políticas de nuestro país y del resto de países europeos es un hecho innegable²¹. No cabe duda que la protección de la seguridad ciudadana exige una respuesta adecuada, tanto frente a los grupos organizados, estructurados jerárquicamente como frente a los grupos o subgrupos de delincuentes que se organizan transitoriamente para periodos cortos de tiempo, incluso fines de semana, aptos para desplazarse por distintas localidades con el objetivo de cometer modalidades violentas de atentados contra la propiedad o actos de delincuencia menor (hurtos en entidades bancarias, mendicidad utilizando a menores de edad)²².

La expansión de la delincuencia organizada y diversidad de los campos de actuación de estos entes determina que la adecuada tipificación de la organización de carácter criminal se

²⁰ En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Delito de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP”. , En *Estudio crítico...*, cit., pág. 505.

²¹ Acción común 98/245/JAI, de 19 de marzo de 1998, adoptada por el Consejo por la que se establece un programa de intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada; Decisión Marco [2008/841/JAI](#) del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; Recomendación del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa a los puntos de contacto en los que se ofrece un servicio ininterrumpido de veinticuatro horas para luchar contra la delincuencia en el ámbito de la alta tecnología., etc.

²² Circular 2/2011, de la Fiscalía General del Estado sobre la Reforma del Código Penal por la LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 6. Señala que la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de “organización” y “agrupación de carácter transitorio” empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de asociación, en numerosos subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

haya venido planteando como una necesidad desde hace años. De hecho, la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, respondiendo a las necesidades de política criminal de primer orden de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones de criminalidad organizada, ha introducido expresamente la tipificación autónoma de dirección y pertenencia a organización o grupo criminal, diferenciando entre ambos conceptos y ofrece definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los artículos 570 bis y 570 ter. Pero no es ésta la única novedad que introduce la mentada LO en materia de criminalidad organizada. Son igualmente reseñables la previsión de tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización en figuras delictivas que hasta ahora carecían de la misma (art. 188.4 reformado), o la inclusión de esta misma agravación en la tipificación de nuevos delitos (art. 177 bis 6 sanciona la trata de seres humanos), y también el establecimiento del comiso ampliado cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal (art. 127.1, párrafo 2º) etc²³.

Siguiendo una línea continuista, el legislador de 2015 amplía los subtipos agravados cuya razón de ser está íntimamente relacionada con la delincuencia organizada. Así, el homicidio (y como se verá más adelante el asesinato) será castigado más duramente cuando el autor perteneciere a un grupo u organización criminal. De modo que el punto de partida en el análisis dogmático de esta circunstancia agravante pasa inevitablemente por determinar qué se entiende por “grupo u organización criminal”. El artículo 570 bis CP define la organización criminal como agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, y el 570 ter identifica el grupo criminal con la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

En mi opinión, la seguridad ciudadana debe ser un reto en la política criminal de cualquier estado pero no puede servir de excusa el legislador para la cualificación del tipo penal basada en situaciones que, si bien indiciariamente denotan mayor peligrosidad, sin embargo, no implican un mínimo aumento del injusto o un mayor desvalor. Por ello no se puede pasar por alto que del tenor literal del precepto se desprende que, precisamente, la

²³ Ibidem, págs. 7 y 8, Añade la Circular 2/2011, que cabe señalar al respecto, que el apartado 1 del artículo 570 quater ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011).

agravación tan notable de la pena obedece al aumento de injusto que supone la mera pertenencia a organización o grupo criminal del sujeto que perpetrare el homicidio; no es exigible que la muerte se produzca en el marco de las actividades violentas desarrolladas en el seno de dichos entes. Hecho que lleva a Suárez-Mira Rodríguez a sostener que esta nueva previsión penal nos sitúa ante una consideración cercana a los postulados de un Derecho Penal de autor que debiera ser ajeno al Derecho penal actual²⁴ y que Peñaranda Ramos aproxima a un “Derecho Penal del enemigo” pero no a un derecho penal del hecho que es el único compatible con un Estado Social y Democrático de Derecho²⁵. Y es que, ciertamente, el propio texto punitivo contiene ejemplos que se alejan de esta perspectiva, es el caso del número 4.f) del artículo 183, en el que el mayor reproche penal se basa, no en que el agresor sexual del menor de dieciséis pertenezca a una organización o grupo criminal sino en que la comisión del hecho delictivo tuviere lugar en el seno de la misma y que además se dedicara a la realización de tales actividades.

Por otra parte, la introducción de esta agravante también suscita importantes problemas concursales. Se producirá un concurso de normas con los artículos 570 bis o 570 ter del Código Penal en los que se sanciona automáticamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito de asesinato obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización, por lo que no podrá castigarse este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico, ya que ello vulneraría el principio non bis in idem. Por lo que parece que se sancionará sólo el subtipo agravado de asesinato, con la pena de prisión permanente revisable, entendiéndose absorbido el delito autónomo de pertenencia o dirección de grupo u organización²⁶.

B) Cuando los hechos además sean constitutivos de un delito de atentado del artículo 550²⁷.

Se ha previsto también la agravación del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad –cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o

²⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 471.

²⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Delito de...”, cit., pág. 506.

²⁶ En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial..., cit., págs. 169 y 170.

²⁷ El artículo 550 del Código Penal, tras la LO 1/2015 dispone: «1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas...»

con ocasión de ellas- con la finalidad, especialmente, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁸.

Aunque conviene recordar que esta figura también ha sido objeto de profunda reforma, como expone el Preámbulo, se introduce una nueva definición y se produce una expansión del delito. Se refleja de manera explícita que en todo caso se considerarán actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, dando visibilidad algo que, por otra parte, ya venía recogiendo la jurisprudencia mayoritaria²⁹. Si bien, tampoco faltan pronunciamientos en sentido contrario como la SAP de Barcelona 395/2008, de 23 de mayo [ARP 2008\351], que subrayan que la relación en un centro docente entre profesor y alumnos no tiene nada que ver con el orden público.

En cualquier caso, el nuevo delito de atentado, al igual que ocurre con la redacción anterior, exige dos requisitos: a) que el sujeto pasivo sea la Autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, y b) deben ser atacados “cuando se hallen ejecutando funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”. Tal expresión, subraya Sierra López, vincula el atentado con las funciones que representa el sujeto pasivo: en el primer caso, esto es, “cuando se hallen ejecutando las funciones del cargo” existirá una total identidad entre la persona de la autoridad, agente o funcionario y el órgano que encarna o representa; y en el segundo supuesto, es decir, “con ocasión de las funciones de sus cargos”, deberá producirse el ataque en atención a las funciones ya ejercidas o de las que puedan realizarse. Es más: hay unanimidad jurisprudencial en entender que el delito recogido en el artículo 550 exige un especial elemento subjetivo consistente en la “voluntad de vulnerar y menospreciar” el principio de autoridad³⁰.

En definitiva ambas expresiones recogen un requisito de legalidad en la actuación de la autoridad, sus agentes o sus funcionarios públicos. De esta forma, en caso de extralimitación de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones deberán quedar despojados de la protección penal y, de la misma manera, en supuestos de producción de un resultado de

²⁸ El delito de atentado se encuentra recogido en el Capítulo II del Título XII, en donde se incluyen conductas de oposición al ejercicio de las funciones públicas de las Autoridades, sus agentes y funcionarios públicos. Las principales novedades que incorpora el nuevo artículo 550 se reducen a dos: a) una nueva definición del delito de atentado, y b) la rebaja de los límites mínimos de la pena prevista en la figura básica (CUERDA ARNAU, María Luisa. “Atentados y resistencia (art. 550 y ss.)”. En *Comentarios a la Reforma...*, cit., pág. 1282).

²⁹ La SAP de Salamanca 10/2013, de 8 de febrero [ARP 3013\1614], condena por delitos de atentado la causación de daños en el vehículo y verja de la vivienda propiedad de un profesor y tutor de los acusados; en el mismo sentido, JP de Bilbo (Vizcaya) núm. 4, 234/2011, de 3 de octubre [ARP 2011\1227].

³⁰ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 7.

muerte en relación a éstos, también decaería la cualificación del artículo 138 del Código Penal. No obstante, nuestra jurisprudencia ha matizado los casos en que se aprecia tal extralimitación en el servidor público al no actuar ya conforme a derecho. Los casos de extralimitación leve no suponen la atipicidad del atentado³¹. Así, la SAP de Badajoz 93/2011, de 5 de mayo [JUR 2011|207496] absuelve del delito de atentado en aquellos casos en que profesora que se excede patentemente en su cometido.

Realmente la reforma del delito de homicidio afecta a la propia consideración de la muerte de una persona por otra, a la que en su caso añadiríamos las correspondientes circunstancias agravantes genéricas en caso de concurrir. Pero ¿cuál es el fundamento de esta agravación? Cuerda Arnau afirma que la agravación del homicidio trae causa exclusiva del mayor desvalor y/o reproche que el legislador vincula al hecho de que la conducta sea constitutiva, a su vez, de un delito de atentado, lo que, al menos, obliga a cuestionar la solución legislativa³². Para Sierra López, la consideración del sujeto pasivo juega un papel especial ya que la muerte de un servidor público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas tiene mayor pena que la de otra persona, no parece causa suficiente para provocar un aumento tan considerable de la pena, sobre todo porque los hechos tienen que haber sido además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550, tipo penal que precisamente tiene en cuenta las características del sujeto pasivo, haciendo innecesaria la cualificación³³.

En materia concursal, sabido es que el delito de atentado –en todo caso único aunque sean varios los agentes implicados- entra en concurso ideal con los resultados lesivos que se irroguen al sujeto pasivo de la acción, sean lesiones, sea la muerte³⁴. A partir de ahora, el tenor literal del precepto “cuando los hechos además sean constitutivos” apunta, como bien sugiere Suárez-Mira Rodríguez, a una transformación de un concurso ideal de delitos en una suerte de delito complejo en la medida en que aparece integrado por dos acciones que individualmente consideradas ya serán delictivas por sí mismas, pero que se disipan formando el mismo delito³⁵. Conclusión que no ha dejado indiferente a una parte de la doctrina. Y así, en opinión de Sierra López hay una infracción del principio non bis in idem, ya que tenida en cuenta la lesión al bien jurídico protegido en el delito de atentado (el

³¹ Ibidem, pág. 8.

³² CUERDA ARNAU, María Luisa. “Atentados...”, cit., pág.1287.

³³ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle. “El homicidio...”, cit., págs. 8 y 9.

³⁴ CUERDA ARNAU, María Luisa. “Atentados...”, cit., pág. 1286.

³⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 470.

correcto ejercicio de la función pública o como dice la STS de 27 de septiembre de 2007 “el principio de autoridad ejercido por el funcionario público con respeto y aceptación de todos y cada uno de los límites que...”, no puede nuevamente ser tenido en cuenta en el delito de homicidio. De hecho como el delito de atentado no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, si concurre se penará independientemente. En conclusión, conforme a lo establecido en la LO 1/2005 o se castiga únicamente como homicidio cualificado o como homicidio tipo base en concurso de delitos con el de atentado del artículo 550³⁶.

2. El delito de homicidio imprudente

Como es lógico, la eliminación de todas las faltas del Libro III del Código Penal, en general, y de las faltas contra las personas que recogía el Título I, en particular, ha acarreado una importante modificación del homicidio imprudente derivada de la desaparición de algunas de ellas, su conversión en ilícitos administrativos o, como es el caso, su transformación en delitos leves. En efecto, ya advertía el legislador en el Preámbulo que en su mayoría se trata de conductas tipificadas ya como delitos, que pueden incluirse en cada uno de ellos como subtipo atenuado aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencian una menor gravedad. Pero, no toda actuación culposa de la que se derive un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la descongestión judicial, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

No obstante, como bien apunta Baldoña Pasamar, a pesar de la supresión nominal de las faltas, lo que en realidad se produce es una redistribución de las mismas orientándose en el principio de intervención mínima y el objetivo práctico de facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores, que se derivan a otras jurisdicciones³⁷. Así, en relación al homicidio, se estima oportuno reconducir la actual falta de homicidio por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivas de delito el homicidio por imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142), así como el delito de homicidio por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos menos leves

³⁶ SIERRA LÓPEZ, M^a del Valle.: “El homicidio...”, cit., pág. 9.

³⁷ BALDOÑA PASAMAR, Miguel Ángel.: “La desaparición de las faltas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, en *RECPC* 16-2(2014), pág. 3.

(apartado 2 del artículo 142)³⁸. En definitiva, se recoge, pues, una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá conocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. Se distingue así entre:

A) Homicidio por imprudencia grave. La doctrina científica identifica la imprudencia grave con la imprudencia temeraria, según la denominación acuñada en el artículo 565 del Código Penal de 1973³⁹. Así, si la imprudencia se calificará como grave cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental (SSTS 228/2005, de 4 de marzo [RJ 2006\1980] y 186/2009, de 27 de febrero [RJ 2009\1672]); y el homicidio por imprudencia grave es la muerte de otro a causa de la falta de adopción de las más básicas normas de precaución y cuidado.

A efectos penológicos, se establece en párrafos separados que si la muerte resulta de la utilización de un vehículo a motor, de un ciclomotor o de un arma de fuego, se impondrá acumulativamente a la pena privativa de libertad, la correspondiente pena privativa de derechos, previsión preventivo-general y especial dirigida a la evitación del incremento de riesgos en la circulación rodada y en las actividades cinegéticas, deportivas, etc⁴⁰.

Se regula asimismo, en un tercer párrafo, el homicidio cometido por imprudencia profesional, la cual, según la doctrina jurisprudencial⁴¹, supone un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más imperdonables e indiscutibles a personas que perteneciendo a una actividad profesional deben tener unos conocimientos propios de esa actividad. Y si bien Mira-Suárez Rodríguez, distingue a su vez, la culpa del profesional, que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, de la culpa propiamente profesional identificable con la impericia (STS 1904/2001, de 23 de octubre [RJ 2001\9074]), en ambos casos se impondrá, también acumuladamente a la privativa de libertad, la pena consistente en

³⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 482.

³⁹ A propósito del delito de conducción temeraria o por imprudencia grave, vid. CORCOY BIDASOLO, M: “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”. En *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*. Dirs. Mir Puig-Corcoy Bidasolo. Coord. Cardenal Montraveta, S. Valencia, 2008, pág. 91.

⁴⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 484.

⁴¹ STS 173/2009, de 27 de febrero [RJ 2009\3240] y STS 1922/2013, de 17 de octubre [RJ 2013\7111].

la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo⁴².

B) Homicidio por imprudencia menos grave: ¿Qué es la imprudencia menos grave? Con la reforma de 2015 queda superada la tradicional distinción entre imprudencia grave y leve. La “imprudencia menos grave”, es un concepto nuevo, cuyo contenido y características habrán de ser perfilados por la doctrina de los jueces y Tribunales en su aplicación reiterada a casos concretos. La principal cuestión que plantea es ¿a qué categoría delictiva pertenece? A tenor del artículo 13.3 “son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve” y a tenor del artículo 13.4 in fine “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse leve o como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”⁴³. Pues bien, las penas con que se sanciona el homicidio por imprudencia menos grave son, o bien leves (las privativas de derechos en la extensión de tres meses a un año, así como la multa de tres meses), o bien menos graves (estas mismas penas en la extensión de un año y un día a 8 años, así como la multa de más de tres meses). Por tanto, se puede concluir, conforme a los artículos 13 y 33, que esta inédita figura constituye un ejemplo de la nueva categoría de “delitos leves”, que viene a ser un sucedáneo de las antiguas faltas. Subraya Suárez-Mira Rodríguez que es evidente que el heredero natural (o cuanto menos legatario) de la falta de homicidio imprudente, que aparecía tipificada en el artículo 621.2, no es otro que el actual artículo 142.2 del Código Penal, el cual, por una parte, ha visto incrementada la pena, que pasa de la multa de uno a dos meses a la multa de tres a dieciocho meses, aumento exponencial que, necesariamente, debe ir unido a un injusto también mayor⁴⁴.

Por otra parte, y a diferencia del homicidio cometido por imprudencia grave, el cometido por imprudencia menos grave exige, como requisito de perseguibilidad, denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Aunque, tratándose de un bien jurídico indisponible por su titular, los ataques al mismo no deberían dejarse a la voluntad del particular; y finalmente, aunque suene a broma, el artículo 140 bis permite que a los condenados por la comisión de uno o más delitos de homicidio por imprudencia grave o

⁴² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 485.

⁴³ La graduación de las penas se contempla en el artículo 33 del Código Penal, en cuyo apartado 3 considera penas menos graves tanto la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años, así como la multa de más de tres meses. En su apartado 4 se considera penas leves la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año y la multa de hasta tres meses.

⁴⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. “Del homicidio...”, cit., pág. 486.

incluso menos grave se les puede imponer además una medida de libertad vigilada⁴⁵.

III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA (Artículo 140 bis)

La previsión contenida en el artículo 140 bis supone la aplicación de una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título I.

