

PARTICIPACIÓN EN EL DELITO E IMPRUDENCIA^(*)

RICARDO ROBLES PLANAS

Ayudante de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

1. Introducción^(**)

1. La cuestión relativa a la participación en los delitos imprudentes ha sido y es uno de los temas más debatidos en la dogmática penal moderna¹. En España, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, la polémica se ha reabierto con una intensidad y diversidad de opiniones considerables. Las siguientes líneas pretenden únicamente destacar el estado de la cuestión y proponer algún camino todavía no suficientemente explotado por doctrina y jurisprudencia. En primer lugar me ocuparé de resaltar algunos aspectos problemáticos del Derecho vigente alemán en esta materia (apdo. 2), para posteriormente esbozar también el estado de la cuestión en la doctrina española tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, mostrando especial atención a los

* Este trabajo proviene de una ponencia que presenté en el «Seminario Giuridico - Giornate bolognesi» celebrado en la Universidad de Bolonia los días 7 y 8 de Mayo de 1999 y organizado por los Doctores de Investigación L. Cornacchia y V. Manes, bajo la dirección del Prof. Dr. Filippo Sgubi.

** Abreviaturas empleadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CPC: Cuadernos de Política Criminal; FS: Festschrift (libro homenaje); GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JZ: Juristen Zeitung; JuS: Juristische Schulung; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; RPJ: Revista del Poder Judicial; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ Lo destaca también, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, 1999, pág. 17.

planteamientos de los autores que más detalladamente han abordado el problema (apdo. 3). Finalmente, y en la medida en que lo permite la naturaleza de este trabajo, apuntaré mi opinión personal que, adelantando acontecimientos, discurrirá por el tan controvertido fundamento del injusto del partícipe (apdo. 4).

2. Breve referencia al estado de la cuestión en la doctrina alemana

1. La discusión sobre la participación en los delitos imprudentes en la doctrina alemana está viciada por la previsión legal de los §§ 26 (inducción - *Anstiftung*) y 27 (complicidad - *Beihilfe*) del StGB: en ambos se exige *dolo en el partícipe* y que el *hecho principal sea doloso*. Por consiguiente, el StGB consagra un sistema unitario o extensivo de autor en el caso de los delitos imprudentes. Si varias personas causan imprudentemente un resultado típico, cada una es responsable de la totalidad como autor². Esta regulación legal, aparentemente sencilla, no está exenta de problemas³. Dado que no es posible abordar aquí la materia en toda su complejidad, me limitaré a poner de relieve sólo algunos de ellos.

2. Está unánimemente admitido por la doctrina que la mera causalidad no conduce a la responsabilidad⁴. Es preciso, además, que se den otras condiciones que permitan imputar objetivamente el resultado a su autor. Cuando en un mismo delito aparecen diversas creaciones de riesgos dolosas e imprudentes no conectadas entre sí, entonces nada habría que objetar a la solución seguida por el StGB. Se trata del

² Fundamental en esta materia, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, § 54, IV.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherschaft*, 6.^a ed., 1994, págs. 552 y ss.; el mismo, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., 1992, previo al § 26, n.º marg. 26; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, 22/12; CRAMER, en SHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.^a ed., 1997, previo a los §§ 25 y ss., n.º marg. 32; OTTO, «Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich», en *Festschrift für Spendel*, 1992, págs. 270 y ss. Sin embargo, en Austria tanto la doctrina como el propio StGB admite las formas de participación en los delitos imprudentes. Vid. al respecto, SCHMOLLER, «Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf. Zugleich ein Beitrag zur fahrlässigen Beteiligung», *Festschrift für Triffiterer*, 1996, págs. 241 y ss., con referencias bibliográficas.

³ Vid., críticamente respecto a la regulación del StGB, JAKOBS, *Strafrecht*, 22/12; CRAMER, en SHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, previo a los §§ 25 y ss., n.º marg. 32; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1984, 14/94.

⁴ Cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1997, 11/1 y ss., 11/39 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 7/1 y ss.; FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, *passim*.

modelo de la «autoría accesoria»⁵ (*Nebentäterschaft*), que por cierto, no requiere de ninguna previsión legal para su aplicación, sino que se desprende directamente de la propia esencia de la doctrina de la imputación objetiva y la autoría. Sin embargo, la producción de un resultado mediante la confluencia separada de diversos riesgos sólo tendrá lugar de manera excepcional. Lo habitual será que de un modo u otro las aportaciones estén interconectadas o relacionadas entre sí, es decir, que se produzcan en un contexto delictivo en el cual se previó o se pudo prever por parte de todos los intervinientes la producción del resultado. Cuando ello sucede, el modelo seguido por el StGB conduce a soluciones insatisfactorias, tanto en los casos de participación imprudente en delitos dolosos (a), como en los de participación imprudente (b) y dolosa (c) en delitos imprudentes.

a) Por un lado, si el segundo sujeto (ejecutor) actúa con dolo, entonces surge la cuestión de si debe o no hacerse responsable al primer sujeto que interpuso, imprudentemente, una condición del resultado. En estos casos, estamos ante la tan discutida institución de la «prohibición de regreso». Desde que en 1924 Frank esbozara las líneas fundamentales de esta teoría⁶, la doctrina alemana no ha dejado de discutir sobre si la creación imprudente de condiciones que son aprovechadas por otro para cometer un delito debe o no castigarse y, en su caso, si debe castigarse a título de participación o autoría imprudentes⁷.

En el fondo, el problema que subyace a la teoría de la prohibición de regreso es el de hacer responsable a alguien como autor de un deli-

⁵ Sobre esta figura, vid. la mejor monografía en lengua alemana, MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, 1993.

⁶ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15.ª ed., si bien el desarrollo de su teoría se produce en la 16.ª ed. de 1925 y sobre todo en la 18.ª ed. de 1931, § 1, III 2 a. En cualquier caso, la problemática ya fue apuntada con anterioridad (aunque sin utilizar el término de «prohibición de regreso») por M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, 2.ª ed. no modificada de 1923, pág. 153

⁷ Sobre la prohibición de regreso, pueden compararse las diversas posturas en la doctrina más reciente representadas fundamentalmente por NAUCKE, «Über das Regreßverbot im Strafrecht», *ZStW* 76 (1964), págs. 409 y ss.; JAKOBS, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt», *ZStW* 89 (1977), págs. 1 y ss. [existe traducción publicada en España de CANCIO MELIÁ, «La prohibición de regreso en el delito de resultado» en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, págs. 241 y ss.]; OTTO, «Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht», *Festschrift für Maurach*, 1972, págs. 91 y ss.; ROXIN, «Bemerkungen zum Regreßverbot», *Festschrift für Tröndle*, 1989, págs. 177 y ss.; WERHLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?*, 1986. Vid. además, la reciente monografía de DIEL, *Das Regreßverbot im Strafrecht*, 1997, con numerosas referencias históricas y bibliográficas. Reabriendo la polémica en torno a la inducción, vid. HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen» en *ZStW* 110 (1998), págs. 581 y ss. En España, véase la reciente aportación de FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, *passim*.

to imprudente cuando materialmente, se trata de contribuciones secundarias, de menor importancia que las de autoría, y que, por consiguiente, deberían ser constitutivas de mera participación imprudente en un delito doloso. Como un sector de la propia doctrina alemana ha venido denunciando insistentemente, no parece aceptable que aquellas aportaciones que en caso de dolo son consideradas mera participación, pasen a constituir autoría si media imprudencia⁸. Sin embargo, dado que el StGB exige dolo en el partícipe, la posibilidad de una participación imprudente está descartada legalmente en aquel Derecho. Sobre este punto se volverá posteriormente.

b) Por otro lado, si el segundo sujeto obra de manera imprudente pero el primero pudo prever tal extremo, entonces aparece la problemática específica de si en un delito imprudente cabe distinguir entre aportaciones de autoría (más importantes) y aportaciones de participación (de menor importancia).

En Alemania, tal posibilidad está de nuevo legalmente excluida (§§ 26 y 27 StGB): en los delitos imprudentes no puede distinguirse según la importancia de las aportaciones. La participación sólo es posible si se realiza dolosamente y se refiere a un hecho principal doloso.

Independientemente de la opción tomada por el legislador alemán, buena parte de la doctrina de aquel país niega, ya en el plano teórico, la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes⁹. Ello es una consecuencia lógica de la teoría del *dominio final del hecho*¹⁰. Si el dominio del hecho presupone la «finalidad» del

⁸ Por ej., H. MAYER, *AT*, 1953, pág. 312; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, págs. 80 y ss.; WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?*, pág. 83.

⁹ Así, por ejemplo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, (§ 15, 2. b). Vid. también, GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, págs. 90 y ss.; MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, 1989, § 42, n.º marg. 39; KÜPPER, *ZStW* 105 (1993), pág. 299. Sin embargo, a favor de la distinción, pág. ej., JAKOBS, *Strafrecht*, 21/112; SPENDEL, *JuS*, 1974, págs. 752 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, n.º mar. 1150 y ss.

