

¿La punibilidad de la participación imprudente? Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio, por Raquel ROSO CAÑADILLAS

La influencia de la conducta de la víctima en la atribución de responsabilidad penal. Comentario a la STS 265/2021, de 24 de marzo, por Jesús BECERRA

Sobre las conductas de motivación penalmente relevantes: la inducción y la complicidad psíquica. Comentario a la STS 487/2019, de 15 de octubre, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

¿La punibilidad de la participación imprudente?*

Comentario a la STS 351/2020, de 25 de junio

Raquel Roso Cañadillas
Universidad de Alcalá
raquel.roso@uah.es

1. Introducción

El TS (STS 351/2020, Penal, de 25 de junio [ECLI:ES:TS:2020:2266¹]) atendiendo a un recurso de casación interpuesto por los condenados contra la sentencia de la AP de Málaga (SAP Málaga 57/2017, Sección 2ª, de 22 de febrero [ECLI:ES:APMA:2017:4086]) declara haber lugar parcialmente al recurso y casa y anula, para lo que aquí interesa, dicha sentencia. En su fundamento tercero se pronuncia con una prolija argumentación sobre la participación imprudente y la cuestión de su punición tantas veces debatida por la doctrina.

2. Hechos

Se declara probado que los procesados en la mañana del 6 de julio de 2013, después de estar toda la noche de juerga, se dirigieron con un vehículo conducido por Clemencia a un establecimiento comercial. Se bajaron del vehículo dos de los procesados, Rómulo y Raúl. Ambos entraron en el centro comercial, «donde el primero coge una botella de ron y el segundo una bolsa de patatas fritas, abandonando precipitadamente dicho comercio sin abonar el precio de las mismas, por lo cual el encargado del local Aureliano sale corriendo detrás de ellos». Los procesados se introducen en el vehículo y al cerrar la puerta de este, «Aureliano se agarra al vehículo, en concreto al bastidor del mismo, introduciendo el brazo izquierdo por la ventanilla derecha izquierda (sic) que estaba abierta al igual que la trasera. Al percatarse de ello Rómulo y Raúl golpean reiteradamente a Aureliano a fin de que el mismo se soltase y poder abandonar el lugar con su botín. En esta situación, a los gritos de “arranca, arranca” proferidos por Rómulo, Clemencia acelera e inicia la marcha a pesar de que Aureliano se encontraba enganchado al vehículo (...), siendo arrastrado aproximadamente unos cuarenta metros y, al reducir la marcha la conductora del vehículo, ante la presencia de varios peatones en un paso de cebra, se suelta cayendo violentamente al suelo. En su caída se golpea contra el vehículo Ford (...), y cae junto al vehículo en que circulaban los procesados de manera que, al no detener este su marcha, su rueda trasera izquierda pasa parcialmente por encima de la cabeza de Aureliano». Como consecuencia de lo relatado la víctima sufre lesiones que determinan su fallecimiento.

* La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-100.

¹ Ponente: Antonio del Moral García.

3. El pronunciamiento de la AP de Málaga

La AP de Málaga inició Sumario por un delito de robo con violencia, delito de homicidio, delito contra la Administración de justicia y delito contra la seguridad vial. Debido al objeto de este comentario, solo aludiré al delito de homicidio imprudente. La AP de Málaga condena a Rómulo, a Raúl y a Clemencia como *autores* de un delito de homicidio imprudente, después de analizar dos aspectos nucleares del tipo aplicados a los hechos concretos: la imputación objetiva (y no cuestiones de autoría y participación) y la imputación subjetiva. La AP dirimió las cuestiones planteadas inclinándose por la imprudencia y desechando el homicidio doloso en contra de lo que habían solicitado el MF y la acusación particular. Y la defensa arguyó que no podía existir el homicidio, pues la creación del peligro solo y exclusivamente se pudo atribuir a la propia víctima al agarrarse del vehículo, alegación que no prosperó analizando la causalidad y aplicando los criterios de la imputación objetiva.