En la redacción originaria, se hacía alusión a “los delitos comprendidos en este Capítulo”, sin embargo, el Título no está dividido en Capítulos con lo cual todo parecía apuntar que la medida quedaba circunscrita a los supuestos de asesinato, sin embargo, en su redacción final, la alusión a “los delitos comprendidos en este Título” no deja lugar a dudas: se produce una ampliación del campo de actuación de la medida de libertad vigilada a todos los incluidos en el Título I.

A pesar de los defectos que ya presentó en su día la introducción de la medida de libertad vigilada, el legislador amplía desmesuradamente con esta disposición su ámbito de ampliación, llegando incluso a posibilitar su aplicación en casos de homicidio imprudente, participación intentada (artículo 141) o participación al suicidio, lo que Suárez-Mira Rodríguez califica de “grotesco y disparatado” y muestra su total descuerdo con su imposición a quien ya ha cumplido una extensa condena⁴⁶. Mientras que Vázquez Iruzubieta, afirma que debiera ser preceptiva habida cuenta la gravedad de los delitos a que se refiere y la peligrosidad de quienes salen en libertad⁴⁷.

En mi opinión, dado que se trata de establecer una medida de libertad vigilada sucesiva al pleno cumplimiento de la pena impuesta por el delito cometido, hubiere sido más acertado determinar con mayor precisión los supuestos en los que realmente pueda llegar a imponerse la libertad vigilada.

IV. CONCLUSIONES

El régimen jurídico del delito de homicidio, al igual que otro amplio elenco de figuras delictivas, ha experimentado aceleradas variaciones a raíz de la reforma obrada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Pero, cuando la política criminal cede ante el sensacionalismo y

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem, pág. 482.

⁴⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Penal Comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo)*, Barcelona, 2015, pág. 273.

alarma social que generan hechos puntuales más que a la reflexión, y a la precipitación más que a los datos estadísticos, los cimientos de la reforma se sitúan, desde su arranque, en el punto de mira de los operadores jurídicos y difícilmente las novedades introducidas mejoran la regulación vigente. En cualquier caso, de la nueva articulación penal de la tutela del derecho a la vida, en el artículo 138 del Código Penal, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los acentuados e improvisados cambios en el homicidio, todos ellos cuestionables, dan la sensación de que el legislador, en su afán por aligerar la tramitación parlamentaria de una reforma tildada de autoritaria y expansionista⁴⁸, realiza una selección arbitraria de situaciones merecedoras de una consideración cualificada, basándose no en su mayor injusto o desvalor, sino en un juicio de peligrosidad, en lo se proyecta como una firme manifestación de la expansión represiva del derecho penal. En mi opinión, el legislador ha perdido la ocasión de proyectar una tutela penal del derecho a la vida que, inspirada en los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho, deje libre de juicios de peligrosidad la raíz de la cualificación penal.

Por otra parte, al tiempo que la transformación en delitos leves de algunas de las anteriores faltas fuerza la modificación de diversas instituciones penales, se recoge una nueva modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá la desprotección de bienes jurídicos de máxima relevancia como “la vida”, por el destierro penal de los homicidios cometidos por imprudencia leve y su remisión de al orden civil.

⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, *En Comentarios a la Reforma...*, cit., p. 34.

Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón*

MARTA PANTALEÓN DÍAZ

Estudiante y becaria de colaboración en el Área de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid (España). Socia de la FICP.

RESUMEN. En este trabajo se analizan los criterios de imputación de responsabilidad por resultados lesivos en ausencia de dolo en los ordenamientos jurídicos del *common law*. Para ello, se compara el tratamiento que reciben, en los sistemas anglosajones de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual, dos instituciones que desempeñan en estos sistemas funciones similares a las que, en Derecho continental, cumplen la imputación objetiva y la imprudencia: la causación (*causation*) y la negligencia (*negligence*). Se concluye que, en torno a estas dos instituciones, puede definirse, en el *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes que opera tanto en el ámbito penal como en el de la responsabilidad civil extracontractual, sin perjuicio de las importantes diferencias funcionales que existen entre una y otra rama del Derecho.

I. Introducción.

Aunque la imputación objetiva es uno de los institutos de la teoría general del delito que ha recibido el tratamiento doctrinal más intenso en las últimas décadas¹, algunos de sus aspectos son aún muy discutidos². Asimismo, si bien la preocupación científica por el delito imprudente – ámbito en el que la relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta con particular intensidad³ – ha experimentado un crecimiento enorme desde aproximadamente mediados de los setenta, la intensidad de los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito

* Presenté este escrito como Trabajo de Fin de Grado, en mayo de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El trabajo, que ha sido seleccionado como ponencia dentro del IV Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales (Universidad de Salamanca, 29 y 30 de junio y 1 de julio de 2015), fue dirigido por el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos, mi maestro, al que agradezco de corazón su incansable y generosísima ayuda en esta y todas mis investigaciones.

¹ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. de M. Cancio Meliá, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 9. CANCIO MELIÁ, M., *Estudios de Derecho Penal*, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010, p. 185, habla, en el mismo sentido, del inicio de “una auténtica marea de publicaciones” en la materia a partir de los años setenta del siglo pasado.

² PEÑARANDA RAMOS, E., *Tipicidad en los delitos activos: tipo objetivo*, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 146. En esta misma línea, CANCIO MELIÁ, *loc. cit.*, p. 186.

³ JAKOBS, *La imputación...*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014 p. 23. De hecho, como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, 1ª ed., Angel Editor, México D. F., 2000, p. 9, los primeros planteamientos de lo que se puede denominar ya “teoría tradicional de la imputación objetiva” tuvieron lugar precisamente en el ámbito del delito imprudente.

doloso⁴. Este trabajo trata, en este sentido, de introducir nuevos puntos de vista en algunos de los debates que todavía tienen lugar en este campo, presentando las soluciones que los ordenamientos jurídicos del *common law* ofrecen a los problemas jurídicos que plantea la atribución de responsabilidad a un sujeto por los resultados lesivos de sus acciones en ausencia de dolo.

El interés por la comparación entre los sistemas jurídico-penales continentales y anglosajones, alimentado por el proceso de integración europea, ha dado lugar a una creciente proliferación de la literatura especializada en esta materia, entre la que destaca, recientemente, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”* del profesor PIÑA ROCHEFORT⁵. Este autor se refiere al ejercicio de comparación como una “tarea titánica”⁶, por lo que opta por una algo más modesta: la descripción de uno de los sistemas involucrados (el anglosajón), sobre la base y estructura que la propia doctrina y jurisprudencia del *common law* reconocen, reduciendo los comentarios paralelos de la doctrina continental a meras propuestas orientadoras, analogías cuya única pretensión es facilitar la comprensión de las instituciones anglosajonas objeto de estudio⁷. Con esta misma orientación metodológica, mi aportación pretende ser aún menos “titánica”, en la medida en que se restringe al tratamiento de sólo dos de las piezas del sistema del *common law*. Intentaré, sin embargo – amén de profundizar en el análisis necesariamente somero que PIÑA ROCHEFORT dedica a las concretas instituciones objeto de este trabajo –, complementar su perspectiva introduciendo un segundo eje de comparación: el del tratamiento que la imputación objetiva y la imprudencia reciben en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual (*Tort Law*).

En cualquier caso, he de advertir al lector que, ante este objeto de investigación potencialmente inabarcable para un estudio de estas características, mi trabajo se limita a una exposición de los principios rectores básicos de la atribución de responsabilidad civil y penal a título de imprudencia que pueden, con carácter general, considerarse comunes a todos los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, por encima de las diferencias existentes en su

⁴ ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 996-997.

⁵ PIÑA ROCHEFORT, J. I., La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”, 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

⁶ *Loc. cit.*, p. 5.

⁷ *Loc. cit.*, p. 6.

desarrollo inglés, estadounidense – e incluso de cada uno de los Estados norteamericanos –, australiano, canadiense, sudafricano, etc. Renuncio también, en este sentido, salvo referencias ocasionales en notas a pie, a introducir siquiera las discusiones doctrinales de *lege ferenda* que se han planteado en la materia o a realizar un análisis pormenorizado de la abundantísima jurisprudencia que se ha pronunciado sobre las instituciones anglosajonas objeto de estudio, más allá de los casos paradigmáticos (*leading cases*) de obligada referencia en cada punto de la exposición.

Tras esta introducción, mi trabajo se divide en cuatro apartados. El primero de ellos (apartado II) supone un intento de mitigar, en la medida de lo posible, los riesgos que acarrea una comparación aislada o descontextualizada de instituciones entre diferentes sistemas jurídicos⁸. Trato, en este sentido, de identificar los equivalentes funcionales más próximos a las categorías continentales de la imputación objetiva y la imprudencia en el *common law* y de precisar su significado y ubicación sistemática en este último, tanto en el ámbito penal, como en el de la responsabilidad civil extracontractual. En el segundo (apartado III) y el tercero (apartado IV) desarrollo de forma algo más pormenorizada los principios que en Derecho anglosajón rigen, respectivamente, la calificación de una acción como imprudente y la imputación a esta acción de un resultado lesivo. Finalmente (apartado V) expongo las principales conclusiones de mi análisis, subrayando las principales similitudes y diferencias que pueden apreciarse en el tratamiento penal y civil de estas instituciones.

II. Algunas precisiones conceptuales: problemas de traducción y ubicación sistemática.

Este primer apartado se compone de cuatro epígrafes. En el primero, concreto el objeto de mi trabajo, que no versa, en realidad, sobre la imputación objetiva y la imprudencia tal y como se conciben en Derecho continental, sino sobre los que considero sus equivalentes funcionales más próximos en el *common law*: la *causation* (causación) y la *negligence* (negligencia). Una vez precisadas las instituciones que constituyen mi objeto de estudio, las ubico, en líneas muy generales, en los sistemas anglosajones de Derecho penal (epígrafe 2) y de responsabilidad civil extracontractual (epígrafe 3). Finalmente (epígrafe 4), concluyo identificando las similitudes estructurales que, en este punto, presentan ambos sistemas. Estas similitudes me permiten definir un “esqueleto común” en torno al que estructuro los dos

⁸ De los que advierte el propio PIÑA ROCHEFORT, *loc. cit.*, p. 5.

siguientes apartados del trabajo.

1. Imputación objetiva e imprudencia; *causation* y *negligence*.

Un trabajo titulado “Imputación objetiva e imprudencia en el Derecho anglosajón” se enfrenta inevitablemente a un serio problema de traducción de categorías, en la medida en que, en el universo del *common law*, no existen propiamente ni una teoría de la imputación objetiva⁹ ni – al menos en el ámbito penal – un equivalente funcional perfecto del concepto de imprudencia. En este sentido, he de comenzar precisando que el objeto propiamente dicho de este trabajo son, en realidad, las instituciones anglosajonas de la *causation* y la *negligence*, que, al igual que PIÑA ROCHEFORT¹⁰, he optado por traducir, respectivamente, como “causación” y “negligencia”. Esta renuncia a la elegancia en aras de la conservación de la máxima literalidad en la traducción no es arbitraria; se explica por la necesidad de desvincular estas categorías de una serie de conceptos relativamente similares pero no equivalentes, propios del Derecho continental, que podrían haberse utilizado como traducciones alternativas.

En efecto, aunque podría haber traducido “*causation*” por “causalidad” o “relación de causalidad”, con estos últimos términos suele aludirse en Derecho español – al menos desde mediados de la década de los ochenta – a la relación puramente fáctica que, como condición necesaria pero no suficiente, ha de existir entre la acción de un sujeto y un resultado para poder considerarlos jurídicamente vinculados, relación a la que se añadiría la de imputación objetiva¹¹. Sin embargo, la *causation* anglosajona, como más adelante desarrollaré, engloba,

⁹ Con esta afirmación no pretendo dar por sentada la existencia, en el Derecho continental, de una teoría de la imputación objetiva, sino simplemente indicar que no existe una categoría dogmática equivalente a esta en el Derecho anglosajón. En efecto, probablemente siga pudiendo afirmarse, con SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar: la reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, en La imputación objetiva en Derecho penal, G. Jakobs, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 21, que lo que se conoce en el Continente como “teoría de la imputación objetiva” es, todavía, más un conjunto de propuestas con orígenes sistemáticos muy diversos – y que ni siquiera coinciden siempre en sus resultados – que una teoría monolítica.

¹⁰ La estructura..., 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

¹¹ Vid., por todos, en la doctrina penalista LUZÓN PEÑA, D. M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 198-199; MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 247; y PEÑARANDA RAMOS, Tipicidad en los delitos activos..., en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico..., Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 146; y, en la civilista, Díez PICAZO, L., Fundamentos de Derecho civil patrimonial, tomo V, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 371; y LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., Elementos de Derecho Civil, tomo II, vol. 2º, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 467; y la jurisprudencia que citan.

de acuerdo con la opinión dominante, tanto esta relación de hecho (*factual causation* o *causation in fact*) como otras consideraciones de política legislativa que, una vez establecido que la acción de un sujeto es una de las causas del resultado en cuestión, determinan si aquel debe ser considerado jurídicamente responsable de tal resultado (*legal causation* o *causation in the law*). De hecho, como argumentaré, los criterios que la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas emplean mayoritariamente para apreciar la concurrencia de la mencionada causación “fáctica” probablemente serían considerados por la doctrina continental como verdaderos criterios de imputación, nada ajenos, por tanto, a valoraciones de carácter jurídico.

Estas distinciones podrían conducir a una traducción que identificara “*factual causation*” con “causalidad” y “*legal causation*” con “imputación objetiva” o, incluso – en la línea de la crítica apenas apuntada – el conjunto de la *causation* con esta última categoría continental. En el ámbito civil, donde la teoría de la imputación objetiva no se ha desarrollado hasta sus últimas consecuencias, cualquiera de estas dos traducciones sería probablemente correcta¹². En Derecho penal español, la doctrina y la jurisprudencia parten hoy, en cambio, de forma dominante, de una concepción de la imputación objetiva no referida exclusivamente, como sucede en el ámbito civil, a la imputación de un resultado lesivo a una conducta, sino también a la imputación al tipo objetivo de la conducta misma (creación de un riesgo típicamente relevante)¹³. La *causation* anglosajona puede considerarse un equivalente funcional de la imputación objetiva del resultado, pero no de la del comportamiento. Para evitar posibles equívocos en este sentido y disculpándome, de nuevo, por el uso del poco feliz neologismo “causación”¹⁴, he preferido evitar traducciones del término *causation* que lo identifiquen con cualquiera de las mencionadas categorías dogmáticas continentales¹⁵.

¹² Acoge la primera PANTALEÓN PRIETO, F., Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación, en Centenario del Código Civil (1889-1989), tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 1562, identificando la imputación objetiva con “la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones”.

¹³ Cfr., entre otros, CANCIO MELIÁ, Estudios..., 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010, p. 187; MIR PUIG, Derecho Penal..., 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 260; y PEÑARANDA RAMOS, Tipicidad en los delitos activos..., en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico..., Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 146 y 155.

¹⁴ Como también hace PIÑA ROCHEFORT, La estructura..., 1ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 31, nota 61.

¹⁵ Hay que señalar, no obstante, que el legislador penal español ya ha hecho uso de este término al referirse, en el artículo 11 del Código Penal, a la no evitación de un resultado que equivalga, según el sentido del texto de la Ley, “a su causación”. Tampoco debe identificarse la *causation* anglosajona con la causación a la que alude este precepto y que la doctrina mayoritaria, con cierto apoyo jurisprudencial, identifica con la imputación objetiva. Vid., en este sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., Tipicidad en los delitos omisivos, en F. Molina Fernández

Algo similar sucede en relación con la *negligence* anglosajona, término para el que una traducción como “negligencia” resulta, en mi opinión, especialmente apropiada. Esto es así en la medida en que, si bien puede afirmarse que esta categoría del *common law* es un equivalente funcional prácticamente perfecto de la “negligencia” a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil español, no puede alcanzarse una conclusión tan clara en el ámbito penal. En efecto, en el sistema de Derecho penal anglosajón, como enseguida desarrollaré, los casos que en Derecho español se calificarían como de imprudencia grave y consciente escapan del ámbito de la *negligence* e integran, junto a los que en nuestro sistema se considerarían de dolo eventual, una forma de culpabilidad diferente: la *recklessness* (temeridad). Esta última distinción carece absolutamente de relevancia, tanto en Derecho continental como anglosajón, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que he considerado pertinente restringir el objeto de mi trabajo al campo de aplicación – civil y penal – de la *negligence*. Renuncio, así pues, a un análisis pormenorizado del concepto de temeridad, sin perjuicio de las aclaraciones de carácter general que realizaré en el siguiente epígrafe de este apartado. En cualquier caso, debe quedar claro que la imprudencia a la que se refiere el artículo 5 del Código Penal español es una categoría con un ámbito de aplicación más amplio que el de la *negligence* anglosajona, y de ahí la escasa pertinencia de una traducción que asocie directamente ambos conceptos.