¹⁰ Así, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*: «en los delitos dolosos es autor solamente aquel que es dueño de la realización típica mediante la conducción con consciencia de la finalidad del curso causal hacia el resultado típico. Mediante el dominio final del hecho el autor se destaca del mero partícipe, quien respecto del hecho dominado finalmente por el autor tan sólo presta su ayuda o incita a su decisión. Únicamente en los tipos dolosos, existe la distinción entre autoría y participación y sólo en ellos se exige materialmente esa diferencia» (§ 15, 2. b). «La «participación» en hechos principales no dolosos es «participación» sin autor y por ello no es una participación «real» o «verdadera», sino «causación» (*Uhrheberschaft*)» (§ 16 2. a.). Parece incontestable que tanto los posicionamientos teóricos actuales en Alemania, como la propia regulación legal del StGB relativos al concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, tienen su origen en la teoría finalista de Welzel (Cfr. BACIGALUPO ZAPATER,

autor, es contrario a la «naturaleza de las cosas» entender que en un hecho imprudente pueden existir partícipes (cómplices e inductores) que motivan o favorecen a un autor que no domina finalmente el hecho¹¹. En consecuencia, en un hecho imprudente todos los intervinientes responden de la misma manera, en calidad de autores, siempre que se haya infringido la norma de cuidado. La doctrina alemana mayoritaria sostiene, por tanto, un *concepto unitario de autor* en los delitos imprudentes¹².

Sin embargo, como también se intentará demostrar más adelante, no parece ni dogmática ni político-criminalmente aceptable que en el ámbito del delito imprudente todas las contribuciones se castiguen de la misma manera y obedezcan al mismo título de imputación¹³.

«Objektives und subjektives in den Lehren von der Täterschaft und Teilnahme», *Chechchi Law Review*, n.º 50, 1994, págs. 403 y ss.; el mismo, *Principios de Derecho penal, Parte general*, 4.º ed., 1997, pág. 360. De otra opinión, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, págs. 188 y ss.). Siguiendo a Welzel, vid., por todos, GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, págs. 90 y ss., y 143 y ss.; MAURACH/GÖSSEL, *AT*, II, § 50, n.º marg. 44 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 14/9; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, págs. 99 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, págs. 654 y ss.; SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, § 25, n.º marg. 141; ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 1993, § 25, n.º marg. 156.

¹¹ Afirma WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, § 16, 2. a), que «la admisión de la inductión a un hecho principal no doloso conduciría a una completa inversión de las condiciones vida y a unas representaciones totalmente ajenas al sentido común». Sin embargo, en contra de que la exclusión de la participación en los delitos imprudentes obedezca a la naturaleza de las cosas, ENGISCH, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pág. 115, añadiendo, además, en contra de lo sostenido por Welzel, que la distinción entre autoría y participación no reside en la finalidad como tal (ya que el partícipe también obra finalmente), sino en la forma o clase de la finalidad (pág. 114).

¹² El concepto unitario de autor se define por oposición al concepto restrictivo, esto es, consagrando la imposibilidad de distinguir en los delitos imprudentes entre la diversa entidad de las aportaciones realizadas, de manera que toda contribución imprudente a la lesión del bien jurídico comporta la responsabilidad a título de autor. La visión unitaria del concepto de autor, según creo, obedece a la contemplación aislada de la relación entre norma e interviniente, que no llega a considerar el hecho como suceso objetivado y relativamente desprendido de los que en él toman parte. Vid. en profundidad, sobre el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes sostenido por la dogmática alemana, DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, págs. 110 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 1990, págs. 272 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 21, quien, además, pone de relieve, con razón, que entre la doctrina alemana cada vez son más las voces que se alzan reclamando la vigencia del concepto restrictivo de autor en el ámbito de la imprudencia, (pág. ej., recientemente, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, págs. 199 y ss. y *passim*).

¹³ La doctrina alemana mayoritaria, coherentemente con el fundamento expuesto, no admite tampoco la posibilidad de la autoría mediata y la coautoría en los delitos imprudentes. Vid., por todos, CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, § 25, n.º marg. 112 y ss.; ROXIN, *LK*, § 25, n.º marg. 220 y ss.

c) Queda un último grupo de casos, cuya solución no es menos problemática que la de los anteriores. Se trata de aquellos en los que el ejecutor obra de manera imprudente y el primer sujeto no sólo prevé la producción del resultado, sino que además contribuye dolosamente a que el segundo lo cause. Cuando ello sucede, estamos ante una intervención dolosa en un delito imprudente. La cuestión es la de determinar el título por el que debe responder el primer sujeto.

De nuevo el StGB es tajante al excluir la posibilidad de castigar al primer sujeto como partícipe, ya que el delito efectivamente producido no es doloso. Dada esta imposibilidad, sólo queda acudir a la figura de la autoría mediata. Esta solución —que tiene también por base el dominio final del hecho¹⁴— tampoco es satisfactoria. Y ello, porque como advierte Jakobs, se opone a los principios generales de distribución de la responsabilidad¹⁵. Si, por ejemplo, A lanza a la víctima una piedra en la cabeza, la responsabilidad de quien le ha proporcionado la piedra (B) no puede depender de si A ha actuado de manera imprudente o dolosa¹⁶. Sin embargo, según el Derecho vigente alemán, si A actuó dolosamente, B deberá responder como cómplice; en cambio si A actuó de manera imprudente, B deberá responder como autor mediato.

Es obvio que la solución de la autoría mediata no puede compartirse como solución general para todos los casos de contribución dolosa en un delito imprudente, puesto que esta figura está pensada para aquellos supuestos en los que en el ejecutor concurre un defecto (error, engaño, inimputabilidad) que es objetivamente imputable al primer sujeto (y, precisamente por ello, obtiene una posición superior respecto a la del ejecutor). Sin embargo, cuando la conducta incorrecta del ejecutor inmediato sólo es reprochable a él mismo, esto es, cuando sólo compete al ejecutor comportarse con el cuidado debido, entonces la persona de atrás no puede pasar de ser un mero partícipe (p. ej. cómplice —*Gehilfe*—) a ser autor y tampoco puede degradarse su responsabilidad hasta el punto de quedar impune¹⁷.

La conversión automática de toda aportación de participación en autoría sólo por el hecho de que la persona de delante actúe de manera imprudente es dogmáticamente insostenible. El principio de autorresponsabilidad, en sus vertientes negativa (exclusión de la responsabilidad por actos ajenos) y positiva (fundamentación de la

¹⁴ Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, § 16, 2. a).

¹⁵ JAKOBS, *Strafrecht*, 21/72.

¹⁶ Ejemplo propuesto por JAKOBS, *Strafrecht*, 21/72

¹⁷ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, 21/72.

responsabilidad por la propia conducta incorrecta), respectivamente, resulta de esta manera flagrantemente vulnerado.

3. A la luz de las anteriores consideraciones, puede concluirse que la experiencia alemana de exigir —*ex lege*— siempre la presencia de dolo para otorgar relevancia a las conductas de participación provoca importantes problemas en el sistema de intervención de los delitos imprudentes. Como afirma un sector de la propia doctrina alemana, tal previsión debe considerarse desafortunada. Las actuales necesidades de protección en las complejas y tecnificadas sociedades modernas, donde los contactos sociales son cada vez más abundantes, donde las esferas de competencia están altamente interrelacionadas y donde las conductas imprudentes constituyen el fenómeno delictivo más preocupante, abogan por un sistema de incriminación de la intervención imprudente flexible. La rigidez del sistema diseñado por el StGB no es, por consiguiente, un buen punto de partida para una dogmática moderna de la intervención en el delito.

3. La participación en los delitos imprudentes en la doctrina española tras el CP de 1995

1. A diferencia de lo que sucede en Alemania, la doctrina mayoritaria española admite que la distinción entre autores y partícipes en un delito imprudente es una posibilidad lógica¹⁸. El argumento teórico

¹⁸ Entienden que también cabe distinguir en el plano teórico autoría y participación en los delitos imprudentes, entre otros, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, pág. 428; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, 1958, págs. 327 y ss.; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pág. 220; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, pág. 881; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, pág. 125; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, págs. 292 y ss.; CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP*, 1992, págs. 506 y ss.; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, págs. 123 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, 1989, págs. 376 y s.; GONZÁLEZ RUS, «Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría», en AA.VV., *Problemas de autoría*, CDJ 1994, págs. 100 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., 1996 pág. 682; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1996, pág. 507; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, págs. 105 y ss.; LÓPEZ PELEGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, págs. 405-406, n. 86; MANZANARES SAMANIEGO, «La imprudencia en el nuevo Código penal», *AP*, 1997, pág. 6; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., 1998, Lecc. 14, n.º marg. 41; FEIJÓO SÁNCHEZ, «La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»», *CPC*, n.º 62 (1997), págs. 319 y ss., con amplísimas referencias bibliográficas; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, 1998, pág. 133; DIEZ RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto

fundamental para mantener un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes es el de la identidad objetiva de la conducta en el delito doloso y el imprudente¹⁹. Mientras que en la doctrina alemana — como consecuencia de la tesis finalista — se parte de la diversidad estructural entre el delito doloso y el imprudente²⁰, en España se ha venido considerando tradicionalmente que la estructura de la autoría en ambos delitos es idéntica, de manera que también para el delito imprudente la autoría requiere la «realización del tipo» y no la mera interposición de un factor causal²¹.