4. Las tesis argumentativas de la Sentencia 351/2020, 25 de junio

La sentencia de la AP condena por el homicidio imprudente no solo a la conductora, sino a otros dos intervinientes que no pilotaban el vehículo, lo que da lugar a interponer el motivo del recurso que cuestiona esta imputación, con base en que en el caso de Rómulo, que es el que “jalea” a la conductora, este no contribuyó causalmente en la producción del resultado. El TS tiene con ello la oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones que son debatidas por la doctrina y la jurisprudencia: la posibilidad conceptual de la participación en la imprudencia y su punición. Sigamos el razonamiento de la sentencia y de aquellas otras que cita para construir y ofrecer una argumentación jurídica.

Hay que comenzar señalando que el estudio de la codelincuencia imprudente es complicado, por ello controvertido y actualmente no se ha alcanzado una respuesta unívoca. La regulación del StGB, el finalismo y las posiciones de la doctrina alemana han influido en la conformación y desarrollo de la autoría y participación imprudente; no obstante, la doctrina española no ha ido en esta ocasión al socaire de la doctrina alemana, ofreciendo una concepción de la autoría imprudente, en mi opinión, mucho más avanzada, garantista y coherente con los principios limitadores del *ius puniendi*, sobre todo los de proporcionalidad y responsabilidad por los propios hechos. Los conceptos pergeñados de autoría y la participación imprudentes y los criterios para su delimitación constituyen esfuerzos dogmáticos que consiguen plasmar y guiarse por esos principios limitadores y por la aplicación de «un justo y buen Derecho penal».

La sentencia recoge esta dicotomía que se refleja sobre todo en el tratamiento de la participación en el delito imprudente por ambas doctrinas: la alemana y la española. Así, explica que se ofrecen varios argumentos para negar la posibilidad conceptual de la participación en el delito imprudente. Por un lado, en el delito imprudente solo cabe la autoría, afirmación que no conduce a dejar impune a la participación, ya que todos los intervinientes en el hecho que hayan infringido una norma de cuidado son autores, por lo que un desarrollo conceptual de la participación ni siquiera se plantea como posible. Cualquier infracción de la norma de cuidado que haya influido en el hecho conduce a la autoría imprudente. Por otro lado, existe otro obstáculo que se deriva de la estructura de la denominada participación subjetiva², y es la

² Existe una clasificación de la participación que la divide en objetiva y subjetiva. Esta última se basa en la concurrencia en el sujeto de un conocimiento previo o simultáneo de la existencia de otros sujetos que intervienen en el hecho, dando lugar a una intervención conjunta acordada previamente o una intervención conjunta con

exigencia de un acuerdo previo o simultáneo entre los varios intervinientes en el hecho. Este acuerdo debido al carácter que tiene el hecho imprudente se niega que sea posible dentro del mismo. O como expresa la sentencia «la coparticipación exige una intencionalidad compartida, acuerdo de voluntades, lo que no es cohonestable con la ausencia de intención que caracteriza el delito culposo». No obstante, la sentencia apunta que siguiendo otra línea doctrinal no existe incompatibilidad conceptual, ni formal, ni funcional para admitir la participación³ en el delito imprudente, porque el acuerdo solo debe alcanzar a la realización de la acción imprudente. La sentencia en este primer abordaje de la cuestión se centra principalmente en la compatibilidad de la imprudencia con elementos subjetivos necesarios para afirmar la participación subjetiva.

Estas disquisiciones no son obstáculo para que en la sentencia se afirme que la conducta del recurrente (Rómulo) es sin ninguna duda punible por ambas vías argumentativas, ya que puede considerarse o bien una inducción⁴ a la comisión de una acción imprudente con resultado típico; o bien una imprudencia grave en sí misma al alentar a la «conductora a iniciar la marcha pese al serio peligro que representaba el movimiento del vehículo para el sujeto asido a la ventanilla». A la postre, lo que pone en evidencia la sentencia en una aguda síntesis es que en un contexto imprudente, los intervinientes en el mismo no se conciertan para producir un resultado lesivo, pero sí para dibujar un contexto imprudente con actuaciones que infringen normas de cuidado, en el que es previsible, en mi opinión, hasta la autopuesta en peligro de la víctima⁵.