2. La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de Derecho penal.

Una vez precisado con mayor nitidez el objeto de este trabajo, creo conveniente contextualizar las instituciones que lo integran en el marco de los sistemas anglosajones de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Comenzando por el primero de ellos, la teoría del delito en el ámbito anglosajón se estructura en torno al aforismo latino *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, del que emanan los dos elementos básicos que deben concurrir para considerar penalmente responsable a una persona: el *actus reus* o elemento conductual (*conduct element*) y la *mens rea* o elemento psicológico (*mental element*). En definitiva, para lograr una condena penal, la acusación ha de probar, más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*), (i) que un sujeto se ha comportado de una forma prohibida por la ley y, en general, (ii) que ha tenido respecto de esta conducta una disposición

(Coord.), Memento Práctico Penal 2015, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 166-167 y 174-176, y la jurisprudencia que cita.

mental (*state of mind*) que el Derecho considera especialmente reprochable (*blameworthy*)¹⁶. Este esquema general sólo se rompe en el caso de los llamados “delitos de responsabilidad estricta” (*strict liability offences*), que no requieren la concurrencia del segundo de los elementos mencionados¹⁷.

En ocasiones, el *actus reus* de un crimen requiere no sólo un determinado comportamiento activo u omisivo del autor sino también la producción de un resultado concreto. En estos casos, para que concurra el elemento conductual del delito, ha de probarse – también más allá de toda duda razonable – la existencia de una relación de causación entre tal comportamiento y tal resultado¹⁸. La causación es, así pues, en el sistema anglosajón de Derecho penal, un elemento del *actus reus* de los delitos de resultado. La negligencia, por su parte, es una de las “disposiciones mentales” que pueden satisfacer el requisito de *mens rea*, junto con la intención (*purpose o intent*), el conocimiento (*knowledge*) y la ya mencionada temeridad (*recklessness*)¹⁹. Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada en dos sentidos.

En primer lugar, aunque volveré sobre este punto mucho más extensamente en el segundo apartado de este trabajo, es necesario tener presente desde este momento que la negligencia tiene, en realidad, muy poco que ver con una disposición mental. El criterio que el Derecho penal anglosajón utiliza para apreciar la concurrencia de este elemento del delito es, en efecto, completamente objetivo: una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a

¹⁶ Cfr. HERRING, J., *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 69-70; LAFAVE, W. R., *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, p. 253; y la doctrina y jurisprudencia citadas por PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 13-14. No obstante, como señala este último autor (*loc. cit.*, p. 18), la concurrencia de estos dos elementos no garantiza sin más la existencia de la responsabilidad. Es necesario, además, que no concurra alguna de las circunstancias a las que la ley o la jurisprudencia han dado capacidad de eximir de responsabilidad al agente, que se conocen como “defensas” (*defences* o, en la grafía estadounidense, *defenses*).

¹⁷ Sobre este interesante y muy discutido punto, cuyo análisis excede los límites de este estudio, pueden consultarse HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 213-233; LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 288-298; y la abundante bibliografía y jurisprudencia que citan.

¹⁸ HERRING, *loc. cit.*, p. 85; LAFAVE, *loc. cit.*, p. 351.

¹⁹ Esta es la clasificación de las formas de *mens rea* que suele utilizarse en el Derecho penal estadounidense (*vid. LAFAVE, loc. cit.*, p. 257) y, por este motivo, también la que ha sido acogida por el *Model Penal Code* (artículo 2.02.2). Aunque el esquema del Derecho británico no reconoce como forma autónoma de *mens rea* la segunda de estas categorías – el conocimiento por parte del autor de que su conducta producirá el resultado lesivo con una probabilidad rayana en la certeza –, la considera una forma “indirecta” u “oblicua” de intención, al menos en relación con el delito de asesinato. El caso paradigmático en esta materia (sobre la que puede consultarse, *in extenso*, HERRING, *loc. cit.*, pp. 137-143 y 176-180) es *R v Woolin* [1999] AC 82 (HL).

una persona razonable a la luz de dicho riesgo²⁰. A diferencia, pues, de la temeridad²¹, la negligencia no requiere que el acusado sea efectivamente consciente de la existencia de un riesgo de que su conducta produzca el resultado típico²².

En segundo lugar, hay que señalar que, aunque la negligencia es la *mens rea* de una cantidad nada despreciable de delitos en los ordenamientos anglosajones, la mayoría de ellos son – como el grueso de las *strict liability offences* – infracciones menores, de carácter regulatorio y origen legislativo (*statutory crimes*), de mera actividad, y que llevan normalmente aparejadas sanciones de carácter pecuniario²³. Los delitos de origen jurisprudencial (*common law crimes*), bien no emplean la negligencia como *mens rea*, como sucede en la mayoría de los casos, o bien cualifican este requisito, exigiendo para la atribución de responsabilidad penal una negligencia particularmente grave. Este es, muy señaladamente, el caso del homicidio gravemente imprudente (*gross negligence manslaughter*)²⁴. Esta agravación no supone, sin embargo, una alteración cualitativa del juicio básico de negligencia, sino meramente gradual: se exige una desviación especialmente grave respecto del estándar de conducta de la persona razonable, nunca una efectiva percepción por el autor del riesgo de causar la muerte²⁵.

²⁰ Cfr. PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 102. y la doctrina que cita.

²¹ En el caso *R v G and R* [2003] UKHL 50 [2004] 1 AC 1034, [2003] 3 WLR 1060, [2003] 4 All ER 765, [2004] 1 Cr App R 21, [2004] Crim LR 369, la *House of Lords* abolió definitivamente el criterio objetivo de *recklessness* que, a raíz del caso *R v Caldwell* [1983] 2 All ER 1005 (DC), había venido adoptando la jurisprudencia en relación con determinados delitos (la llamada “*Caldwell recklessness*”). Así pues, la única modalidad de *recklessness* que existe hoy en Derecho británico – que puede ser propiamente traducida por “temeridad” – es la conocida como “*Cunningham recklessness*”, así apodada por el criterio utilizado para la apreciación de esta forma de *mens rea* en el famoso caso *R v Cunningham* [1957] 2 QB 396 (CA), que exige que el autor sea efectivamente consciente del riesgo de producción del resultado lesivo que su conducta entraña. Para una explicación más detallada de esta evolución jurisprudencial y del debate suscitado en torno a ella puede consultarse HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 144-152 y 184-192. En Derecho estadounidense es una cuestión pacífica que la *recklessness* exige que el autor se represente la peligrosidad de su acción. *Vid.*, en este sentido, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 278 y 285; y la definición de esta forma de *mens rea* adoptada por el *Model Penal Code* (artículo 2.02.2.c).

²² HERRING, *loc. cit.*, p. 153; LAFAVE, *loc. cit.*, p. 279.

²³ HERRING, *loc. cit.*, p. 153.

²⁴ PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 103, presenta el castigo de esta modalidad homicida como una característica común a los ordenamientos jurídicos del ámbito anglosajón. Para una exposición más detallada de su tratamiento de *lege lata* en el Derecho británico cfr. HERRING, *loc. cit.*, pp. 273-277 y, en el Derecho estadounidense, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 837-844.

²⁵ Así lo han afirmado, respecto del homicidio gravemente imprudente en el Derecho británico, tanto la jurisprudencia – *vid. Attorney-General's Reference (No. 2 of 1999)* [2000] QB 796 (CA) – como la *Law*

3. La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual.

El sistema de responsabilidad civil extracontractual del *common law* no parte, como el español o el francés, de un principio general según el cual quien negligentemente causa un daño a otro está obligado a repararlo²⁶. En el sistema anglosajón, sólo por los daños derivados de la comisión de los ilícitos civiles (*private wrongs*) contemplados como tales por la ley – o, como sucede en la inmensa mayoría de los casos, por la jurisprudencia – pueden quienes los sufren reclamar una indemnización de quienes los causan. Estos ilícitos civiles son precisamente los *torts* (del latín “*tortus*”, “torcido”) de los que recibe su nombre la disciplina²⁷.

Pero la “tipicidad” de este sistema²⁸ queda en buena medida relativizada por, al menos, dos factores. El primero es el poder de los tribunales de crear nuevos ilícitos civiles, reconocido de forma prácticamente unánime por la doctrina²⁹, en cuya virtud las demandas de indemnización de daños y perjuicios no fundamentadas en ningún *tort* específico no tienen por qué ser, en principio, desestimadas. El segundo, y más importante a los efectos que aquí interesan, es la existencia de un ilícito con un ámbito de aplicación tan amplio que, en la práctica, tiene efectos muy similares a los de una cláusula general de responsabilidad por

Commission en su Informe (nº 304) de 2006 sobre la reforma del homicidio (punto 3.60, p. 64). Respecto del Derecho estadounidense, LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 280-283, llega, con cita de abundante jurisprudencia, a esta misma conclusión que coincide, por lo demás, con la solución acogida por el *Model Penal Code* (artículo 210.4.1, en relación con artículo 2.02.2.d).

²⁶ *Vid.* artículos 1902 y ss. del Código Civil español y artículos 1382 y ss. del Código Civil francés.

²⁷ MCBRIDE, N. J./BAGSHAW, R., *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 5-8, recogen una lista de los ilícitos reconocidos hasta la fecha en el Derecho inglés, agrupándolos en ocho categorías. De las clasificaciones incluidas en otros manuales puede inferirse que los demás ordenamientos jurídicos del *common law* contemplan un rango de *torts* muy similar, aunque casi ninguna de estas obras – ni, por lo demás, la de los autores citados – lleva a cabo un análisis pormenorizado de todos ellos. *Vid.* por ejemplo, los manuales, ya clásicos, del australiano FLEMING, J. G., *The Law of Torts*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983; o el estadounidense PROSSER, W. L., *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971. Respecto de la estructura del sistema y su evolución histórica, puede consultarse ROGERS, W. V. H., *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 51-70.

²⁸ Que, en este punto, guarda un cierto paralelismo con el alemán: *vid.* artículos 823 y ss. del Código Civil alemán, comentados por SPRAU, H., Titel 27. Unerlaubte Handlungen, en Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2013, pp. 1312 y ss.

²⁹ *Vid.*, por todos, FLEMING, *The Law...*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 5; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 7-8; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 3.

culpa: el *tort of negligence* (ilícito civil de negligencia³⁰).

El ilícito de negligencia es el único *tort* al que presto atención en este trabajo, no sólo por su destacadísima importancia en el conjunto del sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual³¹ sino, sobre todo, por ser el único de los ilícitos civiles amparados por el *common law* que exige la concurrencia cumulativa de los dos elementos objeto de mi investigación: un comportamiento negligente y un daño vinculado a él por una relación de causación³². En efecto, para que una demanda de responsabilidad extracontractual con base en el ilícito civil de negligencia sea estimada, el demandante debe probar, como mínimo, que el demandante fue negligente hacia él y que, con este comportamiento negligente, le causó (causación) un daño económicamente evaluable.

4. Similitudes estructurales: un “esqueleto común” de la responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes.

El delito negligente de resultado y el ilícito civil de negligencia no son estructuralmente similares únicamente por el hecho de incluir la negligencia y la causación como elementos necesarios de sus estructuras de imputación de responsabilidad; el *significado* de estos dos elementos es, además, sustancialmente idéntico en ambos campos. La negligencia penal sólo se diferencia de la civil en términos de grado³³. De hecho, los manuales de Derecho penal anglosajón suelen prestar una atención muy limitada a la negligencia como *mens rea*, remitiéndose directamente a las obras generales del *Tort Law* para un análisis más pormenorizado de esta institución³⁴. Respecto de la causación, la única diferencia relevante entre los órdenes penal y civil es el estándar probatorio: mientras que, en el ámbito penal, como ya señalé, esta relación ha de probarse más allá de toda duda razonable (*beyond*

³⁰ A esta ambigüedad del término “negligencia” en el ámbito de la responsabilidad extracontractual se refieren MARKESINIS, B. S./DEAKIN, S. F., *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 18. En el lenguaje del *Tort Law* pueden distinguirse, en efecto, una negligencia en sentido amplio – la que hace referencia al ilícito civil de este nombre – y una negligencia en sentido estricto – elemento de este ilícito e institución objeto de este trabajo. En adelante, me referiré a la primera como “ilícito (civil) de negligencia” y a la segunda, como vengo haciendo hasta este punto, simplemente como “negligencia”.

³¹ Los manuales en la materia contemplan este *tort* como una suerte de “parte general” del Derecho de daños.

³² Es ilustrativo, en este sentido, el diagrama en el que MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 19, clasifican los diferentes ilícitos civiles del sistema en función de los requisitos necesarios para apreciar su concurrencia.

³³ *Vid. supra* p. 9 y nota 25.

³⁴ Así, por ejemplo, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 275; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, p. 278 y nota 9.

reasonable doubt), en el civil basta con convencer al tribunal de que la probabilidad de que existiera supera a la contraria (*balance of probabilities*). Más allá de esta importante matización procesal, puede afirmarse que los criterios empleados en uno y otro caso por los tribunales para comprobar la concurrencia de este requisito son prácticamente los mismos³⁵.

Una diferencia entre ambas ramas podría radicar en el hecho de que la negligencia (*mens rea*) y la causación (*actus reus*) se encuentran en las antípodas de la estructura bipartita de la teoría del delito del *common law*, lo que conduciría, intuitivamente, a pensar que los tribunales valoran la concurrencia de estos requisitos en dos estadios diferenciados: sólo una vez comprobada la existencia de una conducta y un resultado antijurídicos causalmente vinculados debería comenzar a indagarse sobre la disposición mental del autor, y así sucede, en efecto, con carácter general. Sin embargo, las sentencias penales anglosajonas en materia de delitos imprudentes de resultado son mucho más parecidas a las de responsabilidad civil extracontractual de lo que tal estructura teórica parecería indicar³⁶. El mejor ejemplo de ello es, quizás, la sentencia de la *House of Lords* en el caso *Adomako*³⁷, el *leading case* británico en materia de homicidio gravemente imprudente. La estructura de esta sentencia es la típica de los pronunciamientos judiciales sobre el ilícito civil de negligencia, en los que primero se comprueba el carácter negligente de la conducta del demandado (aquí, el acusado) y, en un segundo estadio, la relación de causación entre esta conducta y el resultado dañoso (la muerte).

En mi opinión, las consideraciones anteriores ofrecen una base suficiente para distinguir, en el ámbito del *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes, común a los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Con esta afirmación, me limito a constatar una similitud estructural entre ambos sistemas: tanto en uno como en otro, para lograr una condena, ha de probarse, como mínimo y en este orden, en los términos que más adelante expondré, (i) la existencia de una conducta negligente (ii) una relación de causación

³⁵ A esta misma conclusión llega, en un reciente estudio comparado de ambas ramas del ordenamiento británico, STEEL, S., *Causation in tort law and criminal law: unity or divergence?*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort and Crime*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 239 y ss. Respecto del Derecho estadounidense, así lo constata también LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 356-357, que, sin embargo, critica esta homogeneidad de criterios, al menos en lo que se refiere a la *legal causation*.

³⁶ La razón de ello podría ser, precisamente, que – como señalé *supra* (pp. 8-9) y reiteraré en el siguiente apartado de este trabajo – la negligencia penal anglosajona sólo tiene de disposición mental una larga tradición histórica que, probablemente sin fundamento, la ubica todavía bajo la categoría dogmática de la *mens rea*.

³⁷ *R v Adomako* [1995] 1 AC 171 (HL), [1994] 3 All ER 79, [1994] 3 WLR 288, [1994] Crim LR 757.

entre esta conducta y un resultado lesivo. Por supuesto, este “esqueleto común” se cubre en una y otra rama de elementos completamente diferentes y que responden a sus respectivas particularidades funcionales. Esta es una idea absolutamente fundamental, sobre la que volveré a insistir en la conclusión. La definición de esta estructura común me permite, no obstante, exponer los principios rectores básicos de las instituciones objeto de este trabajo sin necesidad establecer distinciones entre estas dos ramas del *common law* más allá de las estrictamente imprescindibles. Todo lo dicho en los dos apartados siguientes de este trabajo – que se estructuran en torno al “esqueleto común” que acabo de describir – vale, pues, salvo indicación expresa en contrario, tanto para el Derecho penal como para el de la responsabilidad civil extracontractual.

Como, espero, podrá inferirse de las explicaciones que siguen de inmediato, este “esqueleto común” tiene cierto carácter especular: se comporta negligentemente quien se desvía del estándar de conducta de la persona razonable en una situación en la que (*ex ante*) es previsible causar un daño a otro y se imputa a este comportamiento un resultado lesivo sólo en la medida en que éste constituya la materialización (*ex post*) del daño que era previsible causar; la negligencia se define como la infracción (*ex ante*) de un deber de cuidado y sólo se responde (*ex post*) de resultados lesivos comprendidos en el ámbito de protección de este deber. Pero más allá de estos vagos principios generales – importantes, en mi opinión, por mucho que su valor sea más pedagógico que práctico – hay que señalar que la aproximación del Derecho anglosajón a esta materia se basa mucho más en la definición de tópicos para la solución de grupos de casos similares que en la construcción dogmática de conceptos y categorías universalmente aplicables³⁸. En este ámbito, los buenos juristas del *common law* evitan de forma muy consciente caer en lo que Lord GOFF llamó extrajudicialmente la “*temptation of elegance*”: la tentación de encontrar una regla, un

³⁸ Este carácter mucho más tópico que sistemático le atribuye también buena parte de la doctrina continental a la teoría de la imputación objetiva, aunque las valoraciones críticas sobre este hecho distan de ser uniformes. *Cfr.*, por ejemplo, en la doctrina española, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., La imputación objetiva del resultado, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1992, que describe el estado de la cuestión como de un “casuismo desesperante” (p. 172); SILVA SÁNCHEZ, J. M., Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Universidad de Santiago de Compostela (Servicio de Publicaciones), Santiago de Compostela, 1989, que prefiere hablar de la imputación objetiva como “tópica” y no como teoría (p. 679); y, entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, Causalidad..., en Centenario del Código Civil..., tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, que concluye su trabajo afirmando que “los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender” (p. 1591).

principio, una idea a la que las soluciones de todos los casos respondan³⁹.