Ahora bien, una cosa es que sea posible distinguir en el plano teórico autoría y participación en los delitos imprudentes y otra muy distinta que el Derecho positivo acoja tal posibilidad. Por ello, no es una cuestión pacífica en la doctrina española que esa posibilidad teórica pueda tener cabida en el Código penal español, esto es, si es posible sancionar las formas de participación en un hecho imprudente con arreglo al Derecho positivo. La cuestión ya había sido debatida con cierta intensidad durante la vigencia del Código penal anterior, sin que se llegara a un

de autor en el nuevo Código penal», en *RDPC*, n.º 1 (1998), págs. 38 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, págs. 27 y ss., 45 y ss. y *passim*. En cambio, sostienen — fundamentalmente desde perspectivas finalistas — que no es posible, ni siquiera en el plano teórico un concepto restrictivo de autor; BACIGALUPO, *La noción de autor en el Código penal*, 1965, págs. 31 y ss.; CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», en el mismo, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pág. 172; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, I, 1981, pág. 247; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, págs. 507 y ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Manual de Derecho penal español, Parte General*, 4.ª ed., 1994, pág. 450; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, págs. 121 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 1999, págs. 619 y ss.; TORÍO LÓPEZ, «Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, 1996, pág. 5187.

¹⁹ Contundente, MIR PUIG, *Derecho penal*, 5.ª ed., Lecc. 14, n.º marg. 41: «si la autoría encuentra su especificidad (la pertenencia) en la parte objetiva del hecho, dicha especificidad puede concurrir también en los hechos imprudentes. El concepto restrictivo de autor puede pues, mantenerse no sólo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes. En la medida en que sean imaginables las actividades de inducción o de cooperación respecto a un hecho imprudente, los sujetos de las mismas no serán autores en sentido estricto, sino inductores o cooperadores». Sobre este argumento, desde el punto de vista de la regulación de la imprudencia efectuada por el Código penal anterior, vid. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, págs. 27 y ss. y págs. 46 y ss., con ulteriores referencias y citando —pág. 27 y págs. 50-51— como uno de los precursores de esta postura en España a RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de E. Mezger*, t. I., 1955, págs. 197 y ss. y 209-210.

²⁰ Si bien, cada vez son más los autores que sostienen lo contrario, pág. ej., STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1981, n.º marg. 337 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 7/1 y ss.

²¹ Cfr. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 30.

consenso en la doctrina²². Resulta evidente que las novedades introducidas por el legislador de 1995 han de comportar una revisión de aquellas posturas. En efecto, la opinión común en la doctrina estima que el sistema *cerrado de incriminación de la imprudencia* acogido por el Código Penal de 1995²³ ofrece dificultades para admitir el castigo de la participación imprudente, dado que en él no se alude expresamente a la modalidad imprudente de participación, por lo que, *a priori*, podría concluirse que inducción, cooperación necesaria y complicidad sólo son punibles si se realizan dolosamente²⁴.

Ya sobre este primer punto existe alguna discrepancia. Así, hay quien entiende que no existe ninguna dificultad para acomodar en el Código penal español toda forma de participación imprudente o dolosa en un delito imprudente o doloso. En este sentido, por ejemplo, Feijóo considera que el precepto de la parte general que consagra el sistema cerrado de incriminación de la imprudencia (art. 12 CP: «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»), no es aplicable al resto de preceptos de la parte general, sino únicamente a los de la parte especial²⁵.

2. En vista de la escasa claridad de la voluntad del legislador, la doctrina española se halla dividida entre los que se muestran partidarios

²² Con el anterior Código penal, por ejemplo, consideraban que no era posible castigar la participación en el delito imprudente, pese a su viabilidad teórica, LUZÓN, *Estudios*, págs. 201 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, pág. 283, n. 94. En cambio, entendían que sí tenía cabida, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, pág. 881; CUERDA RIEZU, *ADPCP*, 1992, págs. 506 y s.

²³ En general, sobre el modelo de incriminación cerrada de la imprudencia y sus repercusiones, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, págs. 79 y ss. y FEJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), págs. 303 y ss.

²⁴ Destacan las dificultades que el sistema de incriminación cerrada de la imprudencia, acogido por el nuevo CP, plantea para el castigo de la participación imprudente, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 105; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, págs. 507 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, Lecc. 15, n.º marg. 36 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, págs. 124 y ss. De esta manera, se hace imprescindible una revisión de la fundamentación jurídico-positiva tradicional del problema a la luz del nuevo texto legal, con escrupuloso respeto al principio de legalidad (Cfr. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 19).

²⁵ Cfr. FEJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), págs. 321-322. Cfr. también, Díez RIPOLLÉS, *RDPC*, n.º 1 (1998), pág. 40, con n. 46. En un sentido similar, MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1997, pág. 6, considera que la acogida de un sistema de *numerus clausus* no comporta de por sí la exclusión del castigo de la participación imprudente, dado que otros Códigos penales (como el alemán o el portugués) también adoptan este sistema y, sin embargo, renuncian *expresamente* al castigo de las modalidades imprudentes de participación.

y los contrarios a aceptar el castigo de la participación en los delitos imprudentes en el nuevo Código penal. En la línea de lo anteriormente expuesto, un primer grupo de autores estima insalvables las dificultades de punición de cualquier conducta de participación en un delito imprudente conforme a la redacción de los arts. 12, 28, y 29 del CP, de forma que, a juicio de algunos, tales conductas deberán entenderse siempre atípicas. Según esta opinión, el nuevo Código penal, o bien consagraría un sistema unitario de autor en el delito imprudente²⁶, o bien consagraría un concepto restrictivo de autor en el que las conductas de participación serían, siempre y en todo caso, atípicas²⁷.

3. Sin embargo, un importante sector de la doctrina española ha centrado sus esfuerzos en interpretar que en el nuevo texto penal tienen cabida —por lo menos algunas— conductas de participación en los delitos imprudentes²⁸, pudiéndose afirmar que ésta es la postura mayoritaria en la doctrina²⁹. En esta línea destacan los planteamientos más elaborados de Luzón Peña, Mir Puig y Silva Sánchez, que sucintamente, serán expuestos a continuación.

a) En opinión de Luzón Peña el citado artículo 12 del CP se desprende que tanto la participación imprudente en autoría imprudente como la participación imprudente en autoría dolosa son formas de intervención atípicas³⁰.

Luzón Peña considera que «tales conductas imprudentes de mera participación, subjetiva u objetiva, en hechos imprudentes o dolosos no son lo suficientemente graves para constituir hechos típicamente (penalmente) antijurídicos, pero sí que constituyen hechos antijurídicos extrapenales, o sea, ilícitos administrativos o civiles con la consiguiente responsabilidad en esos campos»³¹. Además, este autor cree que «es político-criminalmente razonable, dado el carácter fragmentario y de *última ratio* del Derecho penal, la menor gravedad y desvalor de los hechos imprudentes, y el pa-

²⁶ De esta opinión, entre otros, QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, págs. 618 y ss.

²⁷ De esta opinión, MUÑOZ CONDE en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, pág. 489; LÓPEZ PELEGRÍN, *La complicidad*, pág. 81; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, págs. 81 y ss. y 109 y ss.

²⁸ Así, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, 1996, pág. 685; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, págs. 507 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, Lecc. 14, n.º marg. 36 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El Nuevo Código penal*, págs. 105 y ss.; FEIJÓO SANCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), págs. 319 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, págs. 133-134; DIEZ RIPOLLÉS, *RDPC*, n.º 1 (1998), págs. 38 y ss.

²⁹ Lo afirman, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 685, n. 63.

³⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, pág. 507.

³¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, pág. 508.

pel de las formas de participación como figuras no centrales, sino marginales y subordinadas en el hecho ilícito, y como causas de ampliación de la tipicidad, que hace aconsejable una interpretación restrictiva de las mismas»³².

Algo distinto sucede, según Luzón Peña, en los casos de *participación dolosa en autoría imprudente* de un delito. A su entender, en ellos no existen razones dogmáticas ni político-criminales para negar su punibilidad, sino que «cuando aquella participación no llegue a constituir autoría mediata dolosa que maneje como instrumento al autor imprudente, al menos será punible como participación en el hecho principal imprudente»³³.

b) Una línea distinta es la seguida por Mir Puig. Este autor también parte de que los artículos que castigan las formas de participación dolosas en el CP no permiten castigar la participación en los delitos imprudentes³⁴. Sin embargo, Mir Puig opina que tanto la inducción como la cooperación necesaria en un delito imprudente tienen cabida en el CP. Para ello se apoya en que el art. 28 *considera* (a efectos penológicos) autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Si pese a ser partícipes en sentido estricto, el CP los considera autores, puede deducirse que también los inductores y los cooperadores necesarios *cometen* el delito³⁵. De ahí que, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, la conducta de inductores y cooperadores necesarios sea directamente subsumible en el tipo³⁶, desapareciendo así las dificultades para distinguir, también en los delitos imprudentes, según la importancia de la forma de intervención en el hecho.

c) Finalmente, Silva Sánchez ha propuesto un camino radicalmente diferente al diseñado por los dos autores anteriores. A su entender, el CP sí sanciona los casos de participación dolosa en delitos imprudentes, «pues, en efecto, tal participación es «dolosa», subsumible en los artículos 28.II y 29 del CP», ya que, «en tales supuestos se da un dolo de participar y un dolo de que el autor realice el hecho principal»³⁷. Así, —argumenta Silva Sánchez— «la única diferencia existente entre estos casos

³² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, pág. 509.