El ponente de la sentencia, conociendo las dos posturas doctrinales diametralmente opuestas, llega por estas dos vías argumentativas contrapuestas a la punición. Con la primera es

acuerdo simultáneo. En ambos casos está presente el acuerdo de voluntades para la realización de un concreto hecho como consecuencia del conocimiento de la existencia de otro u otros intervinientes en el contexto factual. En caso de que no exista ese elemento subjetivo del conocimiento de actuar con otros o junto a otros, la participación es objetiva y seguirá siendo participación, pese a la falta de acuerdo, pues no es este elemento subjetivo el que define la participación frente a la autoría. Con ello, también se apunta a la existencia de elementos subjetivos distintos del dolo, que configuran las categorías del tipo. Por ello, es plenamente posible la participación subjetiva en un delito imprudente, cuestión de la que se ocupa la resolución como premisa para admitir la participación imprudente. En esta línea la sentencia se hace la pregunta siguiente: ¿inducción dolosa a un delito imprudente o imprudencia autónoma que opera como concausa del resultado? En mi opinión, modificaría la pregunta, la cual se hace referida precisamente a este supuesto concreto, ya que el inductor que actúa con consciencia de la presencia de otros en el hecho e induce a otro a realizar una actuación cuanto menos infractora de la norma de cuidado, no es necesariamente una inducción dolosa, más bien se trata de una inducción que cumple los requisitos subjetivos que exigen tal figura típica de participación, por lo que la formulación de la pregunta sería: ¿inducción imprudente a un delito imprudente? Detrás de esta cuestión además subyace el principio de accesoriadad apuntando la dependencia entre el partícipe y el autor. La inducción, según el injusto personal de cada partícipe, puede ser dolosa o imprudente, lo que da lugar a las combinaciones de una inducción dolosa a un delito imprudente o de una inducción imprudente a un delito imprudente. Por el principio de accesoriadad y para que no se rompa el título de imputación habría que castigar al inductor doloso con la pena del delito imprudente y no con la pena del delito doloso. ¿Cómo calificar desde las tesis del concepto unitario de autor al inductor doloso a un delito imprudente?

³ El ponente utiliza el término de “coparticipación”. Me inclino a seguir utilizando el término participación, porque este tiene un sesgo restrictivo del que carece el término “coparticipación”, el cual se puede entender como sinónimo de intervención de varios, ya sean autores o partícipes, en un hecho e incluso en el que se puede comprender la coautoría, que no es en ningún caso una forma de participación.

⁴ En la jurisprudencia y parte de la doctrina, sobre todo alemana, se utiliza una terminología que evoca el concepto unitario de autor del que se parte y así se habla de autor por cooperación, coautor por inducción, como se recoge en esta sentencia, y que encuentro inapropiado desde una tesis diferenciadora y de un concepto restrictivo de autor. Desde una posición restrictiva, el inductor no es ni autor, ni coautor, es un partícipe, sometido al principio de accesoriadad.

⁵ Autopuesta en peligro que forma parte de las posibles elecciones que tenía el sujeto para actuar en legítima defensa. Y autopuesta en peligro que en este caso concreto no excluye, en mi opinión, la imputación objetiva del resultado, ni desbanca de la autoría a la conductora del vehículo, y, por el principio de accesoriadad, tampoco excluye la responsabilidad penal de quien la haya inducido o ayudado a ello.