III. La negligencia (*negligence*): el juicio *ex ante*.

He indicado ya que el juicio de negligencia, tanto en el Derecho penal como en el de la responsabilidad civil extracontractual, es básicamente objetivo. En la clásica formulación de TERRY, “*negligence is conduct, and not a state of mind*”⁴⁰; una conducta que, en los ordenamientos del *common law*, se define en términos de infracción por parte del pretendido autor del daño de su deber de cuidado respecto de quien lo sufre. Así pues, para establecer la concurrencia de este primer requisito, la acusación (o el demandante) ha de probar (i) la existencia de un deber de cuidado (*duty of care*) del acusado/demandado, reconocido por la ley para proteger a la víctima/demandante de un determinado riesgo (ii) la infracción (*breach*) de este deber de cuidado por parte del primero⁴¹. Al análisis de cada uno de estos elementos dedico, respectivamente, los dos epígrafes en que se divide este apartado.

1. El deber de cuidado (*duty of care*).

La negligencia del *common law* nunca se predica de un comportamiento en abstracto, sino que presupone la existencia de una especial relación entre el autor del resultado dañoso y quien lo padece, en virtud de la cual el primero tiene un deber jurídico de proteger al segundo, precisamente, de tal daño⁴². Para verificar la existencia de este deber, los tribunales ingleses suelen recurrir hoy a una fórmula general definida por Lord Bridge en la famosa sentencia civil inglesa *Caparo Industries plc v Dickman*⁴³ y a la que, por este motivo, suele referirse la doctrina con el nombre de “test *Caparo*”. De acuerdo con ella, puede afirmarse en un caso concreto la existencia de un deber de cuidado del demandante hacia el demandado si (i) era (*ex ante*) razonablemente previsible que el demandante sufriría un daño a resultas de la conducta del demandado, (ii) existía una relación de proximidad (*proximity*) entre uno y otro,

³⁹ GOFF, R., The search for principle, Proceedings of the British Academy, vol. 69, 1983, p. 174.

⁴⁰ TERRY, H. T., Negligence, Harvard Law Review, vol. 29, 1915, p. 40.

⁴¹ *Vid.*, por todos, HERRING, Criminal Law..., 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 275-276; MCBRIDE/BAGSHAW, Tort Law, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 92; y PROSSER, Law of Torts, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 143.

⁴² En palabras de POLLOCK, F., The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law, 13ª ed., Stevens and Sons, Londres, 1929, p. 468, “*Negligence in the air, so to speak, will not do*”. *Vid.* adicionalmente, sobre este punto, MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 10-13; y PROSSER, *loc. cit.*, pp. 324-326.

⁴³ [1990] 2 AC 605, pars. 617-618.

y (iii) es equitativo, justo y razonable (*fair, just and resonable*), en opinión del tribunal, que la ley imponga tal deber a uno en beneficio del otro⁴⁴.

El tercer elemento de la fórmula conduce a que, en la práctica, los requisitos que deben concurrir para que se considere probada la existencia de una *duty of care* varíen en función de las características de cada supuesto, que condicionan lo que la jurisprudencia considera “equitativo, justo y razonable”. Así, en un primer grupo de casos – conductas activas que causan un daño físico a una persona o su propiedad – basta la previsibilidad razonable del daño para que los tribunales consideren también suficientemente acreditada la relación de proximidad a la que se refiere el segundo elemento de la fórmula y aprecien, en consecuencia, la existencia de un deber de cuidado. En otros, por el contrario, es necesario probar la concurrencia de determinadas circunstancias adicionales (v.gr. una relación especialmente estrecha entre quien causa el daño y quien lo padece) para que se estime la concurrencia de este requisito. En este segundo grupo se ubican los casos de conductas omisivas y todos aquellos en los que el resultado dañoso es psíquico, moral o puramente económico (*pure economic loss*)⁴⁵.

Un ejemplo paradigmático del potencial que tiene la exigencia de un deber de cuidado para limitar la responsabilidad en el primer grupo de supuestos es el famoso caso estadounidense *Palsgraf v Long Island Railroad Co*⁴⁶. En él, un viajero corría para tratar de subirse a un tren en marcha, propiedad de la compañía de ferrocarriles demandada. Un empleado de la compañía, tratando de ayudarlo a montar, dejó que se cayera a la vía uno de los paquetes del equipaje del viajero. El paquete contenía fuegos artificiales, que estallaron. La explosión provocó la caída de una báscula a muchos metros del andén, provocando

⁴⁴ En un caso de homicidio gravemente imprudente, la sentencia inglesa *R v Wacker* [2003] Crim LR 108, [2003] QB 1207 (CA) confirmó que, para determinar la existencia de un deber de cuidado del autor hacia la víctima, debían aplicarse estos mismos criterios. Aunque en la jurisprudencia estadounidense no se ha establecido una fórmula comparable al test *Caparo* para valorar la concurrencia de este requisito, los criterios empleados por los tribunales de este país conducen a soluciones prácticamente idénticas a las británicas. *Vid.*, en este sentido, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 324-350, y la jurisprudencia que cita.

⁴⁵ *Cfr.* MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 107-108. Esta “polisemia” del concepto “deber de cuidado” en los diferentes grupos de casos ha conducido a muchos autores a afirmar – probablemente con razón – que, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, la *duty* no es más que un “dispositivo de control” que se reservan los tribunales para poder desestimar ciertas demandas que, por los más variados motivos de política jurídica, se considera que no deberían prosperar. *Vid.*, muy señaladamente, FLEMING, *The Law...*, 6ª ed., The Law Book Company, Sidney, 1983, pp. 129-130.

⁴⁶ 248 NY 339 (1928), “*the most discussed and debated of all torts cases*” de acuerdo con PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 254.

lesiones a la demandante, que estaba de pie junto a ella. Por una ajustada mayoría, la *New York Court of Appeals* desestimó la demanda con base en la inexistencia de un deber de cuidado de la demandada para con la demandante: no era razonablemente previsible que la conducta del empleado de la primera pudiera causar un daño a la segunda.

Respecto del segundo grupo de casos, los únicos que, en la práctica, tienen relevancia tanto en el ámbito civil como en el penal⁴⁷ son los de comportamientos omisivos⁴⁸. Se trata de una materia enormemente compleja y casuística, amén de muy discutida entre los juristas del *common law*, respecto de la que no puedo aspirar aquí más que a describir sus implicaciones más básicas en relación con el objeto de mi trabajo⁴⁹. La más importante de ellas es el principio de que la mera previsibilidad de que la inacción de un agente cause un daño a otro nunca es suficiente para fundamentar la existencia de un deber de cuidado del primero hacia el segundo. Para ello, deben concurrir circunstancias adicionales de las que se derive un deber jurídico del primero de actuar en un sentido determinado para proteger al segundo de tal daño previsible (una *duty to act*). Las circunstancias de las que pueden emanar estos deberes de actuar coinciden, en líneas generales, con las que en Derecho penal español pueden fundamentar la existencia de una posición de garantía, a los efectos de la comisión por omisión⁵⁰. Por lo demás, una vez establecida la existencia de un deber de actuar, los criterios de imputación de responsabilidad por comportamientos activos y omisivos son absolutamente idénticos, algo sobre lo que volveré a insistir cuando me refiera a la causación.

Mención aparte merecerían, por último, los casos de consentimiento y asunción del riesgo por parte de la víctima, sobre los que, de nuevo, debo limitarme a hacer unas breves

⁴⁷ Y en este, merece la pena recordarlo, en relación con todo tipo de delitos, y no sólo con los negligentes.

⁴⁸ Las limitaciones de responsabilidad en casos de daños psíquicos, morales y puramente económicos tienen una enorme importancia en el campo del ilícito civil de negligencia. Respecto de ellas, *vid. in extenso*, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 140-206. Sin embargo, en los ordenamientos del *common law*, el escasísimo (si no nulo) elenco de delitos negligentes descritos en términos de producción de esta clase de resultados (*vid. supra* p. 9) les priva prácticamente de operatividad en el ámbito penal.

⁴⁹ Me remito, en este sentido, para un análisis más pormenorizado de la cuestión a las obras generales de HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 71-84; LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 329-341; MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 207-243; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 338-350; y la doctrina y la jurisprudencia que citan. Todo lo que sigue no es más que un somero resumen de estos materiales, en lo que hace a la responsabilidad por resultados lesivos a título de negligencia.

⁵⁰ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 324-330; y PEÑARANDA RAMOS, *Tipicidad en los delitos activos...*, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico...*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 165-173.

consideraciones generales, remitiéndome a la extensa literatura en la materia⁵¹. Baste señalar aquí que, aunque algunos autores sostienen – con base en la máxima *volenti non fit injuria* – que en esta clase de supuestos debería considerarse que decae ya el deber de cuidado del autor de la conducta “lesiva” frente a quien la consiente y, por consiguiente, la posibilidad de afirmar que el primero comete un ilícito (penal o civil)⁵², no parece ser esta la postura de la jurisprudencia. En general, esta trata el consentimiento como una defensa que, en determinadas circunstancias, puede eximir de responsabilidad al autor de un ilícito que se considera, en todo caso, cometido⁵³. Se adopte una postura u otra, las importantes diferencias que existen entre el tratamiento penal y civil de esta materia⁵⁴ aconsejan, en mi opinión, excluirla del “esqueleto común” de imputación de responsabilidad al que vengo refiriéndome.

2. La infracción del deber de cuidado (*breach of duty*).

Se considera que un sujeto infringe su deber de cuidado cuando su conducta difiere de la que, en las mismas circunstancias, habría adoptado una persona razonable⁵⁵, o – en la formulación que suelen utilizar la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses⁵⁶ – cuando con ella crea un riesgo de causar un daño a otros que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, puede considerarse irrazonable (*unreasonable risk*)⁵⁷. Este es, precisamente, el elemento del juicio de negligencia sobre el que inciden las cualificaciones de esta *mens rea* que, en el

⁵¹ Pueden consultarse, de nuevo, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 367-381 y 369-408 (en relación con el delito de lesiones); LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 380-385; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 725-728; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 439-457.

⁵² Así, por ejemplo, MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, p. 275.

⁵³ En este epígrafe lo ubican, en general, los manuales británicos y estadounidenses de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. *Vid.*, sin embargo, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 380-385. Respecto del Derecho penal inglés, véase, además, el *Consultation Paper* (nº 139) de la *Law Commission* sobre el consentimiento en el Derecho penal.

⁵⁴ *Cfr.* SIMONS, K. W., *Consent and assumption of risk in tort and criminal law*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 330 y ss. Como señala LAFAVE, *loc. cit.*, p. 17, y analiza en mayor profundidad GOUDKAMP, J., *Defences in tort and crime*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 208 y ss., estas diferencias pueden predicarse también del tratamiento general de las defensas en una y otra rama.

⁵⁵ HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 153; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 244.

⁵⁶ Así, por ejemplo, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 278-279; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 145-166, que usa indistintamente una y otra.

⁵⁷ Como puede observarse, se trata, en ambos casos, de fórmulas muy similares a la del pronóstico posterior objetivo desarrollada por la doctrina continental en el marco de la teoría de la adecuación.

Derecho penal del *common law*, suelen introducirse en las definiciones de los delitos. En efecto, como ya tuve ocasión de indicar, cuando se exige para la atribución de responsabilidad penal una negligencia particularmente grave (*gross negligence*), lo que se requiere es una desviación del comportamiento del autor respecto del estándar de conducta de la persona razonable mayor de la que, en general, sería suficiente para fundamentar su responsabilidad civil por el mismo hecho⁵⁸.

El juicio de infracción del deber de cuidado es objetivo en dos sentidos. Al primero de ellos me he referido ya *supra* al analizar la diferencia, en el ámbito penal, entre la temeridad (*recklessness*) y la negligencia⁵⁹: esta no exige en absoluto que el agente sea efectivamente consciente del riesgo de producción del resultado lesivo que entraña su conducta. El segundo de los sentidos en que es objetivo este juicio radica en que parte de un estándar abstracto de comportamiento para el que, en principio, son irrelevantes las peculiares cualidades y características de cada agente concreto: el del hombre razonable de prudencia media (*reasonable man of ordinary prudence*). En efecto, la aplicación de un estándar “externo y objetivo”⁶⁰ para la calificación de una conducta como diligente o negligente ha sido una constante en la jurisprudencia del *common law* desde la sentencia civil inglesa *Vaughan v Menlove* (1837)⁶¹, que continúa siendo el *leading case* en la materia⁶².

No obstante, como ya he señalado, el estándar de diligencia viene dado por la conducta que habría adoptado una persona razonable *en las mismas circunstancias* en las que se encontraba el agente concreto cuyo comportamiento se enjuicia. Esta matización tiene una enorme importancia, en la medida en que la jurisprudencia anglosajona recurre con frecuencia a una interpretación extensiva de estas “circunstancias”, como vía para introducir indirectamente elementos subjetivos en el juicio de infracción del deber de cuidado⁶³. Muy señaladamente, los conocimientos y capacidades del agente superiores a los del hombre medio suelen tenerse en cuenta para hacer más exigente el estándar de diligencia aplicable a su conducta⁶⁴. En cambio, no tienen normalmente el efecto contrario los conocimientos y

⁵⁸ *Vid. supra* p. 9 y nota 25.

⁵⁹ *Vid. supra* pp. 8-9.

⁶⁰ PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 150.

⁶¹ 3 Bing NC 468, 132 ER 490.

⁶² MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 248.

⁶³ *Cfr.*, en detalle, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 151-166.

⁶⁴ PROSSER, *loc. cit.*, p. 161.

capacidades inferiores a la media⁶⁵. Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, los precedentes ingleses de condena a conductores en prácticas por negligencia al volante, tanto en el orden penal⁶⁶ como en el civil⁶⁷. Como regla, pues, la prueba de que el agente hizo todo lo que estaba en su mano para evitar el resultado lesivo no es suficiente para excluir la infracción de su deber de cuidado frente a quien lo sufre. Ello sin perjuicio, por supuesto, en el ámbito penal, de la posibilidad de apreciar en estos casos la concurrencia de una causa de exculpación (*excuse*), alegada por el reo como defensa, en la medida en que se cumplan sus presupuestos⁶⁸.

Por lo demás, respecto de la determinación del estándar de diligencia aplicable en cada caso concreto, de la jurisprudencia anglosajona en la materia pueden inducirse, en mi opinión, los siguientes principios básicos:

(i) Con carácter general, este estándar se determina a través de una ponderación (*balance*) de los intereses en juego. Por un lado, han de tenerse en cuenta el valor social del interés protegido por el deber de cuidado, la entidad de la amenaza que para él supone la conducta del agente y la probabilidad *ex ante* de que esta amenaza se materialice en un daño efectivo. Por otro, se han de considerar el valor social del interés que el agente trata de proteger con su conducta y la existencia de alternativas razonables – no demasiado costosas – para su protección⁶⁹.

(ii) En determinados ámbitos, sin embargo, la existencia de normas – jurídicas o no – que imponen determinados estándares de conducta a quienes operan en ellos convierte en innecesarios estos cálculos: al menos en principio, puede afirmarse que la infracción de tales normas supone *per se* una infracción del deber de cuidado debido y, viceversa, que quien

⁶⁵ Se llega, por esta vía, a una generalización “hacia abajo” e individualización “hacia arriba” del baremo de la imprudencia como la que para el Derecho penal alemán defiende ROXIN, *Derecho Penal...*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 1013-1018.

⁶⁶ *McCrone v Riding* [1938] 1 All ER 721.

⁶⁷ *Nettleship v Weston* [1971] 2 QB 691.

⁶⁸ En este sentido, más allá de los supuestos de minoría de edad penal (*infancy*) o trastorno mental (*insanity*), los casos de conocimientos y capacidades inferiores a la media quizá podrían reconducirse, como para el Derecho alemán sugiere ROXIN, *Derecho Penal...*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 1035-1037, a la categoría del error invencible (*reasonable mistake*). En relación con los presupuestos de estas tres defensas pueden consultarse HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 694, 686-692 y 698-701; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 511-518, 389-424 y 298-317.

⁶⁹ *Cfr.* LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 278-279; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 252-255; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 145-149; y la jurisprudencia que citan.

adecúa su comportamiento a ellas actúa diligentemente. Entre estas normas se encuentran, por ejemplo, las leyes y reglamentos administrativos que regulan el ejercicio de determinadas actividades (paradigmáticamente, el tráfico rodado)⁷⁰ o las normas de la *lex artis* a las que debe ajustarse la actividad de determinados profesionales, con especial relevancia en casos de responsabilidad médica⁷¹.