³³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, pág. 509.

³⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, Lecc. 14, n.º marg. 43.

³⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, Lecc. 14, n.º marg. 7 y ss. y 43.

³⁶ Respecto a la complicidad, MIR PUIG, *Derecho penal*, Lecc. 14, n.º marg. 43, aclara que «no es posible, en cambio, considerar punible al cómplice de un delito imprudente, pues no se considera autor por la ley y no puede considerarse que comete el delito doloso ni, por tanto, tampoco el delito imprudente correspondiente». En la misma línea, JOSHI JUBERT, «Autoría i participació», *Món Jurídic*, 1996, n.º 128, pág. 74.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 107.

y los de participación dolosa en hecho principal doloso no radica en el «dolo» del partícipe, sino en una parte de su «objeto». En concreto, en la configuración del hecho principal, que en estos casos se muestra como un delito imprudente de autor»³⁸. Esta interpretación, la hace extensiva a los supuestos de participación imprudente en delitos imprudentes, ya que, «en la medida en que tal participación sea consciente, a sabiendas, no es arbitrario sostener que también en ellos el sujeto quiere ayudar a un realización típica imprudente»³⁹. No se trataría, por tanto, de participación imprudente en un delito imprudente, sino de «participación, (sin más) en un delito imprudente». El núcleo de la argumentación de Silva Sánchez reside en la determinación del objeto del dolo del partícipe:

«en relación con la producción del resultado, la conducta del partícipe sí será imprudente, como la del autor; pero con relación al hecho principal imprudente, dicho partícipe obra con «dolo» de ayudar (pleno conocimiento) y con «dolo» (pleno conocimiento) de que el autor del hecho principal obra imprudentemente. Dicho de otro modo: podría afirmarse que, en realidad, éstos son casos de participación dolosa en un delito imprudente. Y ello podría ser subsumible en los tipos de participación que construye nuestro Derecho (arts. 28 y 29)»⁴⁰.

4. Toma de postura

a) *Adecuación legal del castigo de la participación en los delitos imprudentes.*

1. La primera pregunta que se suscita en relación con la posible adecuación legal de la participación en los delitos imprudentes en nuestro nuevo Código penal es la relativa al papel que desempeña el art. 12 CP. En concreto, deberá analizarse si, como estima un sector de la doctrina, el art. 12 bloquea toda posibilidad a la participación en los delitos imprudentes. Para abordar la cuestión resulta imprescindible indagar, con carácter general, cuál es el alcance de la cláusula del art. 12 CP.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 107.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, págs. 107-108.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 108. Como el propio Silva Sánchez reconoce, con este planteamiento presentan problemas de punición los casos denominados de participación imprudente en un delito doloso e, igualmente, no podría admitirse el castigo de la conducta de participación del sujeto que obra por imprudencia «inconsciente» (págs. 108-109).

Como ya pusiera de relieve Mir Puig⁴¹, estimo que el art. 12 CP —al menos en su actual redacción— es del todo superfluo. Su significado es únicamente el de reforzar lo ya expresado en el art. 10 CP. Afirmar que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley, es simplemente una concreción de la consagración más genérica que realiza el art. 10 CP del principio de legalidad: «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley»⁴². Esta declaración, unida a la técnica de tipificación adoptada en la Parte especial, ya era suficiente para entender que una acción u omisión imprudente no penada expresamente por la Ley no podría castigarse. Esto es, si no existiera el art. 12, bastaría con realizar una sencilla operación mental: si el legislador tipifica los delitos imprudentes en la parte especial, sería contrario al principio de legalidad (art. 10!) castigar como imprudentes acciones no previstas por la Ley⁴³.

Además, como también advirtió Mir Puig, el art. 12 no sólo es superfluo, sino que es más problemático que beneficioso. Y ello porque *a sensu contrario* podría interpretarse que los delitos dolosos pueden sancionarse aun cuando no esté previsto su castigo expresamente⁴⁴. Esta advertencia, lejos de ser absurda, pone de relieve que no era necesario introducir una cláusula como la del art. 12, ni siquiera para indicar, *a sensu contrario*, que cuando no se menciona expresamente la imprudencia estamos ante conductas dolosas⁴⁵. Ciertamente, en otros Códigos penales⁴⁶, se utilizan cláusulas generales para indicar

⁴¹ MIR PUIG, «Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983», *RFDUC*, Monográfico 6, págs. 471 y ss. Coincide, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, págs. 80-81. Consideran también deficiente la formulación del art. 12, MANZANARES SAMANIEGO, *AP*, 1997, págs. 4 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), pág. 305.

⁴² De otra opinión, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, págs. 84 y ss.

⁴³ Es más, el art. 12 CP ni siquiera sería un dato definitivo de que el nuevo Código penal acoge un sistema de incriminación cerrada de la imprudencia, puesto que no dejaría de tener sentido incluso si en el articulado de la Parte especial existiera un artículo similar al 565 del Código penal anterior: en todo caso sólo se seguirían castigando las acciones u omisiones imprudentes expresamente previstas por la Ley (es decir, por el hipotético art. 565). Con ello quiero expresar que el alcance y naturaleza de un determinado sistema de incriminación de conductas (pág. ej., el sistema de *numerus clausus* en la imprudencia) no lo ofrece la declaración sobre la imposibilidad del castigo de cualquier otra forma no prevista en la Ley realizada en sede de «Disposiciones generales», sino la estructura que efectivamente adopte el texto legal a la hora de incriminar las modalidades de conducta (en este caso, las imprudentes).

⁴⁴ MIR PUIG, *RFDUC*, Monográfico 6, pág. 472. De acuerdo, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 80.

⁴⁵ De otra opinión, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 87.

⁴⁶ Vid., pág. ej., el § 7.1 del Código penal austriaco, el §15 del Código penal alemán, o el art. 42 del Código penal italiano.

que en los delitos en los que nada se dice acerca de las formas de imputación subjetiva, éstos deben entenderse dolosos. Pero ello tampoco es necesario⁴⁷, puesto que si del art. 10 CP se deriva que sólo podrán castigarse las acciones y omisiones dolosas o imprudentes previstas en la Ley y en la Parte especial sólo se hace referencia expresa a las acciones imprudentes, es obvio que ya de una mera interpretación *a contrario* se deduciría que las conductas no expresamente previstas como imprudentes son las dolosas (las fortuitas o las preterintencionales quedarían directamente excluidas en virtud de lo dispuesto en el art. 10 CP⁴⁸).

2. Por todo ello, tienen razón quienes afirman que el establecimiento de un sistema de *numerus clausus* a la manera del art. 12 CP no ofrece ningún criterio decisivo para entender si la participación imprudente está o no excluida por el Código penal. Sin embargo, debe realizarse una matización de importancia: si bien la adopción de un sistema de incriminación cerrada de la imprudencia no incide directamente sobre la tipicidad o atipicidad de la participación imprudente, sí que lo hace indirectamente. En efecto, en un sistema en el que nada se dice acerca de los elementos subjetivos que deben concurrir en el partícipe, todo dependerá de cómo se configuren dogmáticamente los tipos de participación, pero debe tenerse en cuenta que tal construcción debe respetar necesariamente las opciones seguidas por el legislador. Así, parece claro que la decisión legislativa —indiscutible— de tipificar expresamente las modalidades imprudentes supone admitir la incriminación restringida del castigo de *todas* las conductas imprudentes. E igualmente parece claro que allí donde no se ha previsto una modalidad imprudente, no puede hablarse ni de autoría, ni, *a fortiori*, de participación imprudente⁴⁹. Si, como afirma Feijóo, la opción por un sistema de *numerus clausus* no tuviera ninguna incidencia en las propias reglas de la parte general, entonces habría que llegar a la conclusión de que puede apreciarse participación imprudente allí donde no es posible apreciar autoría imprudente. Esta conclusión no puede compartirse. Por el contrario, la adopción de un sistema cerrado de incriminación de la imprudencia comporta que la participación imprudente sólo pueda predicarse de aquellos tipos en los que está expresamente prevista la modalidad de autoría imprudente, sin que, por otra parte, tal forma de incriminación constituya un dato definitivo sobre la posibilidad dog-

⁴⁷ No hay, por tanto, sólo dos opciones legislativas como afirma PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 87.

⁴⁸ Queda claro entonces, que el precepto reiterativo no es el art. 10, sino el art. 12 CP (de otra opinión, PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 86).

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 109, n. 276.

mática y la admisibilidad político-criminal del castigo de la participación imprudente⁵⁰.