relativamente sencillo castigar, porque no se valora el injusto específico de la aportación al hecho de la intervención individual de cada sujeto-interviniente, sino que, con la sola infracción de la norma de cuidado, sin mayores pretensiones y esfuerzos, el imprudente es colocado en los altares de la autoría. La situación es diferente si se opta por un concepto restrictivo de autor, porque en ese caso hay que dilucidar si la intervención del sujeto es de autoría o de participación; para el caso de que fuera inductor o cooperador necesario, atendiendo a las reglas penológicas, ya es sabido que están igualados en pena al autor, pero en el delito imprudente, evaluado desde un concepto restrictivo de autor, también se debate si se debe castigar la participación imprudente⁶ o solo y exclusivamente las formas de autoría. En este sentido, la sentencia opta claramente por castigar la inducción realizada por el recurrente y afirmar que a efectos prácticos la cuestión no tiene relevancia, afirmación con la que no puedo estar de acuerdo, como trataré de razonar posteriormente.

Pero antes de ocuparme de ello, es interesante resaltar las citas jurisprudenciales que recoge la sentencia objeto de este comentario, ya que suponen una muestra de los vaivenes jurisprudenciales que encontramos en este ámbito. Así, el ponente cita tres sentencias que son ejemplo de este tratamiento pendular de la codelincuencia imprudente, existiendo una línea jurisprudencial relevante que admite la validez conceptual de la participación imprudente, otra que la niega abiertamente y otra que, demostrando un amplio conocimiento de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia, como es el caso también de la sentencia comentada, intenta manejar las variadas posiciones contrapuestas, alternándolas en su argumentación para llegar a la solución deseada y materialmente más justa. En este sentido, cita el ponente la STS 1936/2001, Penal, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:8336), que a su vez se remonta a líneas jurisprudenciales de los setenta⁷, que ya admitían con toda claridad la participación imprudente, sin que fueran ningún tipo de obstáculo elementos subjetivos como el acuerdo, porque ese acuerdo de voluntades se acota y viene referido a «la realización del mismo acto peligroso reflexivo o imprudente, y no del resultado que se referiría a la participación dolosa». Sin embargo, la STS 907/2014, Penal, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5732), deja aparte la discusión dogmática de si es posible la participación imprudente o si en estos delitos es el concepto unitario de autor el que se debe manejar sin mayores consideraciones, y ello porque se centra en otro aspecto, que presenta como básico, como es que la omisión del deber de cuidado, en el delito culposo, «se lleva a cabo de (un modo estrictamente personal), sin que resulte transmisible la responsabilidad que de ella se deriva a otros ni bajo otras formas participativas (cooperación necesaria, complicidad, etc.)».

La STS 541/2019, Penal, de 6 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3764)⁸, trata la cuestión, entre otras muchas, de la punición o no de la participación y llega a la solución contraria a la de la

⁶ Hay unanimidad, dentro de la tesis restrictiva de autor en el delito imprudente, en que la complicidad no es punible debido a que representa la intervención con el menor injusto, y la imprudencia por su parte constituye un menor desvalor de la intención, lo que unido presenta argumentos determinantes para adentrarnos en el ámbito del principio de insignificancia desde la perspectiva penal y para considerar que no hay necesidad y merecimiento de pena para estas conductas. Al respecto, entre otros, DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2010, p. 311. En sentido contrario, ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (9), 2002, p. 240, que mantiene que no debe haber reticencias para castigar la complicidad cuando las diferencias con la cooperación necesaria no son diáfanas y estas además son de carácter cuantitativo.

⁷ Un estudio analítico de la jurisprudencia hasta inicios del año 2000 en ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 419 ss.