(iii) Opera, por último, un “principio de confianza” – al que, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia del *common law* se refieren con este nombre –, según el cual para cumplir con el deber de cuidado no es necesario, como regla general, tomar precauciones frente a los posibles fallos de otras personas. Puede confiarse, en este sentido, en que se comportarán adecuadamente. No obstante, como ocurre en Derecho español⁷², este principio queda excluido cuando resulta evidente o hay serios indicios para pensar que el otro no se atenderá adecuadamente a su papel y no opera, tampoco, respecto de personas que padecen de importantes déficits cognitivos (v.gr. niños)⁷³.

IV. La causación (*causation*): el juicio *ex post*.

Para atribuir al autor de una conducta negligente responsabilidad penal o civil por un resultado lesivo ha de probarse la existencia de una relación de causación entre tal conducta y tal resultado. Como ya señalé, para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el juicio de causación consta de dos componentes: una relación fáctica (*factual causation* o *causation in fact*) y una jurídica o de imputación (*legal causation* o *causation in the law*), de forma que, una vez establecido que la conducta negligente del autor ha sido, *de facto*, una de las causas del resultado, los criterios de causación jurídica – vinculados a consideraciones de política

⁷⁰ Sobre el papel que desempeñan esta clase de normas en el juicio de negligencia *vid.* LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 283-284; PROSSER, *loc. cit.*, pp. 190-204; y la jurisprudencia que citan.

⁷¹ En relación con esta última clase de casos, *vid.* MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 256-258; PROSSER, *loc. cit.*, pp. 161-166; y la jurisprudencia que citan. Este fue también el principio aplicado en el caso *Adomako* (citado *supra*, nota 37), en el que no prosperaron las alegaciones del anestesista acusado sobre su fatiga tras un largo turno de trabajo y su inadecuada preparación para el ejercicio de la actividad.

⁷² Para un panorama general de la cuestión, *cfr.* PEÑARANDA RAMOS, “Tipicidad en los delitos activos...”, pp. 149-150, y la doctrina y la jurisprudencia que cita; con mayor detalle, *vid.* MARAVER GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2009, especialmente, sobre este particular, pp. 119-145.

⁷³ Así, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 170-176, que cita abundantes ejemplos de la jurisprudencia estadounidense.

jurídica, mucho más que a ninguna concepción científica o filosófica de la causalidad – determinan si, *de iure*, aquel debe ser considerado responsable de tal resultado. Estos dos juicios operan, en este sentido, como “filtros sucesivos” en la imputación del resultado a la conducta negligente⁷⁴.

Aunque he optado por utilizar esta estructura (la dominante) para la explicación de la causación anglosajona – dedicando a cada uno de estos juicios, respectivamente, los dos epígrafes en que se divide este apartado –, probablemente pueda seguir hoy afirmándose, con PROSSER, de esta institución que “[t]here is perhaps nothing in the entire field of law which has called forth more disagreement, or upon which the opinions are in such a welter of confusion”⁷⁵. En efecto, una minoría muy cualificada de autores, en buena medida influidos por el clásico *Causation in the Law* de HART /HONORÉ⁷⁶, critican esta construcción bipartita de la causación y adoptan un esquema expositivo diferente⁷⁷. Hay que señalar, en cualquier caso, que la distinción entre causación de hecho y de Derecho tiene, en el *common law*, consecuencias prácticas relativamente escasas: ni los aspectos de las decisiones judiciales que pueden ser revisados por tribunales superiores ni la división de tareas, en su caso, entre juez y jurado se delimitan con base en este criterio⁷⁸.

⁷⁴ *Vid.*, por todos, FLEMING, *The Law of Torts*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 170; MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 163-167; PROSSER, *loc. cit.*, pp. 236-237; y ROGERS, *Winfield & Jolowicz...*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 268-272; y, en la doctrina penalista, HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 86-87; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 350-351. Esta es también la construcción que subyace al artículo 2.03 del *Model Penal Code*, aunque no se empleen en él expresamente los términos “*factual*” y “*legal causation*”. *Cfr.*, en este sentido, DUBBER, M. D., *Criminal Law: Model Penal Code*, 1ª ed., Foundation Press, Nueva York, 2002, pp. 128-141.

⁷⁵ PROSSER, *loc. cit.*, p. 236.

⁷⁶ HART, H. L. A./HONORÉ, A. M., *Causation in the Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1959.

⁷⁷ Así, por ejemplo, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, tratan en sede de causación únicamente los criterios de imputación del resultado que pueden considerarse – en la línea de lo que sugieren Hart y Honoré – manifestaciones del “sentido común” de lo que socialmente se entiende por “causalidad”: básicamente, el *but for test* y sus correctivos, y la doctrina del *novus actus interveniens* (*break in the chain of causation*). Los juicios de previsibilidad del daño (*remoteness of damage*) y ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*) quedan relegados a un capítulo diferente, en el que los autores se refieren, con carácter general, a los criterios de política jurídica que pueden impedir que prospere una demanda de responsabilidad civil extracontractual (*actionability*).

⁷⁸ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1959, p. 86. Respecto de la competencia del jurado en materia de causación (fáctica y jurídica), *vid.* también HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 86; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 289-290.

1. Causación fáctica (*factual causation*): el “*but for test*” y sus correctivos.

Un comportamiento negligente puede ser considerado, de hecho, causa de un resultado, si puede afirmarse que el segundo no habría ocurrido de no ser por (*but for*) el primero. Esta fórmula, conocida como “*but for test*” es la que aplica uniformemente la jurisprudencia anglosajona para verificar la causalidad fáctica que, precisamente por ello, muchos autores denominan también “*but for causation*”⁷⁹. El caso que suele citarse para ejemplificar el funcionamiento de este criterio es *R v White*⁸⁰, un supuesto de tentativa de asesinato resuelto por los tribunales ingleses, en el que el acusado envenenó la bebida de la víctima. Esta falleció, tras haber bebido algunos sorbos, de un ataque al corazón que la evidencia médica calificó, sin embargo, como no relacionado en absoluto con el veneno. El tribunal absolvió al reo del asesinato consumado del que se le acusaba aplicando el *but for test*: aunque el acusado no hubiera envenenado la bebida, la víctima habría muerto en cualquier caso, en el mismo momento y de la misma forma.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas identifican a menudo este test con la fórmula de la *condicio sine qua non*⁸¹, conviene subrayar las diferencias entre ambos, al menos si se parte del significado que se atribuye a esta última en Derecho continental⁸². El *but for test* no se basa en una supresión hipotética de la conducta negligente del autor, sino en una supresión de la *negligencia* misma: no se pregunta qué habría sucedido si el autor no se hubiera comportado como lo hizo, sino cuál habría sido el resultado si el autor hubiera actuado *correctamente*⁸³. En este sentido, se parece mucho más a la fórmula continental de la conducta alternativa conforme a Derecho empleada en el marco de la imputación objetiva del resultado que a ninguna de las fórmulas que, en estos ordenamientos, se utilizan para verificar la causalidad fáctica conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones⁸⁴. Los juristas del *common law* resuelven, pues, en sede de causación fáctica, problemas que en Derecho

⁷⁹ Así, por ejemplo, HERRING, *loc. cit.*, p. 86; o MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 167.

⁸⁰ [1910] 2 KB 124 (CA).

⁸¹ *Vid.*, por todos, FLEMING, *The Law...*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 171; HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 87; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 238-239; y ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 273.

⁸² *Contra*, PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...*, 1ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 35-36.

⁸³ *Cfr.* MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 276-277.

⁸⁴ En el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, además, como consecuencia del estándar probatorio que se aplica en este el ámbito (*vid. supra* p. 12), funciona de forma muy similar al criterio del incremento del riesgo de ROXIN (*vid. ROXIN, Derecho Penal...*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 379-384).

continental se abordan, de forma ya prácticamente unánime, en el ámbito de la imputación⁸⁵.

Esto explica, en buena medida, que la doctrina anglosajona apenas haya discutido el problema de la causalidad fáctica en las omisiones⁸⁶. Precisamente porque el *but for test* es, propiamente, un criterio de imputación, se aplica exactamente igual a las conductas omisivas que a las activas. Respecto de las primeras, los tribunales simplemente se preguntan qué habría ocurrido si el agente hubiera actuado en el sentido requerido por su *duty to act*⁸⁷. El *leading case* británico en materia de causación fáctica en el ilícito civil de negligencia, *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee*⁸⁸, es, de hecho, un caso de responsabilidad a título de omisión. En él, un médico de urgencias se negó, negligentemente, a atender a un paciente que acudió al hospital con dolor de estómago y vómitos, remitiéndolo a su médico de cabecera. El paciente se había envenenado accidentalmente con arsénico, y falleció cinco horas más tarde. El tribunal absolvió al médico con el argumento de que el paciente habría muerto en cualquier caso, en el mismo momento y de la misma forma, aunque hubiera recibido tratamiento.

Los problemas a los que conduce el uso de esta fórmula han sido, por lo demás, bien identificados por la jurisprudencia y la doctrina del *common law*. Son, como no podría ser de otra manera, enormemente similares a los que plantea en los ordenamientos continentales el uso de la conducta alternativa conforme a Derecho como fórmula de imputación⁸⁹. El *but for test* falla, en primer lugar, arrojando “falsos negativos”, en supuestos de causalidad doble o alternativa y de causalidad hipotética, casos que la doctrina anglosajona agrupa generalmente bajo la rúbrica de la “sobredeterminación” (*overdetermination*)⁹⁰. Para solucionar este problema, la jurisprudencia suele recurrir en estos supuestos a la fórmula del “factor

⁸⁵ Este es, probablemente, un potente argumento a favor de la concepción minoritaria de la causación anglosajona a la que me he referido brevemente *supra* (p. 22 y nota 77).

⁸⁶ Una notable excepción es el trabajo de MOORE, M. S., *Causation and Responsibility*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁸⁷ HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 79; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 278-279; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 238.

⁸⁸ [1969] 1 QB 428.

⁸⁹ Bien resumidos por PEÑARANDA RAMOS, *Tipicidad en los delitos activos...*, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Práctico...*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 156.

⁹⁰ *Cfr.*, por todos, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 300-305.

sustancial” (*substantial factor*)⁹¹, de acuerdo con la que un comportamiento negligente puede ser considerado, de hecho, causa de un resultado, si ha contribuido de forma no insignificante (*more than negligibly*) a su producción⁹².

Una segunda dificultad plantean, por último, los casos – no tan frecuentes en la jurisprudencia – en los que el agente podría haber adoptado varias conductas alternativas, todas ellas conformes a Derecho, y la fórmula arroja resultados diferentes según se tome como referencia una u otra para su aplicación, dando lugar lo que parte de la doctrina ha denominado un problema de “indeterminación” (*indeterminacy*)⁹³. Para esta clase de supuestos, la jurisprudencia civil inglesa parece haber desarrollado una regla según la cual la conducta alternativa que debe tenerse en cuenta es la que supone una menor desviación respecto de la efectivamente adoptada por el demandado⁹⁴, un criterio que, a mi juicio, no deja de ser algo arbitrario.

2. Causación jurídica (*legal causation*): previsibilidad razonable, *novus actus interveniens* y ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*).

Un sujeto cuyo comportamiento negligente ha sido calificado como causa (fáctica) de un resultado puede, sin embargo, no ser considerado penal o civilmente responsable de él en virtud de los principios de causación jurídica, que, como ya señalé, operan como un segundo “filtro” en la imputación del resultado a la conducta. En el Derecho anglosajón, el más importante de estos principios es el de previsibilidad razonable (*reasonable foreseeability*):

⁹¹ A veces denominada también de la “contribución material” (*material contribution*). *Vid.*, por ejemplo, STEEL, *Causation...*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 243-245; y la jurisprudencia que cita.

⁹² *Cfr.* HERRING, *Criminal Law...*, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 87-88; LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 353-355; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 239-241; y la jurisprudencia que citan. La doctrina también ha ideado fórmulas alternativas de valoración de la causación fáctica dirigidas a evitar los problemas de sobredeterminación. Entre ellas, pueden señalarse el “*NESS test*” (*Necessary Element of a Sufficient Set*), popularizado por el estadounidense WRIGHT o el “*Necessary Breach Analysis*” (NBA), recientemente desarrollado por la inglesa GREEN. *Vid.*, respectivamente, WRIGHT, R. W., *Causation in tort law*, *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 1735 y ss.; y GREEN, S., *Causation in Negligence*, 1ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2015.

⁹³ STEEL, *Causation...*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 242.

⁹⁴ Así lo infiere STEEL, *loc. cit.*, p 242, del reciente caso *Robbins v London Borough of Bexley* [2013] EWHC Civ 1233. La solución adoptada por estos mismos tribunales en el caso *The Empire Jamaica* [1957] AC 386 también parece ajustarse a esta regla general. Salvo error por mi parte, no existe una regla similar en la jurisprudencia estadounidense.

en general, un agente sólo puede ser considerado jurídicamente responsable de los resultados de su comportamiento que suponen la materialización *ex post* del riesgo de causar un daño por él generado⁹⁵. A esta regla general de limitación de la responsabilidad a los resultados “próximos” (*proximate*) de la conducta o los daños “no demasiado remotos” (*not too remote*) derivados de ella responden las denominaciones “*proximate cause*”⁹⁶ o “*remoteness of damage*”⁹⁷ con las que muchas veces se refiere la doctrina anglosajona a la causación jurídica⁹⁸.

La sentencia del *Privy Council* en el caso civil australiano conocido como *The Wagon Mound* (1961)⁹⁹ fue la primera en establecer que la previsibilidad razonable de causar un daño no debía ser sólo un criterio para determinar la existencia o no de un deber de cuidado del demandado hacia el demandante¹⁰⁰, sino también para fijar los límites de la responsabilidad del primero por los daños causados como consecuencia de su eventual infracción de tal deber de cuidado. Los hechos del caso tuvieron lugar en el puerto de Sídney, donde se encontraba amarrado el barco *Wagon Mound*, que la compañía demandada había alquilado para transportar aceite. Durante la carga, sus empleados permitieron negligentemente que parte del aceite se derramara en las aguas del puerto y fluyera hacia un embarcadero, propiedad de los demandantes, en el que se estaban llevando a cabo tareas de reparación de barcos. Como consecuencia de estas labores, saltaron al agua algunas chispas que, de forma absolutamente imprevisible¹⁰¹, incendiaron el aceite. El incendio provocó graves daños materiales en el embarcadero, de cuyo resarcimiento fue absuelto el demandado. Aunque el tribunal se apartó expresamente, con esta decisión, del Derecho inglés hasta

⁹⁵ *Vid.*, por todos, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 331; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, p. 251; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 291. El artículo 2.03.3 del *Model Penal Code* recoge expresamente este principio al regular la causación (jurídica) en los delitos negligentes.

⁹⁶ LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, p. 350; PROSSER, *loc. cit.*, p. 236.

⁹⁷ FLEMING, *The Law of Torts*, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983, p. 170; MARKESINIS/DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 181; ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 290.

⁹⁸ En mi opinión, sin embargo, la existencia de otros principios de causación jurídica con un fundamento autónomo respecto del de previsibilidad razonable – el del ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*) y, al menos en parte, también la doctrina del *novus actus interveniens* – aconsejan referirse con estas denominaciones únicamente al primero de estos principios.

⁹⁹ Cuyo verdadero nombre es *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock & Engineering Co Ltd* [1961] AC 388.

¹⁰⁰ *Vid. supra* pp. 15-16.

¹⁰¹ Se consideró probado, de conformidad con los testimonios periciales, que prender fuego al aceite combustible sobre una superficie de agua habría sido, en circunstancias normales, prácticamente imposible.

entonces vigente¹⁰², esta sentencia fue acogida prácticamente de inmediato como precedente vinculante por la jurisprudencia británica y, en general, por la del resto de países del ámbito anglosajón¹⁰³.

El principio de previsibilidad razonable tiene, sin embargo, una importante excepción en los casos de daños personales: la llamada “*eggshell skull rule*” que opera tanto en el ámbito penal¹⁰⁴ como en el civil¹⁰⁵. Su nombre deriva de los famosos *dicta* del Juez Kennedy, en el caso *Dulieu v White & Sons*¹⁰⁶, “[i]f a man is negligently run over or otherwise injured in his body it is no answer to the sufferer’s claim for damages that he would have suffered less injury, or no injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart”. Implica, en este sentido, que las debilidades pre-existentes de quien padece el resultado lesivo, o su especial predisposición a sufrirlo, no pueden servir de base para negar la existencia de una relación de causación jurídica entre tal daño – por imprevisible que sea – y la conducta de quien lo ha provocado. En definitiva, como insistentemente recuerda la jurisprudencia en esta clase de casos, “*the wrongdoer must take the victim as he finds him*”¹⁰⁷.