3. Tampoco la forma en que se redactan los tipos imprudentes de la parte especial constituye un argumento en favor de la vigencia de un concepto unitario de autor en el delito imprudente o de la exclusión del castigo de la participación en el mismo. Respecto de lo primero, la doctrina alemana frecuentemente ha recurrido al empleo de los verbos causales por el legislador como indicador de la voluntad de castigar a todo interviniente en un delito imprudente como autor⁵¹. Pero es obvio que el empleo de estos verbos obedece a razones puramente estilísticas⁵² y que la consideración de estos verbos causales como determinantes para la atribución de responsabilidad en autoría comportaría un regreso a la causalidad como único criterio de tipicidad objetiva y la consiguiente renuncia a la imputación objetiva⁵³. Por otro lado, no me parece acertado el argumento de Pérez Manzano según el cual la presencia de preceptos que castigan conductas imprudentes que, en sentido estricto, constituirían meras formas de participación, avalaría la impunidad general de la participación imprudente⁵⁴. Esta autora afirma que «si la participación imprudente fuera punible a través de la aplicación conjunta de las disposiciones que regulan la participación y los tipos de autoría imprudente de la parte especial, constituiría una duplicación innecesaria la tipificación específica en las disposiciones de la parte especial de ciertas formas de participación imprudente —por ejemplo, en el art. 391 CPN—»⁵⁵. Por el contrario, a mi entender, la presencia de ar-

⁵⁰ En lo que alcanzo, en esta misma línea se mueven los planteamientos de DIEZ RIPOLLÉS, *RDPC*, n.º 1 (1998), págs. 38 y ss., en especial, pág. 40, al reconocer el efecto restrictivo de la punibilidad derivado de la remisión del art. 12, pero precisando que «la eficacia del art. 12 no llega hasta el punto de anular cualesquiera otras previsiones de la Parte general que pudieran afectar al ámbito de punición del injusto imprudente».

⁵¹ Por ejemplo, HERZBERG, *Täterschaft*, pág. 100; SEIER, «Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten» *JA*, 1990, pág. 344.

⁵² En este sentido, ya GOLTAMMER, «Über den Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung bei fahrlässiger Tötung», *GA*, 1867, pág. 17; ENGISCH, *Die Kausalität*, pág. 85, n. 5; SPENDEL, «Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung», *JuS*, 1974, pág. 756; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pág. 111; OTTO, *FS-Spendel*, pág. 275. En España, negando que el empleo de verbos causales excluya la vigencia del concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes, RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, t. I, pág. 817; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, pág. 494, n. 266; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, págs. 106-107; MIR PUIG, *Derecho penal*, 5.ª ed., Lecc. 14, n.º marg 37 y ss., abandonando la postura mantenida en la 4.ª ed.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, págs. 51 y ss.

⁵³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 5.ª ed., Lecc. 14, n.º marg. 38.

⁵⁴ Cfr. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, págs. 48-50 y pág. 83.

⁵⁵ PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación*, pág. 83.

títulos como el 391 CP puede interpretarse en el sentido opuesto: el legislador, por razones político criminales, castiga como autoría imprudente determinadas conductas de favorecimiento al delito, de manera que sustrae tales conductas a las reglas generales de la participación imprudente, produciéndose un fenómeno similar a lo que ocurre en el delito (siempre doloso) de tráfico de drogas, en el que conductas materialmente constitutivas de participación son elevadas a formas de autoría en virtud de la amplitud de la redacción típica. En todos estos supuestos, la voluntad del legislador no va más allá de convertir determinadas conductas de menor relevancia (participación) en autoría, de manera que resulta como mínimo precipitado deducir de tal asimilación un argumento en favor de la impunidad general de la participación en los delitos imprudentes.

4. En vista de las consideraciones precedentes, puede concluirse que: 1) el único significado del art. 12 CP, en tanto reiteración del art. 10 CP, a los efectos de la teoría de la autoría y participación es el de limitar el castigo de la autoría imprudente a los supuestos expresamente previstos en la Parte especial, pero en ningún caso se pronuncia sobre la posibilidad o imposibilidad de castigar la participación en tales delitos. 2) Si rige un concepto restrictivo de autor también en los delitos imprudentes y a falta de un pronunciamiento expreso por parte del legislador, son consideraciones normativas más profundas las que deben decidir sobre el fondo de la cuestión.

b) Conveniencia político-criminal del castigo de la participación en los delitos imprudentes.

1. A mi entender, la cuestión de si en los tipos imprudentes es dogmáticamente posible y político-criminalmente admisible la distinción entre autoría y participación, debe abordarse desde la lógica interna del injusto de la participación. Parece claro que la figura de la participación imprudente, en un sistema de incriminación restringida de la imprudencia, vendrá en consideración cuando una conducta imprudente constituya una parte del hecho delictivo que no pueda subsumirse, por sí misma, en un tipo imprudente expresamente tipificado. En la medida en que tales conductas muestran en múltiples ocasiones merecimiento de pena, puede concluirse que parece justificada la búsqueda de soluciones dogmáticas que permitan dar respuesta a tales exigencias político-criminales⁵⁶.

⁵⁶ En este sentido, destaca la posición de SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*,

2. En efecto, creo que existen dos grandes argumentos político-criminales que evidencian la conveniencia del castigo de las conductas de intervención en un delito imprudente a título de participación. En primer lugar, parece evidente la necesidad de distinguir también en el ámbito del delito imprudente las aportaciones realizadas en función de su importancia⁵⁷. No parece razonable que una aportación en un delito imprudente que de mediar dolo sería calificada de participación, pase a constituir autoría sólo por el hecho de que exista imprudencia⁵⁸. No se entiende por qué en el ámbito del delito imprudente no ha de operar el principio de accesoriedad, principio que, como ya puso de relieve Peñaranda, tiene un carácter garantístico cuyo sentido original es el de ser un factor de limitación de la responsabilidad⁵⁹. La imputación en la participación ha de someterse tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes a las reglas de la accesoriedad, superando así los inconvenientes (y las reticencias) que al respecto muestra el criterio de inspiración finalista del dominio del hecho⁶⁰ (criterio que, por cierto, nunca logró un implante mayoritario en nuestra doctrina). La «simple verdad» de que en la imprudencia no pueden distinguirse entre las diversas formas de participación conduce a un ampliación desmesurada del castigo y pervierte las estructuras sociales de distribución de responsabilidades: aportaciones de escasa relevancia son consideradas de autoría.

Un buen ejemplo de la inconsistencia de considerar autor de un delito imprudente a quien materialmente realiza una aportación de participación es el conocido caso «Vinader», en el que el

págs. 108-109. Manifiestan también su convencimiento de la necesidad del castigo, MIR PUIG, *Derecho penal*, Lecc. 14, n.º marg. 44-45; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, pág. 509 (refiriéndose a la participación dolosa en un delito imprudente); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, pág. 685: «son imaginables —y frecuentes— contribuciones a hechos que no consisten, precisamente en ejecutarlos». Igualmente favorable desde la perspectiva político-criminal, FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), págs. 319 y ss., con ulteriores referencias; asimismo, aunque sin pronunciarse de manera concluyente sobre lo satisfactorio del castigo, DIEZ RIPOLLÉS, *RDPC*, n.º 1 (1998), pág. 41.

⁵⁷ Así, también, pág. ej., MIR PUIG, *Derecho penal*, Lecc. 14, n.º marg. 45; FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), págs. 319 y ss.; LESCH, *GA*, 1994, págs. 119 y ss.; el mismo, *ADPCP*, 1995, págs. 948 y ss.

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pág. 633-634, con n. 342; CUERDA RIEZU, *ADPCP*, 1992, pág. 507; FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), pág. 324: «lo que realizado de forma dolosa supone cooperar a que otro mate no puede adquirir objetivamente el significado de matar a otro cuando se realiza de forma imprudente»

⁵⁹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, 1990, pág. 336.

⁶⁰ En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62, (1997), pág. 325: «las posiciones aquí criticadas, entre las que destaca por su importancia actual, la teoría del dominio del hecho, destrozan ciertas garantías que en un Estado de Derecho que respeta las esferas privativas de libertad ofrece el principio de accesoriedad»; vid. también muy crítico LESCH, *Das Problem*, págs. 114 y ss. y 161 y ss.

Tribunal Supremo⁶¹ condenó al periodista F. J. Vinader como *autor de un delito de homicidio imprudente* por *publicar* un artículo con datos acerca de personas de ideología ultraderechista dedicadas a ejercer actividades violentas en contra de la organización terrorista ETA en el País Vasco. Al poco tiempo de aparecer el referido artículo dicha organización terrorista asesinó a dos de las personas que en él se relacionaban⁶².

3. En segundo lugar, tampoco parece político-criminalmente acertado dejar impunes determinadas conductas de intervención en un delito imprudente. Desde luego ello es fácilmente predicable de la inducción y la cooperación necesaria, pero también existen conductas de complicidad merecedoras de respuesta penal. Y tal respuesta no ha de ser —como se acaba de indicar— el castigo a título de autor del delito imprudente, sino la imposición de una pena inferior en virtud de la menor relevancia de la aportación. Si acertadamente se ha afirmado en la doctrina española que la cooperación necesaria puede y debe ser castigada cuando se refiere a un delito imprudente⁶³, tampoco deberían existir reticencias para admitir el castigo de la complicidad, máxime cuando entre una y otra figura las diferencias no son diáfanas y, de existir alguna, tendría carácter puramente cuantitativo y no cualitativo. Tal diferencia cuantitativa encontraría su reflejo —también cuantitativo— en la pena inferior que le corresponde al cómplice en el Derecho positivo español⁶⁴.

Que un sistema de incriminación flexible de las formas de intervención es tanto más imprescindible en el delito imprudente que en el doloso, no sólo lo demuestra el gran número de delitos imprudentes en los que confluyen infracciones del deber de cuidado de muy diversa naturaleza, sino que además se trata de una necesidad impuesta por la elevada complejidad que alcanza la imputación en estos delitos (sobre todo en el ámbito socioeconómico: cadenas de competencias, estructuras

⁶¹ STS de 29 de enero de 1983.

⁶² Considera —con razón— que en todo caso se trata de una aportación de participación, FELIÓ SÁNCHEZ, *CPC*, n.º 62 (1997), pág. 326, con más referencias bibliográficas sobre la discusión doctrinal acerca de esta sentencia.

⁶³ MIR PUIG, *Derecho penal*, Lecc. 14, n.º marg. 44.

⁶⁴ En efecto, tratándose de aportaciones de igual relevancia cuantitativa a la del autor, esto es, inducción o cooperación necesaria, el marco penal del partícipe será el mismo que el del autor (por imperativo del art. 28 CP), si bien en sede de determinación de la pena puede llegar a imponerse una pena en cuantía superior o inferior para aquéllos en función la existencia de dolo o imprudencia, respectivamente (así, LUZÓN, *Curso de Derecho penal*, pág. 509). Si, por el contrario, la aportación es de menor relevancia (complicidad), entonces el marco penal del partícipe siempre será inferior en grado a la señalada por la Ley para los autores del mismo delito (art. 29).

empresariales complejas, responsabilidad por el producto, interrelación de funciones en la división del trabajo, etc...⁶⁵). Tal complejidad requiere de una construcción dogmática flexible de las formas de intervención en el delito imprudente que permita *graduar* la responsabilidad de los diversos sujetos implicados.

4. Superados los tan temibles obstáculos político-criminales resta aún la parte de mayor dificultad, esto es, la articulación de una estructura dogmática operativa y coherente con el fundamento del injusto del partícipe. Se ha afirmado anteriormente que la conducta del partícipe no puede subsumirse directamente en el tipo penal correspondiente (el sujeto no mata, sino que ayuda a matar). Si ello es así, entonces sólo queda la posibilidad de la imputación al partícipe del tipo que otro realiza. A esta clase de imputación se le denomina *imputación accesoria* y es la estructura general de atribución de responsabilidad por un hecho en los supuestos de participación dolosa en delitos dolosos. La cuestión es si también en los delitos imprudentes puede operar la accesoriidad, cosa que como ya hemos visto, parece político-criminalmente deseable. En el plano objetivo, participar significa inducir o cooperar a la ejecución de un delito. Nada impide, según creo, que ya en lo objetivo pueda hablarse de conductas de inducción o de cooperación a un hecho imprudente. Cuestión distinta es la de si tales conductas objetivamente posibles reúnen —en abstracto— los requisitos suficientes para ser subjetivamente imputables. Para lograr una respuesta a esta cuestión es fundamental retomar brevemente la ideas básicas sobre el fundamento del injusto y la estructura de la imputación en la participación.

c) *El fundamento del injusto de la participación: bases para su reconstrucción.*

La mayoría de los problemas que plantean los casos de participación en los delitos imprudentes no se localizan en el lado subjetivo, sino que obedecen a un incorrecto entendimiento de la estructura objetiva de la participación. La estructura de la imputación al partícipe está supeditada al fundamento de su injusto. Al respecto, ya sabemos que la regla de imputación que permite imputar una conducta de participación a un tipo es la accesoriidad. El sentido de la misma es la retroacción de la tipicidad propia de la conducta de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza aún nada típicamente relevante pero ha puesto una razón para que opere tal im-

⁶⁵ Sobre ello, véase *infra*, apdo. 4 d) 2.

putación retroactivamente. La cuestión, por consiguiente, se centra en determinar qué caracteres debe revestir la conducta antinormativa — pero no típica en sí misma— del partícipe para que pueda ser teñida con la tipicidad ajena. De lo que se trata es de si el partícipe realiza algo que justifica que se le extienda a él la tipicidad del autor.

c.1) La razón material del injusto del partícipe: la relación de sentido entre conducta de intervención y hecho delictivo.

1. Como es sabido, el principio de autorresponsabilidad se opone a que una persona pueda ser hecha responsable por actos ajenos⁶⁶. En lo que ahora nos interesa, la razón material que permite operar a la accesoriedad y, por tanto, imputar lo ajeno como propio al partícipe, debe poder superar el obstáculo del principio de autorresponsabilidad. *A priori* las dificultades parecen difíciles de salvar⁶⁷. Sin embargo, la solución está en entender que el partícipe, con su conducta, dispone una razón material suficiente para que opere el mecanismo de la accesoriedad o, dicho de otro modo, para que el injusto ajeno se le impute como algo propio⁶⁸.

⁶⁶ Sobre este principio y sus repercusiones en materia de participación, LENCKNER, «Technische Normen und Fahrlässigkeit», *FS-Engisch*, 1969, págs. 506 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, n.º marg. 1155 y ss.; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, § 15, n.º marg. 148; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, págs. 42 y ss.; OTTO, *FS-Spendel*, pág. 278 y ss.

⁶⁷ Hasta el punto que algunos creen que sólo mediante una fundamentación autónoma de la participación logra respetarse el principio de autorresponsabilidad, pág. ej., LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, págs. 25 y ss. y passim; recientemente, el mismo, aunque matizando su posición, «Der Typus des Teilnahmetatbestandes», en *Festschrift für Miyazawa*, 1995, págs. 449 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 10/1 y ss. y 14/56 y ss. Igualmente, sosteniendo la autonomía del injusto del partícipe sobre la base del principio de autorresponsabilidad enfocado desde el subjetivismo radical, SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, 1996, pág. 36. Sin embargo, la renuncia a la accesoriedad lleva a declarar como injustas conductas de intervención que aún no han exteriorizado su lesividad (pág. ej. aportaciones de complicidad realizadas antes del inicio de la tentativa del hecho principal). Con una fundamentación autónoma de la participación, se respeta el principio de autorresponsabilidad en su vertiente negativa, pero no en su vertiente positiva o fundamentadora de la responsabilidad (¡no hay delito por el que responder!). Vid. también críticamente, LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *ADPCP*, 1995, págs. 934 y ss.

⁶⁸ Sobre esto y en lo que sigue, JAKOBS, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, págs. 257 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, págs. 148 y ss.; el mismo, *Strafrecht*, 22/1 y ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, págs. 271 y ss.; el mismo, *ADPCP*, 1995, págs. 927 y ss.; el mismo, «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, —Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke—», *GA*, 1994, págs. 118 y ss.

2. Esa razón material permitiría establecer la relación de sentido —de carácter normativo— necesaria para entender el injusto del autor como propio del partícipe, que —a su vez— ha de manifestarse inequívocamente en la aportación llevada a cabo por este último. Con su conducta el partícipe debe interponer una razón de la que se pueda inferir que entre ella y el hecho delictivo del autor hay una relación de sentido conjunto⁶⁹. Cuando ello sucede, el hecho tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad. En el marco de este trabajo, no pueden abordarse con la profundidad suficiente los criterios generales que permiten concretar qué clases de aportaciones deben realizarse para poder afirmar la existencia de una tal relación de sentido. La elaboración de estos criterios ha sido emprendida especialmente por Jakobs y Frisch, agrupados bajo la estructura de la imputación objetiva en la participación (lo que él denomina «prohibición de regreso») y de la teoría de la conducta típica, respectivamente⁷⁰. Solamente quisiera destacar lo que me parece el elemento común a las propuestas de Jakobs y Frisch: la conducta del partícipe ha de (co-)configurar el hecho típico, donde, co-configurar no significa necesariamente ejecutar de propia mano, sino, antes bien, efectuar una aportación que, superando el riesgo permitido, adquiera el *significado inequívoco* de formar parte del hecho delictivo⁷¹.

3. Por consiguiente, la conducta del partícipe debe manifestarse como co-configuradora del hecho. Sólo así se obtiene la relación de sentido conjunta, necesaria para vincular diversas aportaciones en un mismo hecho. Cuando ello ocurre, su conducta no puede ya distanciarse del hecho finalmente producido y, por este motivo, podrá ser teñida retroactivamente de la tipicidad propia del hecho principal. Con otras palabras, estará justificado que le sea prestada la tipicidad que aún no posee.

⁶⁹ JAKOBS, GA 1996, págs. 258-259; similar en la argumentación, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 258 y ss., quien también se refiere al requisito de la inequívocidad del significado delictivo de la aportación del partícipe («*eindeutig deliktisches Sinnbezug*»).

⁷⁰ Sobre ello y sobre la cuestión del límite mínimo de la participación punible («*neutrale Handlungen*») vid. JAKOBS, GA 1996, págs. 258 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva*, págs. 155 y ss.; le siguen, WOLFF-RESKE, *Berufbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995, págs. 123 y ss.; especialmente y coincidiendo con los planteamientos de Jakobs, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen» en ESER/HUBER/CORNILS, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, págs. 205 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 280 y ss.; y 308 y ss.