Mención aparte merecen los supuestos en los que, entre el comportamiento negligente del acusado o demandado y el resultado lesivo se interpone un suceso que “rompe la cadena de causación” (*breaks the chain of causation*). Cuando esto ocurre, la jurisprudencia y la doctrina del *common law* suelen calificar al suceso en cuestión como un “*novus actus interveniens*”¹⁰⁸. La doctrina del *break in the chain* ha dado lugar a una riquísima casuística en la jurisprudencia anglosajona, que sólo puedo aspirar aquí a describir en sus líneas más

¹⁰² La *Court of Appeal* había establecido, en el discutidísimo caso *Re Polemis* [1921] 3 KB 560 (CA), una regla contraria según la cual, en supuestos de “causalidad directa” (*direct causation*) – esto es, en ausencia de un *novus actus interveniens* – un demandado debía responder de todos los resultados causados por su conducta negligente, con independencia de su carácter más o menos previsible.

¹⁰³ Respecto de esta evolución jurisprudencial, *vid.*, en detalle, PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 265-267; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 291-294.

¹⁰⁴ *Vid.*, por todos, HERRING, *Criminal Law*..., 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 100-101; y LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 364 y 370, que, sin embargo, critica su aplicación más allá del ámbito de los delitos intencionales.

¹⁰⁵ *Cfr.*, entre otros, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 629; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 267-268; y ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 305-306.

¹⁰⁶ [1901] 2 KB 669.

¹⁰⁷ De nuevo, en mi opinión, esta regla no debería impedir, en el ámbito penal, reconducir esta tipo de supuestos a la categoría del *reasonable mistake*, como causa de exculpación (*vid. supra* nota 68).

¹⁰⁸ *Vid.*, por ejemplo, HERRING, *Criminal Law*..., 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 88; o MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 311.

generales¹⁰⁹. Tradicionalmente, se ha venido considerando que esta doctrina no es más que el resultado de la aplicación del principio general de previsibilidad razonable a los casos de causación indirecta, una idea que sigue subyaciendo a muchos pronunciamientos judiciales en la materia. Así, suele entenderse que los eventos naturales (“*acts of God*”) que se interponen entre una conducta negligente y su resultado sólo rompen la cadena jurídica de causación cuando son tan extraordinarios que pueden calificarse como imprevisibles (“*freaks of nature*”)¹¹⁰.

Este es también el principio que tiende a aplicarse en los casos, más frecuentes en la práctica, en los que el suceso que se interpone entre el comportamiento negligente del agente y su resultado es una conducta humana, sea de la propia víctima del daño o de un tercero. En efecto, es pacífico en la jurisprudencia que los comportamientos completamente imprevisibles de estos últimos rompen la cadena de causación, aunque no es en absoluto frecuente que prospere una alegación de este tipo en casos de tratamiento médico defectuoso¹¹¹. Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina más moderna¹¹², no todos los supuestos en los que la jurisprudencia califica una conducta humana como *novus actus interveniens* pueden reconducirse al principio general de previsibilidad razonable. Un buen ejemplo de ello es el caso inglés *R v Kennedy*¹¹³, en el que el tribunal no consideró penalmente responsable de la muerte por sobredosis de heroína de la víctima a la persona que le había proporcionado la droga, argumentando que el acto “libre, deliberado e informado” de la primera al inyectársela había roto la cadena de causación. En esta clase de supuestos, la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales descansa en consideraciones sobre la justa atribución al ámbito de responsabilidad de las personas de las consecuencias inmediatas de sus decisiones conscientes y voluntarias, con independencia de que la toma de estas decisiones sea o no razonablemente previsible para el acusado o demandado.

El último de los principios de causación jurídica en el *common law* al que considero

¹⁰⁹ Para un análisis más detallado, me remito, de nuevo, a HERRING, *loc. cit.*, pp. 88-102; LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 364-373; MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 311-317; y PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 271-289.

¹¹⁰ HERRING, *loc. cit.*, p. 101; LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 368-369; MCBRIDE/BAGSHAW, *loc. cit.*, pp. 314-315.

¹¹¹ *Cfr.* HERRING, *loc. cit.*, pp. 92-96; LAFAVE, *loc. cit.*, pp. 367 y 371; PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 278-279; y la jurisprudencia que citan.

¹¹² *Vid.*, por todos, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, p. 315; y, más extensamente, STEEL, *Causation...*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 250-252.

¹¹³ [2008] UKHL 38.

necesario hacer una breve referencia en este trabajo es el del ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*), un criterio prácticamente idéntico al del fin de protección de la norma de cuidado que opera, en el Derecho continental, en el marco de la imputación objetiva del resultado. El célebre caso civil británico *Gorris v Scott*¹¹⁴ ilustra perfectamente su funcionamiento. En él, el demandante había contratado al demandado para transportar sus ovejas por mar a un puerto extranjero. La normativa sanitaria vigente en la época imponía que, en esta clase de operaciones, los animales fueran transportados en jaulas, precaución que no fue adoptada por el demandado. En el trayecto, una ola golpeó el barco, arrastrando al mar a todas las ovejas, algo que sin duda no habría ocurrido de haber estado estas enjauladas. El tribunal, sin embargo, desestimó la demanda de daños interpuesta por el demandante: en el resultado lesivo se había materializado un riesgo distinto al que trataba de prevenir la norma administrativa incumplida, que no era otro que el contagio de enfermedades. El principio es especialmente relevante en supuestos, como este, en los que el juicio de negligencia se fundamenta en la infracción de leyes y reglamentos administrativos que regulan el ejercicio de determinadas actividades¹¹⁵, aunque su ámbito de aplicación no se limita a este grupo de casos¹¹⁶.

V. A modo de conclusión: diferencias funcionales; similitudes estructurales.

El Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual cumplen, en los ordenamientos jurídicos del *common law*, funciones muy diferentes. Cuando se atribuye responsabilidad penal a un sujeto por el daño que, negligentemente, causa a otro, se le *castiga*; cuando la responsabilidad que se le atribuye es civil se trata, por el contrario, de *compensar* a quien ha sufrido este daño. Ciertamente, el carácter cuasi-típico del sistema de *torts* anglosajón y el reconocimiento de la figura de los daños punitivos en muchas de estas jurisdicciones son elementos que han conducido a gran parte de la doctrina, a matizar – en algunos casos hasta prácticamente hacerlas desaparecer¹¹⁷ – las diferencias funcionales entre ambas ramas. Ello no ha impedido, empero, que los juristas anglosajones estén todavía mayoritariamente de acuerdo en que la responsabilidad civil extracontractual es, al menos

¹¹⁴ (1874) LR 9 Ex 125.

¹¹⁵ *Vid. supra* pp. 20-21. Sobre su aplicación en esta clase de supuestos puede consultarse PROSSER, *Law of Torts*, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971, pp. 192-197.

¹¹⁶ *Cfr., in extenso*, MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 339-346.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, DUFF, R. A., *Torts, crimes and vindication: whose wrong is it?*, en M. Dyson (Ed.), *Unravelling Tort...*, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 146 y ss.

predominantemente, un sistema de compensación de daños destinado a lograr una distribución social justa de los costes de la convivencia, una finalidad muy diferente de la principalmente preventivo-general (*deterrence*) que se suele atribuir a la pena¹¹⁸.

Estas importantes diferencias funcionales se traducen en principios e instituciones también muy diferentes en una y otra rama, muchos de los cuales inciden sobre la atribución de responsabilidad por resultados lesivos a título de negligencia. A lo largo de este trabajo, he tenido ocasión de referirme – sin ánimo de exhaustividad – a algunos de ellos. En primer lugar, la existencia de diferentes estándares probatorios en Derecho penal y en Derecho civil¹¹⁹ permite que, incluso partiendo de la base de unos mismos hechos y de unos mismos requisitos jurídico-materiales para la mencionada atribución de responsabilidad, un sujeto sea absuelto en el primero de los órdenes y condenado en el segundo. Por otro lado, ya en el plano sustantivo, las exigencias que del principio de culpabilidad (*principle of responsibility*) se derivan para el Derecho penal, y no, en cambio para el Derecho civil, permiten fundamentar, en el primero de estos ámbitos, absoluciones basadas en causas de exculpación que, sin embargo, no operan en el segundo¹²⁰. He hecho, por último, una brevísima alusión al diferente tratamiento que se hace de las defensas – y, en particular, del consentimiento y la asunción del riesgo por parte de la víctima del daño – en uno y otro orden¹²¹.

Lo que he tratado de transmitir en este trabajo es que, sin perjuicio de estas particularidades, existe, en el *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes que es común a los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Este “esqueleto común” consta de dos juicios, ambos de carácter básicamente objetivo: un juicio *ex ante* de negligencia y un juicio *ex post* de causación, cuyos componentes son sustancialmente idénticos en una y otra rama del Derecho. Intuyo que esta estructura – basada mucho más en tópicos aplicables a grupos de casos más o menos bien definidos que en un sistema perfecto – cumple, en los ordenamientos jurídicos anglosajones, funciones muy similares a las que desempeña, en los continentales, la teoría de la imputación objetiva desarrollada por los penalistas. La

¹¹⁸ Respecto de las funciones del Derecho penal y el *Tort law* y los criterios básicos de distinción entre este uno y otro, *cfr.*, por ejemplo, LAFAVE, *Criminal Law*, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010, pp. 13 y 15-18; MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012, pp. 1-2 y 23-24; o ROGERS, Winfield & Jolowicz..., 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 2-4 y 17-19.

¹¹⁹ *Vid. supra* p. 12.

¹²⁰ *Vid. supra* p. 20 y notas 68 y 107.

¹²¹ *Vid. supra* pp. 17-18.

contrastación de esta hipótesis (que relego a una investigación posterior) contribuiría, sin duda, a clarificar lo que de similares y de diferentes tienen, en el Derecho español, los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual.

BIBLIOGRAFÍA

CANCIO MELIÁ, M., Estudios de Derecho Penal, 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2010.

DÍEZ PICAZO, L., Fundamentos de Derecho civil patrimonial, tomo V, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2011.

DUBBER, M. D., Criminal Law: Model Penal Code, 1ª ed., Foundation Press, Nueva York, 2002.

DUFF, R. A., Torts, crimes and vindication: whose wrong is it?, en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort and Crime, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 146 y ss.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución, 1ª ed., Angel Editor, México D. F., 2000.

FLEMING, J. G., The Law of Torts, 6ª ed., The Law Book Company, Sídney, 1983.

GOFF, R., The search for principle, Proceedings of the British Academy, vol. 69, 1983, pp. 169 y ss.

GOUDKAMP, J., Defences in tort and crime, en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort and Crime, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 208 y ss.

GREEN, S., Causation in Negligence, 1ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2015.

HART, H. L. A./HONORÉ, A. M., Causation in the Law, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1959.

HERRING, J., Criminal Law. Text, Cases and Materials, 6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

JAKOBS, G., La imputación objetiva en Derecho Penal, trad. de M. Cancio Meliá, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, Elementos de Derecho Civil, tomo II, vol. 2º, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

LAFAVE, W. R., Criminal Law, 5ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 2010.

LUZÓN PEÑA, D. M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARAVÉR GÓMEZ, M., El principio de confianza en Derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, 1ª ed., Civitas, Pamplona, 2009.

MARKESINIS, B. S./DEAKIN, S. F., Tort Law, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1993.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., La imputación objetiva del resultado, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1992.

MCBRIDE, N. J/BAGSHAW, R., Tort Law, 4ª ed., Pearson, Harlow, 2012.

MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MOORE, M. S., Causation and Responsibility, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, F., Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación, en Centenario del Código Civil (1889-1989), tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 1561 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, E., Tipicidad en los delitos activos: tipo objetivo, en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico Penal 2015, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 141 y ss.

- Tipicidad en los delitos omisivos, en F. Molina Fernández (Coord.), Memento Práctico Penal 2015, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp.163 y ss.

PIÑA ROCHEFORT, J. I., La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “*Common Law*”, 1ª ed., Comares, Granada, 2002.

POLLOCK, F., The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law, 13ª ed., Stevens and Sons, Londres, 1929.

PROSSER, W. L., Law of Torts, 4ª ed., West: Hornbook Series, Saint Paul, 1971.

ROGERS, W. V. H., Winfield & Jolowicz on Tort, 17ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006.

ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la

producción del resultado, en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Universidad de Santiago de Compostela (Servicio de Publicaciones), Santiago de Compostela, 1989, pp. 677 y ss.

SIMONS, K. W., Consent and assumption of risk in tort and criminal law, en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort and Crime, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 330 y ss.

SPRAU, H., Titel 27. Unerlaubte Handlungen, en Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2013, pp. 1312 y ss.

STEEL, S., Causation in tort law and criminal law: unity or divergence?, en M. Dyson (Ed.), Unravelling Tort and Crime, 1ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 239 y ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar: la reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, en La imputación objetiva en Derecho penal, G. Jakobs, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 21 y ss.

TERRY, H. T., Negligence, Harvard Law Review, vol. 29, 1915, pp. 40 y ss.

WRIGHT, R. W., Causation in tort law, California Law Review, vol. 73, 1985, pp. 1735 y ss.

LA AUTOPUESTA DE LA VÍCTIMA EN PELIGRO Y EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN EL CRIMEN DE TRATA DE PERSONAS CON LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN SEXUAL: UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL BRASILEÑO.

TARIJA POZO

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es realizar un estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos brasileño y español, en lo que se refiere al tipo penal incriminador de la trata de personas. Para tanto, se harán algunas aclaraciones superficiales sobre las conductas punibles, bien como se profundizará la cuestión referente a la posibilidad de aplicación de institutos excluyentes de tipicidad, tales como el consentimiento del ofendido y la autopuesta de la víctima en peligro.

Palabras-clave: Trata de personas, explotación sexual, autopuesta en peligro, consentimiento, derecho comparado.

I. INTRODUCCIÓN

La trata de personas ocupa una posición elevada entre las actividades ilícitas más lucrativas del mundo, involucrando cerca de 2,5 millones de personas y más de 32 mil millones de dólares por año, de los cuales 79% provienen de una explotación sexual¹.

La United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) averiguó que, en el contexto Europeo — más específicamente en la zona centro oeste de Europa — 84% de las personas objeto de trata se destinan a la explotación sexual¹. Constató además que las víctimas de ese delito provienen de varios países y regiones del globo, sin embargo, entre las de origen sudamericana contabilizadas en el continente europeo a partir del año de 2010, fue notable el creciente número de brasileñas oriundas, en su mayoría, de zonas carentes del norte del país, como los estados de Amazonas, Pará, Roraima y Amapá².

Los principales destinos de las víctimas sudamericanas son España, Italia, Portugal, Francia, Holanda, Alemania, Austria y Suiza, siendo la mayor incidencia y profusión en los países ibéricos, como es el caso de España³.

¹ UNODC. *Trafficking in Persons to Europe for sexual exploitation*. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_Europe_EN_LORES.pdf>. Acceso el: 13 abr. 2015.

² UNODC. *Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual*. In: *The Globalization of Crimen — A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_TIP/Publicacoes/TiP_Europe_ES_LORES.pdf> Acceso el 24.jan. 2011.

³ UNODC. *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, sales n° E. 14, v. 10. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf>. Acceso el 13 abr. 2015.

De esta forma, ante la intrínseca conexión entre Brasil y España en lo que se refiere a la oferta y demanda ilegal de personas, es imperioso elaborar un comparativo que demuestre cual es el alcance de los tipos penales adoptados en ambos los países afectados, y que averigüe la posibilidad de aplicación de causas excluyentes de tipicidad a ese delito transnacional.

II. ESTUDIO COMPARADO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA SOBRE EL CRIMEN DE TRATA DE PERSONAS PARA FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

En España, la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, creó un nuevo Título VII bis, intitulado “De la trata de seres humanos”, cuyo artículo 177 bis, prevé la criminalización de las siguientes conductas:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

[..]

En Brasil, distintamente del derecho español, existen dos tipos distintos para criminalizar el crimen de trata de personas: uno de carácter internacional y el otro interno, previstos respectivamente en los artículos 231 y 231-A del Código Penal Brasileño:

Trata internacional de persona para fines de explotación sexual

Art. 231. Promover o facilitar la entrada, en el territorio nacional, de alguien que en él pase a ejercer prostitución u otra forma de explotación sexual, o la salida de alguien que lo ejerza en el extranjero.

Pena - reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años.

§ 1º Incurrir en la misma pena aquél que agenciar, incitar o comprar a persona objeto de trata, bien como, conociendo tal condición, la transportar, transferir o alojar.

Trata interna de persona para fines de explotación sexual

Art. 231-A. Promover o facilitar el desplazamiento de alguien dentro del territorio nacional para el ejercicio de prostitución u otra forma de explotación sexual:

Pena - reclusión, de 2 (dos) a 6 (seis) años.

§ 1º Incurrir en la misma pena aquél que agenciar, incitar o comprar a persona objeto de trata, bien como, conociendo tal condición, la transportar, transferir o alojar.

Se observa, por tanto, que en cuanto a la finalidad de explotación sexual, el Código Penal Español pune el crimen de trata de personas cuando, mediante uso de violencia, intimidación, engaño o abuso, el agente captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar víctimas nacionales o extranjeras en su territorio.

En Brasil, el tratamiento es semejante, una vez que pune en el ámbito internacional aquél que promueve o facilita la entrada en territorio nacional de alguien que en él pase a ejercer la prostitución u otra forma de explotación sexual, o la salida de alguien que vaya a ejercerla en el extranjero, bien como aquél que agencia, incita, compra, transporta, transfiere o aloja la persona objeto de trata, conociendo tal condición. Las mismas conductas también son punibles en el ámbito interno, cuando tales acciones se practican para desplazamiento dentro del territorio nacional.

A pesar de la amplia criminalización de conductas, tanto en Brasil como en España, se debe observar un aspecto muy relevante en los delitos de trata de personas para fines de explotación sexual, que consiste en la posibilidad de aplicación del instituto de consentimiento del ofendido. Sin embargo, hay que destacar que este análisis solamente tiene validez cuando se trata de víctimas adultas, es decir, cuando el sujeto pasivo consistir en hombre o mujer mayor de edad y plenamente capaz de manifestar voluntad jurídicamente válida.

Esto porque, en principio, no sería plausible aceptar que un ordenamiento jurídico suprimiese el consentimiento de personas mayores de edad, negándoles la posibilidad de

disponer de sus propios cuerpos de la manera que bien entiendan⁴, incluso cuanto al acto de transitar por el territorio nacional, o transponer las fronteras del país, para ejercer actos relativos a la prostitución, una vez que éste oficio siquiera se encuadra como ilícito.

El Código Penal Español ya prevé expresamente en el punto 3 del artículo 177 bis, que si hay empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de autoridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, el consentimiento será irrelevante:

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

En el Código Penal Brasileño, a su vez, esto no sucede, ya que no hay ninguna previsión legal sobre el instituto del consentimiento en ninguna de las modalidades de trata de personas.

Todavía, al hacerse signatario del Protocolo relativo a la Prevención, Represión y Sanción de Trata de Personas, en especial Mujeres y Niños⁵, pasó a aplicarse en Brasil el precepto establecido en el artículo 3º, letra 'b' del Protocolo, que determina que es irrelevante el consentimiento de la víctima de tráfico si el agente, al practicarlo, recurre a uno de los medios descritos en la letra 'a' del mismo artículo, que corresponden a los vicios de consentimiento resultantes de: amenaza, uso de la fuerza, coacción, raptó, abuso de autoridad, fraude, engaño, entrega o aceptación de pago o beneficios de persona que tenga autoridad sobre la otra, y situación de vulnerabilidad.

Entre estos factores que descartan el consentimiento, se destaca el de la vulnerabilidad, porque se trata de un concepto penal nuevo, que no es relativo a la falta de capacidad o comprensión, sino, a un conjunto de circunstancias que llevan al individuo objeto de la trata a subyugarse ante el traficante. Tales circunstancias pueden tener carácter económico y psicológico, además de resultar del contexto social que circunda la víctima. Sobre el tema, enseñan Alessandra Orcesi Greco y Pedro Rassi:

A vulnerabilidade nesses casos tem conteúdo ligado diretamente à igualdade material, inexistente entre traficante e traficado ou o explorador e explorado. Considerou o Protocolo que o consentimento da pessoa traficada deve ser desconsiderado nos casos em que ela esteja em situação de precariedade, podendo ser facilmente submetida à exploração, seja porque tem

poucas defesas, seja porque não possui meios para exercê-las. A vulnerabilidade, portanto, poderá ser social, especialmente econômica, e psicológica. Como já comentamos no art. 231, as circunstâncias fácticas poderão servir de forte indicativo sobre vulnerabilidade do cidadão, como acontece, por exemplo, nos países em que há conflito bélico, acentuada desigualdade social, crise econômica de grandes proporções⁶.

La vulnerabilidad, ya incluida en el tipo penal español como causa excluyente del consentimiento, parte de un criterio subjetivo para legitimar la acción estatal ante víctimas mayores de edad y legalmente capaces que, a pesar de tener derecho de autodeterminación y de disponer de sus propios bienes jurídicos, son consideradas por el Estado como la parte más débil de una relación y especialmente frágiles, en la medida en que su condición personal, social o económica invalida su propio consentimiento.

Observados los criterios que ignoran el consentimiento de las víctimas de la trata de personas, hay que destacar que ni el ordenamiento jurídico brasileño, ni el español disponen sobre la posibilidad de invalidar completamente el consentimiento del ofendido, porque los roles contenidos en ambos ordenamientos son categóricos y, por tanto, sería admisible, en tesis, la exclusión de la tipicidad por el consentimiento, si no se emplean medios violentos, fraudulentos, financieros o abusivos.

Es decir, el consentimiento de la víctima solamente sería irrelevante si hay — en términos genéricos — medios capaces de viciar la manifestación de voluntad de la persona capaz, de manera que — si no ocurre tal vicio — se rompe el nexo de causalidad entre la manifestación de voluntad de la víctima y el resultado de la trata.

Si la voluntad de la persona objeto de la trata es válida y exenta de vicios no hay motivo para que el Estado resguarde tal persona, pues será ella misma quien consentirá la exposición de sus bienes jurídicos, eliminando cualquier tipo de riesgo generado por la conducta del traficante. Del mismo modo sostiene Luiz Flávio Gomes, citado por Fausto Martins de Sanctis:

⁶ La vulnerabilidad en estos casos tiene contenido directamente relacionado a la igualdad material, inexistente entre traficante y traficado o explotador y explotado. El Protocolo consideró que el consentimiento de la persona traficada debe ser desconsiderado en los casos en que ella esté en situación de precariedad, pudiendo ser fácilmente sometida a explotación, sea porque tiene pocas defensas, sea porque no posee medios para ejercerlas. La vulnerabilidad, por tanto, podrá ser social, especialmente económica y psicológica. Como ya comentamos en el art. 231, las circunstancias fácticas podrán servir de fuerte indicativo sobre la vulnerabilidad del ciudadano, como sucede, por ejemplo, en los países en que hay conflicto bélico, acentuada desigualdad social o crisis económica de grandes proporciones. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5801-1, p. 118 y 119).

[...] para o reconhecimento de qualquer infração envolvendo a prostituição o fundamental é identificar não só a ‘exploração’, senão também a clara ofensa a outros bens jurídicos da vítima (liberdade individual, liberdade sexual etc.). Sempre que se tratar de vítima maior, que de modo algum tenha sido ludibriada ou iludida, isto é, sempre que a vítima tenha aderido livremente (não coagida) ao tráfico, conquistando ela mesma certa vantagem com esse ato, não consigo vislumbrar delito algum. Todos os bens jurídicos envolvidos nesse tráfico são disponíveis. O consentimento válido da vítima elimina a situação de risco proibido. Logo, pela teoria da imputação objetiva, não havendo risco proibido, não há imputação objetiva da conduta (isto, é, não há tipicidade, não há crime)⁷.

Igualmente ensina Renato de Mello Jorge Silveira:

Por vezes, encontra-se um verdadeiro consentimento por parte da pessoa traficada, a qual procura novos mercados de trabalho. Isso não tem relação com ninguém, ao menos na construção verificada na legislação nacional. Ao se admitir a idéia da autonomia das relações interpessoais, a ninguém interessa condutas dadas no exercício de uma autonomia sexual, ainda que com uma intervenção de terceiros. Esta, por óbvio, não pode se dar de forma violenta, sob pena de configuração de agressão à autodeterminação sexual⁸.

Ante estas ponderaciones, es posible considerar la aplicación de la Teoría del Incremento del Riesgo, de Claus Roxin, que consiste en observar el comportamiento del autor del hecho criminoso, bien como la conducta correcta de la víctima realizada en los límites del

⁷ [...] para el reconocimiento de cualquier infracción que involucra prostitución lo fundamental es identificar no solo la ‘explotación’, sino también la clara ofensa a otros bienes jurídicos de la víctima (libertad individual, libertad sexual, etc.). Siempre que se trata de víctima mayor de edad, que de ningún modo haya sido engañada o iludida, es decir, siempre que la víctima haya adherido libremente (no coaccionada) a la trata, conquistando ella misma cierta ventaja con este acto, no consigo vislumbrar delito alguno. Todos los bienes jurídicos abarcados por esta trata son disponibles. El consentimiento válido de la víctima elimina la situación de peligro prohibido. Luego, por la teoría de la imputación objetiva, si no hay peligro prohibido, no hay imputación objetiva de la conducta (es decir, si no hay tipicidad, no hay crimen). (SANCTIS, Fausto Martins de. Tráfico internacional de personas: tipo penal e o consentimento do ofendido In REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (Coord.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 188).

⁸A veces, existe un verdadero consentimiento de parte de la persona traficada, que busca nuevos mercados de trabajo. Esto no tiene relación con nadie, al menos en la construcción que se verifica en la legislación nacional. Al admitir la idea de la autonomía de las relaciones interpersonales, a nadie le interesan las conductas dadas en el ejercicio una autonomía sexual, aunque con una intervención de terceros. Esta, obviamente, no puede darse de forma violenta, bajo pena de configuración de agresión a la autodeterminación sexual. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p. 377).

riesgo permitido, y verificar si hubo o no la posibilidad de producción de resultado lesivo al ofendido. En ese contexto, el análisis de la participación de la víctima en el proceso de imputación de la tipicidad es crucial, pues permite encuadrarla como cocausadora de concretar la conducta, lo que podrá influir positivamente en la responsabilidad penal del ofensor, generando, incluso, exclusión de tipicidad, ante la constatación de autopuesta de la víctima en peligro.

El instituto de la autopuesta en peligro versa sobre la exposición consciente de la víctima a un determinado evento peligroso, que genere riesgo de lesión. Este instituto se encuadra en las llamadas “acciones al propio riesgo”, en las cuales el titular pone sus bienes en peligro por medio de una acción creada o favorecida por tercero. Importa destacar que el consentimiento, en este caso, está relacionado con el riesgo de lesión y no con la lesión propiamente.

El impedimento a la aplicación del instituto de la autopuesta en peligro consiste en saber cuál es el límite de las acciones practicadas por la víctima, de modo que la conducta del tercero sea un riesgo jurídicamente permitido, a punto de excluir la tipicidad.

Esto porque — si la conducta del traficante no creó un peligro no permitido por la víctima, o si no produjo efectos concretos — no sería plausible que el Derecho Penal asumiese el encargo de tutelar un bien cuyo propio titular interesado no se preocupó en proteger.

Asimismo, a partir de los conceptos de consentimiento y autopuesta en peligro, Alessandra Greco distinguió tres conductas referentes a la situación de las víctimas de la trata de personas: (i) son incitados con falsas promesas, pero cuando la situación no deseada se revela, ya es irreversible en virtud de las circunstancias; (ii) saben cuál es la situación que les espera y la aceptan, pero, por medios de coacción, no pueden abandonarla en momento posterior; y (iii) saben lo que les espera y aceptan estas condiciones porque su condición de vida, aunque menos digna, es mejor que la condición en su región de origen⁹.

Hipotéticamente, en el caso de la primera conducta, se entiende que no sería posible la aplicación del instituto de la autopuesta en peligro, pues la voluntad fue viciada; en los demás casos la voluntad es libre, lo que admitiría la aplicación de los institutos de la autopuesta en riesgo y del consentimiento, ambos suficientes a la exclusión de la tipicidad. O sea, la

⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Da autotolocação da vítima em risco e o tráfico de pessoas**. In MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Tráfico de personas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. ISBN 85-7674-438-4, p. 30 y 31.

doctrina sugiere que la solución estaría en la identificación de la situación de la víctima: si ésta es capaz y se encuentra en condiciones de asumir riesgos, o si de hecho se encuentra en un estado de vulnerabilidad, a punto de que su manifestación de voluntad se considere descartable.

Sin embargo, tal sugerencia doctrinaria solamente se podría aplicar si el bien jurídico tutelado en los crímenes de trata de personas es individual, sobre el cual la víctima pueda disponer libremente.

En España, el bien jurídico protegido por la norma penal referente a la trata de personas es la integridad moral de la víctima, como manifestación de la dignidad humana, y por tanto, un bien individual disponible, como explica la doctrina:

El delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, “la dignidad y la libertad” del sujeto pasivo. Se trata de una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido. (...) Ciertamente, la integridad moral constituye una manifestación directa de la dignidad humana. El atentado contra la integridad moral intensifica el injusto producido por la agresión al bien jurídico, ya que como derecho fundamental y consecuencia directa de la dignidad humana, dicho bien jurídico resulta disponible por lo que el consentimiento del sujeto pasivo actuará como causa de exclusión de la tipicidad. En todo caso, el carácter degradante de una acción no se encuentra en si misma, sino en el hecho de que la misma sea impuesta al sujeto pasivo⁷. La integridad moral se configura como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el “ser humano” sea considerado como puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, lícito o ilícito. Toda persona, por tanto, tiene derecho a recibir tratamiento en conformidad con su condición de ser humano libre y digno de respeto; en suma a ser tratado como un ser humano, nunca como un simple objeto. El bien jurídico integridad moral se interpreta, también, como el derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Finalmente, el referido bien jurídico se concibe como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos,

sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad¹⁰.

El delito de trata de seres humanos se regula tras los delitos contra la integridad moral de las personas, aquellos que persiguen la instrumentalización de las personas, o la negación de su condición de tal, a través de un trato inhumano o degradante¹¹.

A pesar de describir el tipo penal de trata de personas de forma semejante al derecho español, en el derecho brasileño — por fuerza de la nueva redacción que introdujo la Ley n° 12.015/09 — el bien jurídico tutelado en los crímenes en cuestión no es la integridad moral de la víctima, sino la dignidad sexual en sentido *lato*, y que por tanto, no está a la disposición de titulares individualizados, pero de toda la colectividad en conjunto.

Esto significa decir que, aunque que la víctima sea la ofendida inmediata, no podrá consentir sobre el resultado lesivo, ya que el bien jurídico no es suyo, pero de la colectividad. Es lo que expone Maria Elizabeth Queijo:

Mas nem todos os bens jurídicos podem ser objeto do consentimento. Quando se tratar de bens jurídicos cuja lesão dirige-se contra a comunidade, o consentimento restará excluído. Mesmo nos casos em que é uma pessoa individual a que resulta imediatamente ofendida pelo fato, não poderá ela consentir na lesão, porque o bem jurídico não está ao seu dispor. Essa é, exatamente, a hipótese do crime de tráfico de pessoas¹².

Por tratarse de un bien jurídico colectivo, tal como sucede con el instituto del consentimiento, no se permite a la víctima poner en riesgo un bien jurídico que no le pertenece y que, por tanto, no está disponible. En ese sentido enfatiza ORCESI:

¹⁰ NUÑEZ, Juan Antonio Martos. **El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal**. Estudios Penales y Criminológicos, v. XXXII, 2012, p. 100 y 101.

¹¹ CINTRA, Esther Pomares. **El delito de trata de seres humanos com finalidade de explotación laboral**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, p. 6.

¹² Sin embargo, no todos los bienes jurídicos pueden ser objeto de consentimiento. Cuando se trata de bienes jurídicos cuya lesión esté dirigida contra la comunidad, el consentimiento restará excluido. Aun en los casos en que es una persona individual la que resulta inmediatamente ofendida por el hecho, ella no podrá consentir la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Esta es, exactamente, la hipótesis del crimen de trata de personas (QUEIJO, Maria Elizabeth; RASSI, João. **Tráfico internacional de pessoas e o Tribunal Penal Internacional** In MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p.229).

A autocolocação em risco só poderá ser relevante quando a disposição com relação ao risco só afete a vítima, ou seja, só afete os bens jurídicos individuais. Nos delitos contra bens jurídicos da coletividade não existe disposição do bem válida porque o indivíduo, como tal, não é o titular¹³.

Hay que destacar que los bienes jurídicos colectivos o vagos en el ámbito del Derecho Penal Sexual no son compatibles con el avance legislativo pretendido por una sociedad plural; el concepto amplio de dignidad no puede sobrepujar los deseos libres del individuo, aun cuando prostituido o en vías de prostituirse, o sea, en el campo sexual cada individuo tiene el derecho de ponerse en situación distinta de la posiblemente elegida por el consenso social, véase:

De la misma forma, aunque la acción consentida no provoque un bienestar en el titular del bien jurídico o no esté en el ámbito de lo generalmente aceptable, no hay que discutir el desvalor del resultado. Cuando se trata de un bien jurídico, lo que vale es la voluntad real de su titular y no el ‘bienestar real’ del titular del bien. Además, es exactamente el titular el que puede decir qué es bueno para su propio bienestar¹⁴.

Es decir, a pesar de que el legislador brasileño estipule un bien jurídico colectivo, cerceando la voluntad libre y consciente de personas mayores y capaces en detrimento de la dinámica social actual y de la evolución del Derecho Penal Sexual, no se debe admitir que un tipo penal concerniente a la manifestación de la libertad sexual, tal como la trata de personas, sea limitado ante la estipulación legal del bien jurídico, una vez que — si el individuo es mayor de edad y legalmente capaz — tiene derecho de autodeterminación de la manera le convenga, independiente de cualquier patrón moral.