⁷¹ La concreción de esta propuesta sobrepasa la pretensión de este trabajo y se deja —aun siendo consciente de su importancia— para la investigación más profunda que estoy llevando a cabo sobre la materia.

c.2) El lado subjetivo en la conducta del partícipe: sobre la relatividad de la distinción entre dolo e imprudencia en la participación.

1. La relación de sentido apuntada es independiente de la subjetividad del interviniente⁷². La regla de imputación que permite trasladar la tipicidad del autor al partícipe opera normativamente en el plano objetivo. No se requiere, por tanto, que autor y partícipe estén coordinados dolosamente para lograr un objetivo común. En otras palabras, el hecho de que el partícipe obre dolosa o imprudentemente carece de relevancia para la determinación de la existencia *objetiva* de la participación. La subjetividad del partícipe no aporta ningún dato relevante para la imputación del hecho⁷³. En efecto, por un lado, con la mera aportación de participación es imposible identificar qué tipo de delito realiza objetivamente el partícipe (de manera que su conducta no está prohibida por atípica). Sólo con la exteriorización del hecho (inicio de la tentativa) es posible afirmar su tipicidad objetiva. Por otro lado, algo parecido sucede con el aspecto subjetivo. Dado que con la mera aportación de participación no puede aún identificarse la tipicidad objetiva de su conducta, tampoco podrá afirmarse cómo está subjetivamente abarcada (en términos dolo/imprudencia). De nuevo, sólo con la exteriorización del hecho que llega a ser objetivamente típico puede afirmarse la existencia de dolo o imprudencia referida a esa exteriorización (riesgo típico).

2. De lo anterior también puede deducirse la irrelevancia de la distinción dolo/imprudencia referida a la aportación del partícipe *en sí misma (aisladamente) considerada*. Únicamente cuando tal aportación llega a formar una unidad de sentido con el hecho principal (co-configuración), existiendo entonces un título de imputación objetiva suficiente, puede pasar a analizarse la manera en que cada interviniente abarca subjetivamente el riesgo fundado en común. La explicación es obvia si se mira desde el punto de vista de aquello que exterioriza el partícipe antes de que el hecho llegue al estadio ejecutivo (o consumativo si es imprudente): nada jurídico-penalmente relevante. Y es precisamente por ello por lo que su conducta no puede ser ni dolosa ni imprudentemente típica hasta que el riesgo que co-configura alcanza el estadio de la tentativa, esto es, hasta que tiene lugar «algo» jurídico-penalmente relevante. Sólo en ese momento puede hablarse del tipo objetivo aplicable al partícipe y, por consiguiente, sólo en ese momento puede analizarse cómo abarca subjetivamente ese riesgo el partícipe.

⁷² Cfr. JAKOBS, GA 1996, págs. 265 y ss.

⁷³ JAKOBS, *La imputación objetiva*, pág. 169: «la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho».

3. Todo ello viene a confirmar en gran medida las afirmaciones de Silva Sánchez relativas a que la diferencia entre los casos de participación dolosa en un delito imprudente y los de participación dolosa en un delito doloso no radica en el «dolo» del partícipe, sino en una parte de su «objeto»: la configuración que el autor otorgue a su hecho (como delito imprudente o doloso)⁷⁴. Es evidente que ello no es un elemento necesario del objeto del «dolo del partícipe», puesto que el hecho principal es un acontecimiento futuro respecto al que no puede referirse el dolo, porque únicamente pueden «conocerse» estados o sucesos en el presente⁷⁵. Por consiguiente, el dolo del partícipe sólo puede referirse a la creación de un determinado peligro actual, esto es, al riesgo configurado conjuntamente. Si el partícipe conoce las circunstancias que fundamentan el juicio de desaprobación jurídica (circunstancias que debe haber comprendido en su dimensión normativa y a las que también pertenece el peligro que su conducta encierra) y es consciente de su existencia, entonces obra dolosamente⁷⁶.

En definitiva, en el lado subjetivo del partícipe se ha de analizar si se conoce o desconoce el riesgo típico configurado normativamente de manera conjunta. Si lo desconoce el partícipe obrará imprudentemente, si lo conoce, obrará dolosamente.

d) *Consecuencias.*

1. De las anteriores consideraciones se deduce que la distinción entre participación dolosa e imprudente debe ser abordada con sumo cuidado. En un Derecho penal que sólo castiga hechos externamente típicos, la subjetividad de quien no obra típicamente (manifestada en la forma en que abarcó la producción del resultado) es indiferente para la imputación objetiva. Se participa o no se participa en un hecho, que a su vez, puede ser doloso o imprudente. Al igual que en el delito doloso, en el ámbito de la imprudencia no rige un concepto unitario de autor, sino que la imputación cesa allí donde termina la relación de sentido que vincula a todas las aportaciones entre sí, aportaciones que pueden ser de autoría o de participación.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, pág. 107.

⁷⁵ ASÍ, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pág. 57 y s., y, especialmente, MURMANN, «Zum Tatbestand der Beihilfe», *JuS*, 1999, pág. 552 (existe traducción al castellano a cargo de ROBLES PLANAS, «Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal», en *RPJ*, en prensa).

⁷⁶ MURMANN, *JuS*, pág. 552 (*idem*, *RPJ*, en prensa).

2. En consecuencia, debe abandonarse la idea de que no pueden distinguirse entre aportaciones imprudentes de autoría y de participación. Cabe la participación imprudente en un delito imprudente. Los límites de la imputación al partícipe no vendrán determinados por su subjetividad, sino cuando ya no pueda entenderse que con su aportación ha configurado el hecho principal⁷⁷.

Pero vayamos por partes. Existen infinidad de supuestos en los que la jurisprudencia castiga a todos los intervinientes como autores imprudentes del hecho y, ya a partir de una aproximación meramente intuitiva se desprende que los títulos de imputación por la intervención podrían y deberían haberse graduado en función de la importancia de las respectivas aportaciones.

Ej.: A coopera con B en la producción de un incendio en una nave industrial (p. ej. le lleva hasta el lugar los bidones de gasolina). Como consecuencia del mismo se produce la muerte de C, cuya presencia en la nave no era conocida (pero sí previsible) ni por A ni por B: hay participación de B en un homicidio imprudente.

Ej.: A se hace pasar por dermatólogo sin serlo. B, consciente de esta circunstancia, ayuda habitualmente en las operaciones de trasplante de cabello. En una ocasión, dada la impericia de A, la intervención desemboca en unas graves lesiones en la epidermis del paciente (STS 28-2-1983). B debe responder como partícipe⁷⁸.

No obstante, los casos en los que se observa con mayor claridad la necesidad de la distinción entre autoría y participación en un delito imprudente son aquellos en los que existe una estructura compleja organizada jerárquicamente. En efecto, los tan comunes supuestos de cadenas de delegación de competencias en el seno de estructuras de empresa, se caracterizan por presentar relaciones delegante-delegado en las que, por un lado, el delegado asume funciones directas de control de riesgos, mientras que, por otro lado, el delegante conserva una posición de competencia residual referida al control, vigilancia o supervisión de la actividad del delegado. Pues bien, llegado el caso en que se produce un hecho delictivo en el seno de la organización —p. ej. por parte de algún empleado— cuya evitación caía de pleno en el ámbito de competencia del delegado, podrá atribuirse a éste responsabilidad a título de autoría en comisión por omisión si ha infringido

⁷⁷ Similar, aunque en otros términos, JAKOBS, *La imputación objetiva*, pág. 168: «existe una prohibición de regreso también en el ámbito de la imprudencia».

⁷⁸ Vid. asimismo, las SSTs 7-12-1994; 7-7-1993; 17-2-1976, 16-11-1979 y 5-12-1979.

(p. ej., imprudentemente) su función de control directa sobre el riesgo que se ha comprometido a evitar en virtud de la asunción de la competencia delegada. Ahora bien, por lo que respecta al delegante que mantiene la competencia relativa a la vigilancia y/o supervisión de la actividad del delegado y que la ha infringido —p. ej. no instando al delegado a ejercer el control— solamente podrá ser estimado partícipe en comisión por omisión, dado que él no ostenta ya la competencia directa de evitación del hecho —competencia que ha sido transferida al delegado—⁷⁹. Si como en la gran mayoría de los delitos cometidos en el seno de empresas, la naturaleza del hecho del delegado es la de ser un hecho imprudente, la responsabilidad del delegante no puede ser otra que la de partícipe en ese hecho imprudente.

El ejemplo paradigmático en relación con las mencionadas estructuras organizadas es el contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991 (ponente De Vega Ruiz), más conocido como el «caso de las transfusiones de sangre contaminada»⁸⁰. Como es sabido, en el Hospital «Príncipes de España» de Bellvitge se practicaron transfusiones de sangre sin realizar las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH. Pues bien, la persona responsable del Servicio de Hematología y Hemoterapia del mencionado hospital fue hecha responsable como autora de un delito de lesiones imprudentes, e igualmente se condenó al director médico del hospital por autor del delito de lesiones imprudentes. Tal y como se desprende de los hechos relatados por la sentencia, mientras la Jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia ostentaba la competencia delegada para el control directo de los posibles riesgos que pudieran derivarse de las transfusiones sanguíneas, el director médico del mencionado hospital conservaba una posición de garantía que se extendía a los aspectos más trascendentes de la actuación de sus delegados (facultades de coordinación, dirección y supervisión de los distintos servicios asistenciales⁸¹). Así las cosas, parece claro que por lo que respecta a éste último, el hecho imprudente no podría serle atribuido a título de autoría, pues no ostentaba una competencia directa sobre la evitación del hecho (ésta es precisamente la competencia que se

⁷⁹ Sobre todo ello vid. SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas» en, BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CDJ, 1997, págs. 10 y ss., en especial, págs. 17 a 20.

⁸⁰ Vid. la exposición y análisis de este caso que realiza SILVA SÁNCHEZ, en CDJ, 1997, págs. 12 a 29. Cfr., también, GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP*, 1994, pág. 22; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, págs. 189 y ss.

⁸¹ Vid. el Fundamento Jurídico 24.º de la citada sentencia.

ha transferido), sino que se trata materialmente de una contribución constitutiva de participación (imprudente) en el delito imprudente del que es autora la persona delegada.

Casos como el acabado de comentar muestran la conveniencia de la distinción en función de la importancia de la aportación (activa u omisiva) al hecho en los delitos imprudentes. Igualmente, es en las estructuras organizadas complejas con fenómenos de delegación de competencias donde se demuestra que la imputación se detiene allí donde ya no es posible afirmar que el sujeto ha configurado, conjuntamente con otros, el riesgo desde el punto de vista normativo (y no puramente fáctico). Los límites de las conductas de intervención en el delito vendrán definidos por las esferas de competencia de cada uno de los intervinientes, de manera que, desde el punto de vista normativo, lo relevante será determinar a qué sujeto o sujetos correspondía controlar el riesgo que se traduce en el resultado. Tratándose de estructuras en las que existen fenómenos de división del trabajo, la *no-delegación* de competencias comporta la *no-atribución* de responsabilidad por los posibles riesgos que se deriven de la «parte del trabajo» que queda bajo el control de otro. Y ello, como digo, pese a que se obre causalmente respecto al resultado y pese a existir pleno conocimiento de los defectos ajenos. En definitiva, se trata —retomando la expresión aludida más arriba y frecuentemente utilizada por la doctrina alemana— de conductas neutrales de intervención en el delito, o lo que es lo mismo, de conductas que no configuran normativamente el hecho típico.

En efecto, en el «caso de las transfusiones de sangre contaminada» los ejecutores inmediatos del hecho, esto es, los cirujanos y médicos que directa y materialmente realizaron las transfusiones de sangre, ni siquiera fueron acusados. Tal ausencia de imputación —a mi entender correcta— obedece a que los ejecutores de las transfusiones, pese a contribuir naturalísticamente a la producción del resultado e incluso pese a conocer que no se habían realizado las comprobaciones necesarias en la sangre a transfundir, en ningún momento configuraron, desde el punto de vista normativo, el riesgo. Y ello porque las medidas que deberían haberse tomado quedaban fuera de su esfera normativa de control o, con otras palabras, el que la sangre no estuviera contaminada no era de su incumbencia, sino de la de los encargados del servicio que la suministraba⁸².

⁸² Cfr: SILVA SÁNCHEZ, en CDJ, 1997, pág. 22. Muy próximo, aunque con mayores reservas para el caso de un conocimiento del riesgo concreto de lesión por parte de quienes realizan materialmente la transfusión, CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y*

3. Aunque sólo sea brevemente, no me resisto a mencionar algunas de las consecuencias del planteamiento aquí esbozado para las estructuras de participación imprudente en un delito doloso y de participación dolosa en un delito imprudente. Respecto al primer grupo, no es cierto que no se pueda participar imprudentemente en un delito doloso. En realidad —y esto es lo que se ha intentado demostrar—, todo depende de lo que se entienda por participar imprudentemente. Si como aquí se ha propuesto, el lado subjetivo del partícipe cobra relevancia una vez afirmada la configuración común del riesgo, y ésta tiene lugar de acuerdo con las reglas de la imputación objetiva, entonces no existe ningún obstáculo para admitir la participación imprudente en un delito doloso. La prohibición de regreso no halla su fundamento en el dato de que el partícipe obre imprudentemente, sino en si es posible o no entender que el partícipe con su aportación ha co-configurado el riesgo⁸³.

Ej.: Si A posee una pistola y la guarda de manera descuidada (contraria al deber de cuidado) responde como partícipe en un homicidio si B la utiliza para matar a otro⁸⁴.

4. Por lo que se refiere a la participación dolosa en un delito imprudente, ya se indicó más arriba lo erróneo de la solución seguida por la doctrina absolutamente dominante al entender que ésta siempre da lugar a autoría mediata. Mucho más respetuoso con el principio de autorresponsabilidad en sus dos vertientes es el planteamiento aquí propuesto: la aportación dolosa a un delito imprudente puede y debe calificarse como de participación si, materialmente, tiene un significado menor que lo realizado por el autor. Ello sucederá cuando el comportamiento negligente del segundo sujeto sólo sea imputable a él mismo⁸⁵. En concreto, podría argumentarse en contra de lo expuesto que del hecho de que la persona de detrás obre con dolo y la persona de delante con imprudencia, queda, sólo por ello, fundamentada una posición superior del primero, por razón del mayor conocimiento sobre el acontecer. Sin embargo tal conclusión pervierte los principios fundamentales

delito imprudente, pág. 191, n. 45. No debe olvidarse, sin embargo, que en estos supuestos resta intacta la posibilidad de apreciar una infracción de los deberes de solidaridad mínima (delito de omisión del deber de socorro) en los ejecutores de las transfusiones.

⁸³ Vid. JAKOBS, *GA* 1996, pág. 265: «lo contrario de imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso». Igualmente, aunque desde una perspectiva distinta (principio de autorresponsabilidad), SCHMOLLER, *Festschrift für Triffterer*, págs. 244 y ss.

⁸⁴ En el mismo sentido, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 232, n. 7; 249, 254; JAKOBS, *La imputación objetiva*, pág. 168; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassung*, 1992, pág. 226; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites a la participación criminal*, págs. 90-91.

⁸⁵ JAKOBS, *Strafrecht*, 21/112

de la imputación jurídico-penal, ya que el mero «saber-más» no posee ningún significado específico para la imputación, sino que lo verdaderamente relevante es si la persona de delante tenía el deber de actualizar sus conocimientos. Es por ello por lo que, tanto si se trata de conocimientos generales actualizables, como si forman parte de la clase de conocimientos que pertenecían a la esfera de competencia de la persona de delante, la conducta de la persona de detrás que los posea no podrá ser calificada de autoría mediata.

Ej.: A provoca en B la decisión de incendiar un edificio, sabiendo A que en él se hallaba C. Según la doctrina dominante, si B calcula como concretamente posible la presencia de una persona en el interior, se le imputará el hecho a título de autoría y A será inductor al mismo. Si, por el contrario, B no se representa esta posibilidad, A pasaría a ser considerado autor (mediato). Ciertamente, A posee un conocimiento sobre la peligrosidad de la acción superior al que posee B, pero se trata de un conocimiento general cuya posibilidad de actualización por parte de B queda intacta. Diferente sería el caso en el que A, con su conducta de inducción, anulara la posibilidad general de actualización del conocimiento de la situación peligrosa por parte de B (p. ej., mediante un engaño idóneo).

Un nuevo ejemplo: B pide a A que abra la ventana para poder lanzar a través de ella una piedra a la vía pública. A abre la ventana y B lanza la piedra lesionando a C⁸⁶. Si A sabe que en ese momento C pasa por debajo, entonces conoce el riesgo típico de homicidio, y por consiguiente obra dolosamente. Pero se trata de participación dolosa en un homicidio imprudente y no de autoría mediata, dado que se trata de un conocimiento general cuya no actualización es exclusivamente imputable a B⁸⁷.

5. Conclusiones

1. Debe rechazarse la construcción dogmática de la intervención en los delitos imprudentes sobre la base del modelo legal establecido en el StGB alemán y adoptarse un sistema más flexible de imputación en la medida en que lo permite la letra del Código penal español.

⁸⁶ Ejemplo propuesto por JAKOBS, *Strafrecht*, 21/112.

⁸⁷ Con mayor claridad puede verse lo insatisfactorio de la solución de la autoría mediata en casos en los que existe un error sobre el dolo del autor. Ej.: una enfermera, con pleno conocimiento y voluntad, proporciona al médico un medicamento en una dosis demasiado elevada por indicación del propio médico que, sin saberlo la enfermera, no actuaba de forma dolosa, sino imprudente (el ejemplo proviene de MEZGER, «Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen», *JZ*, 1954, págs. 312 y ss.).

2. El sistema de *numerus clausus* acogido por el Código penal español permite el castigo de todas las formas de intervención en los delitos imprudentes en aquellos tipos de la parte especial para los que esté expresamente previsto el castigo de la modalidad imprudente.

3. La prohibición de regreso, como momento de la imputación objetiva, rige con independencia de si el interviniente obra de forma dolosa o imprudente, de manera que cabe la participación imprudente en un delito doloso, así como la participación dolosa o imprudente en un delito imprudente, siempre que pueda afirmarse que el partícipe ha co-configurado el hecho típico.