III. CONCLUSIÓN

Se concluye, por tanto, que tanto el ordenamiento jurídico brasileño como el español criminalizan varias conductas abarcadas en la práctica de crimen de trata de personas. Sin embargo, el factor impeditivo de la aplicación de institutos despenalizadores a estas

¹³ La autopuesta en peligro solamente podrá ser relevante cuando la disposición con relación al riesgo afecte solamente a la víctima, es decir, solamente afecte los bienes jurídicos individuales. En los delitos contra bienes jurídicos de la colectividad no existe disposición válida del bien porque el individuo, como tal, no es el titular. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Da autocolocação da vítima em risco e o tráfico de pessoas**, In MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). *Tráfico de pessoas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 28).

¹⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 93.

conductas — como el consentimiento del ofendido y la autopuesta en peligro — se ubica en lo que la ley elige como bien jurídico protegido por la norma penal.

En el caso de España, la aplicación de estos institutos es plenamente posible, porque el bien jurídico protegido es la integridad moral de la persona humana, un bien individual y disponible. En Brasil, a su vez, existe un obstáculo legislativo que adviene de la Ley n° 12.015/09, que definió como bien jurídico la dignidad sexual en sentido amplio, un bien colectivo e indisponible a la víctima, lo que hace imposible la aplicación de tales institutos.

LA EXPANSIÓN DE LOS SUPUESTOS DE REVISIÓN DEL ART. 954.4 LECR., EN RELACIÓN CON LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

PROF. DRA. D.^a M.^a JOSÉ TRENZADO ASENSIO

Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona. Socia de la FICP.

RESUMEN: Razones de justicia material están llevando a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a estimar recursos de revisión interpuestos contra sentencias dictadas, con la conformidad del acusado, en el ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido, en delitos contra la seguridad vial, en concreto en las modalidades contempladas en los dos párrafos del art. 384 del CP, estos es, pérdida de la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos asignados legalmente (párrafo primero), o conducción realizada tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial, y conducir un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción (párrafo segundo), al resolver sobre la no concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia. La Sentencia que vertebra nuestro comentario (STS de 9 de abril de 2015) analiza dos cuestiones de forma, esto es, si cabe revisión contra sentencias dictadas con la conformidad del acusado, y si puede entenderse incluido dentro de la terminología “*el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba*” del art. 954.4 de la LECr., las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en concreto la agravante de reincidencia, resolviéndolas, ambas cuestiones de forma, en sentido estimatorio. Y, analizado lo anterior, entra en el fondo, estimando la revisión, pero no con la consecuencia de la propia naturaleza del recurso de revisión, la declaración de nulidad de la sentencia revisada, sino que al tratarse de la no concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y la revisión, sólo afectar a esta, procede a declarar la nulidad parcial con la consiguiente consecuencia “*ágil*” de proceder en la misma sentencia a la reindividualización penológica, que hace la propia Sala en el mismo recurso de revisión, por aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación.

En el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en recursos de revisión, nos ha llamado la atención las razones de justicia material que están llevando a la Sala Segunda a estimar recursos de revisión interpuestos contra sentencias dictadas, con la conformidad del acusado, en el ámbito de las diligencias urgentes de juicio rápido, en delitos contra la seguridad vial, en concreto en las modalidades contempladas en los dos párrafos del art. 384 del CP, estos es, pérdida de la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos asignados legalmente (párrafo primero), o conducción realizada tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial, y conducir un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción (párrafo segundo), al resolver sobre la no concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia.

Con carácter previo, y tal como recoge la STS de 19 de diciembre de 2014, es necesario recordar que “*el recurso de revisión es un recurso excepcional (v. SS. de 25 de mayo de 1984, 18 de octubre de 1985 y de 30 de mayo de 1987, entre otras), al tener por objeto la*

revocación de sentencias firmes y atender por ello al principio de cosa juzgada, e implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal (v. ss. de 30 de noviembre de 1981 y de 11 de junio de 1987, entre otras). Supone, en definitiva, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada y persigue fundamentalmente mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica (v. STC de 18 de diciembre de 1984). Por todo ello, solamente cabe acudir a este remedio procesal en los supuestos expresamente previstos en el art. 954 de la LECrim. (ATS de 21 de octubre de 2001).

Cuando se trata del supuesto previsto en el artículo 954.4º LECr. es preciso que las nuevas pruebas lo sean efectivamente, bien porque antes no existieran o porque fueran conocidas después, y que demuestren la inocencia del condenado o justifiquen la imposición de una pena menos grave o más beneficiosa para el reo.

No se trata por lo tanto de elementos probatorios que permitan nuevas argumentaciones en pro de la inocencia del entonces condenado, sino de nuevas pruebas que la evidencien desvirtuando totalmente las pruebas que en su día se tuvieron en cuenta para la condena”.

Pues bien, en la sentencia que vamos a comentar, y que vertebra la exposición (STS 9 de abril de 2015), se matiza lo que acabamos de exponer, procediendo la Sala, con agudeza de razonamiento, a resolver sobre cuestiones no infrecuentes en la práctica forense, en la necesidad de llevar la justicia material a situaciones provocadas por la conjunción de la conformidad prestada en el ámbito de las diligencias urgentes del juicio rápido (B.O.E. nº 258, de 28 de octubre de 2002), traducido en la rebaja de un tercio de la pena, lo que provoca el aquietamiento del acusado (a pesar de conocer que no concurre la agravante pero sin poderlo probar), en el tipo del art. 384 del CP, en relación con el recurso de revisión de la LECr («BOE» núm. 260, de 17/09/1882).

En efecto, la Sala Segunda da respuesta a dos problemas de forma y el de fondo, con las consecuencias que ello produce.

Cómo cuestiones de forma se plantea si cabe revisión en sentencias de conformidad, y si en la terminología “*el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba*” del art. 954.4 de la LECr. se entienden incluidas las circunstancias modificativas de la

responsabilidad criminal.

Resuelto lo anterior, entra en la cuestión de fondo dándole respuesta: concurre el motivo de revisión, lo que provoca, dada “*singularidad del supuesto*”, una declaración de nulidad parcial, haciéndose hincapié en que la apreciación del motivo de revisión no produce el efecto característico de la nulidad de la sentencia para, en su caso, iniciarse nueva causa. Lo anterior conduce a la consecuencia “*ágil*” de proceder en la misma sentencia a la reindividualización penológica en la misma resolución, que hace la propia Sala en el mismo recurso de revisión, por aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación, sin necesidad de demorarlo a un momento posterior.

Veámoslo pues. Estamos hablando de la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, nº de recurso 20332/2014, nº de resolución 204/2015, en la que es Ponente el Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo, D. Antonio del Moral García. En ella se resuelve, en sentido estimatorio, con declaración de nulidad parcial, un recurso de revisión interpuesto contra una sentencia dictada por un Juzgado de Instrucción, en el ámbito de juicio rápido, por la que se procedía a la condena por un delito contra la seguridad vial concurriendo la agravante de reincidencia.

Según se explica en la citada resolución, el entonces acusado de ese delito concurriéndole esa agravación, se encontraba en trámite procesal de diligencias urgentes-juicio rápido, lo que justifica que la sentencia fuera dictada por el propio Juez de Instrucción (la sentencia no lo dice, pero presuponemos, que en funciones de guardia), y según el mismo acusado manifiesta en su recurso, y así lo recoge la sentencia, este se aquietó a acusación del Ministerio Fiscal “*para no renunciar a los beneficios penológicos que se anudan a esa temprana conformidad en el art. 801 LECr*” (imposición de la pena solicitada reducida en un tercio). El acusado explica que en ese momento era consciente de que los antecedentes penales que le constaban, no sólo eran cancelables en la fecha de comisión del hecho sino que habían sido ya cancelados.

En trámite de revisión, “*el solicitante no proclama su inocencia, como exige expresamente el precepto, sino la cancelabilidad del antecedente penal que sustentaba la agravante de reincidencia y, por tanto, la improcedencia de su apreciación*”.

La sentencia que comentamos, ventila **dos cuestiones de forma**:

La primera viene referida a si cabe la revisión frente a una sentencia de conformidad. En este sentido, existen precedentes (SSTS de 4 de diciembre de 1979 ó 1032/2013, de 30 de

diciembre, por citar junto a una de las más recientes, otra de las más lejanas en el tiempo que suelen evocarse), tal y como recoge la STS de 19 de noviembre de 2014. Como consecuencia de lo anterior, la sentencia que comentamos procede, en el FJ 2º, a declarar que “*No es obstáculo para la revisión que estemos ante una sentencia dictada por conformidad*”.

Añade que “*La revisión no es propiamente un recurso. Es un procedimiento autónomo dirigido a rescindir una sentencia condenatoria firme*”. Por ello entiende que no resulta aplicable el art. 787.7 LECr. (Precepto que restringe la recurribilidad de las sentencias de conformidad, únicamente, a los casos en los que no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada).

En este sentido la sentencia comentada se hace eco del Auto del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2014 (por todos) en el que se recoge que “*no es totalmente neutro o indiferente el carácter consensuado de la sentencia. Supone que el acusado aceptó los hechos y mostró su anuencia con la pena. El principio de no ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire) podría alentar el rechazo absoluto de una vía de impugnación como la revisión frente a una sentencia que contaba con el asentimiento expreso del ahora demandante.*

Pero (indica el alto Tribunal que) *no puede situarse al imputado en la tesitura de: a) o acudir a juicio para demostrar que no era reincidente, pero verse sometido a una pena posiblemente superior por la pérdida de los beneficios derivados de la conformidad premial; o b) conformarse con la pena rebajada, aunque asumiendo una agravante que no procede (STS 803/2013, de 31 de octubre).*

En casos como éste es de justicia abrir las puertas de la revisión pese a su carácter excepcional para permitir acreditar la improcedencia de esa agravante.”

La segunda cuestión de forma viene referida a la cuestión de si es la revisión el cauce idóneo para anular una agravante manteniendo la declaración de culpabilidad del sujeto. Esta cuestión queda resuelta en el FJ 3º, evocando la doctrina de la Sala 2ª que saliendo al paso de la literalidad del art. 954.4 LECr (que permite recurrir en revisión cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado) “*que ha ido ensanchando el ámbito de los motivos de revisión para dar cabida, entre otros supuestos, a casos en que los nuevos elementos de prueba acreditan no la inocencia, sino una eximente o atenuante de la*

responsabilidad penal; o incluso una **“no agravante”**.

A esa fuerza expansiva del ámbito de las causales de revisión se refiere la STS 736/2012, de 2 de octubre. Se mencionan en ella precedentes de admisión de una revisión para atenuar la responsabilidad penal:

“Otro ejemplo de la evolución jurisprudencial en la expansión de los supuestos de admisión de la revisión, lo es, entre otras la STS nº 1594/2003 al proclamar que la revisión es admisible, no solamente en los casos en que el nuevo hecho o elemento de juicio sea determinante de la absolución, sino también cuando la injusticia a enmendar sea la indebida no estimación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad. Y, desde luego la de una causa de exención.

Doctrina que reitera la del Auto de 20 de febrero de 2003 que decía: Aunque la jurisprudencia más clásica negó la posibilidad de reconducir al artículo 954.4º supuestos como el presente, esa doctrina fue rectificadada hace años y en la actualidad esa Sala admite que por la vía del artículo 954.4º se canalicen aquellos supuestos en que los nuevos hechos o nuevos elementos de prueba no vengan a demostrar la inocencia, pero si la concurrencia de una eximente o atenuante u otra causa de aminoración de la responsabilidad que no hubiese sido apreciada en la sentencia condenatoria (Auto de 12 de julio de 1994 o sentencias de 7 de abril de 1994 o 11 de marzo de 1994).

En relación concretamente a la **agravante de reincidencia** se pueden identificar dos precedentes, que son certeramente invocados en el extenso y documentado informe del Ministerio Fiscal.

A saber: “Se admite en ambos que la posibilidad de (rectius, rescindir) una sentencia para dejar sin efecto esa agravante: STS 407/2002, de 7 de marzo, aunque venía acompañada del voto de un Magistrado, discrepante) o STS 296/2004, de 10 de marzo.

Se lee en la primera de las resoluciones citadas “La circunstancia de agravación ha supuesto para el recurrente una agravación de la consecuencia jurídica correspondiente a su conducta, por lo que el exceso de penalidad, con relación al mismo delito sin la concurrencia de la circunstancia de agravación, supone el hecho que fundamenta la revisión.

Y en la segunda: “La primera cuestión, como ya se ha dicho, jurisprudencialmente no resulta, en la actualidad y al existir precedentes en el mismo sentido, problemática, pues la indebida aplicación de la reincidencia ha significado para el recurrente una agravación de la consecuencia jurídica correspondiente a su conducta, por lo que el exceso de penalidad,

con relación a la que correspondería al mismo delito son la concurrencia de la circunstancia de agravación, supone el “hecho” en que válidamente fundamenta la Revisión.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, señala la Sentencia que “el antecedente penal era cancelable tal y como recoge el Fiscal en su dictamen y como se deriva del juego de fechas.

Las penas impuestas se habían convertido en leves aunque derivasen de un delito por efecto de la degradación admitida por el art. 801 LECr.

Y entre la fecha de extinción de las penas y la comisión de nuevo delito había transcurrido un tiempo superior al plazo que fija el art. 136 CP para la cancelabilidad de esos antecedentes.”

Pues bien, la Sala recoge que “La singularidad del supuesto de Revisión” que analiza “dificulta el sentido del desenlace”.

“En los supuestos plenamente ajustados al contenido previsto en el art. 954.4 LECr, la sentencia de Revisión, ha de consistir en la declaración sin más de la nulidad de la sentencia para, en su caso, iniciarse nueva causa, si procede.”

En este supuesto, por el contrario, la estimación del recurso extraordinario ha de ceñirse a una **nulidad parcial**, afectante tan solo a un específico apartado de la condena, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la Sentencia revisada. La declaración de improcedencia de la agravación y la consiguiente modificación de la consecuencia jurídica constituyen el punto de llegada.

Está claro que la anulación corresponde a esta Sala Segunda: es contenido inexcusable de la estimación de una demanda de revisión. **La duda surge** a la hora de dilucidar si las consecuencias de esa nulidad parcial (en este caso **reindividualización penológica**) han de ser también proclamadas por éste órgano o por el de instancia.

El art. 959 de la ley Procesal dispone que la Sala, tras la tramitación del Recurso conforme a la normativa procesal de la casación por infracción de ley, dictará Sentencia que será irrevocable. Con esa base se puede entender que esta Sala está autorizada para resolver definitivamente la cuestión deducida sin reenviar la causa al órgano jurisdiccional que dicto la resolución a anular parcialmente. La aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación apuntan en igual dirección.

Consecuentemente procede dictar un Fallo que abarcará no solo la declaración de

*nulidad parcial de la sentencia revisada en cuanto a la circunstancia de reincidencia que ha de ser borrada. Eso ha de arrastrar también la sustitución de las penas. Es un debate poco útil plantearse si la formula ha de plasmar en una doble sentencia como invitaría a hacer la supletoriedad expresa del recurso de casación por infracción de ley; o basta con una única sentencia que declare la nulidad y seguidamente extraiga las oportunas consecuencias. Esta segunda, **más ágil**, es la que seguiremos como se hizo en los precedentes invocados.”*

La Sala Segunda termina asumiendo “**la labor de reindividualización penológica** redimensionando las penas impuestas, eludiendo así el trámite dilatorio de diferir al Juzgador la remodelación de esas duraciones tal y como marcan también los precedentes citados.

A ese respecto consideran preciso recalcar que la supresión de la agravante no inevitablemente llevará al mínimo que reclama el solicitante. El art. 66 CP a la hora de individualizar las penas obliga a tener en cuenta las circunstancias personales del autor. Entre ellas está el dato no despreciable de que no es la primera vez que el solicitante cometía infracciones de esta naturaleza. La cancelabilidad impide apreciar la agravante; pero la constancia de ese antecedente es valorable por la vía del art. 66 CP, representa un elemento que aconseja no imponer estrictamente el mínimo: es proporcionado un ligero incremento en los términos que se reflejarán en la parte dispositiva y que tienen en cuenta la reducción en un tercio sobre las que se reputarían procedentes en abstracto.”

Pues bien, concluyendo, entendemos que la labor que realiza la Sala Segunda de sanación de situaciones acreditativamente injustas, lo hemos ceñido al supuesto de no concurrencia de la agravante de reincidencia, siendo frecuentes los pronunciamientos del alto tribunal, por concurrencia de hechos nuevos o nuevos elementos de prueba, acreditativos de la inocencia (STS 19 noviembre de 2014, o STS 15 de marzo de 2015), o incluso de la atipicidad (STS 17 de diciembre de 2014). Llamando poderosamente la atención que todas ellas comparten los elementos comunes de: sentencia, conformidad (aquietamiento, no convencido, por la rebaja de la pena en un tercio), diligencias urgentes juicio rápido, revisión por hechos nuevos o nuevos elementos de prueba. Una vez más la labor judicial imparte justicia material conjugando la legislación más moderna (2002) con la antigua (1882).