⁸ Encomiable y abrumante todo el desarrollo que se puede encontrar en esta sentencia sobre la figura de la coautoría y los elementos que la conforman.

sentencia comentada, afirmando la impunidad de la participación imprudente, lo que sorprende, ya que esta sentencia en síntesis incide en que el delito imprudente solo admite la autoría directa o inmediata, basándose en la doctrina alemana mayoritaria y en la regulación del StGB, que exige expresamente el dolo tanto en la conducta del autor como en la del partícipe, por lo que estas normas son un obstáculo para su aplicación a la causación imprudente del resultado, castigando solo como autor a quien infringe el deber de cuidado y con ello contribuye a la causación del resultado imprudente. Además, expone que el dominio del hecho, (que como es sabido es un criterio diferenciador de las aportaciones de los intervinientes), para el caso de que se defiendan los presupuestos de un concepto restrictivo de autor, no puede aplicarse para el delito imprudente, ya que el criterio del dominio contiene elementos subjetivos incompatibles con la esencia de este. Lo mismo sucede con el supuesto de la coautoría imprudente: siguiendo la sentencia a un sector doctrinal, parece proponer que esta debe ser sustituida por la autoría accesoria en todo caso, al faltar el acuerdo para la realización conjunta del hecho. También alude, como en la resolución anterior, al carácter personal de la infracción de la norma de cuidado, y deriva la consecuencia de que solo se puede infringir el deber propio, por lo que concluye con este argumento al afirmar que no procede la coautoría, ni la complicidad en el actuar imprudente, que presuponen un concierto previo, cuando en este ámbito no puede haber convergencia de voluntades en la ejecución del hecho y sí pluralidad de autores.

En cualquier caso, sorprende que la sentencia citada haya manejado argumentos para alinearse con el concepto unitario de autor en el delito imprudente y, con un cambio de tercio inesperado, para mantener la impunidad del recurrente, admita la tesis del concepto restrictivo de autor, distinguiendo entre autores y partícipes imprudentes y afirmando que la participación imprudente es impune⁹, con lo que consigue encontrar el baluarte jurídico, para alcanzar esa impunidad. Encuentro que esta solución es justa materialmente en el caso enjuiciado, pero que para conseguirla no era necesario en este supuesto acudir al argumento de la no punición de la participación imprudente, lo que produce una cierta descoordinación lógica atendiendo al desarrollo argumentativo, ya que la sentencia se hace eco del concepto unitario de autor en un primer momento¹⁰.

5. El destronamiento del concepto unitario de autor

Para la doctrina alemana, el concepto unitario de autor¹¹ es el que ha servido para explicar y estructurar la autoría imprudente durante más de un siglo y con el que se han dirimido las

⁹ En efecto en la sentencia, que como he apuntado realiza un tratamiento profuso y elogiado de las cuestiones que se suscitan en los recursos, se llega a la solución de la impunidad y a no imputar un homicidio imprudente a uno de los intervinientes, en mi opinión un cooperador necesario y no un coautor, al producirse un exceso en la ejecución, que no formó parte del planeamiento de los robos, ni de los acuerdos adoptados en el modo de proceder. Para ello, el ponente se basa en el carácter personal de la infracción de cuidado, en que el recurrente es un “ausente” en el momento de producción del resultado, y al que no se le puede extender la infracción de las normas de cuidado de terceros; de aquí deriva la impunidad de la participación imprudente, dentro de un concepto restrictivo de autor, en el que solo es punible la participación dolosa, «y no la derivación de la conducta imprudente al ausente en la ejecución del delito».

¹⁰ Además, lo apunta la propia sentencia que trata el elemento del acuerdo entre los varios intervinientes en el hecho y el exceso en la actuación de uno de los mismos. Los excesos cortan el hilo conductor del principio de imputación recíproca en la coautoría y del principio de accesoria en la participación; por tanto, sea o no sea coautor el ausente, o sea la participación imprudente punible o no, el “ausente de la ejecución” quedará impune por el exceso producido en su caso por el resto de los intervinientes, al no estar presente en la ejecución central de los hechos y no poder siquiera por ello considerar un acuerdo tácito en la forma concreta de ejecución.

¹¹ Cfr. SCHÜNEMANN, «Der Begriff der sog. Einheitstäterschaft im Strafrecht-Kritik eines dogmatischen Monstrums», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (4), 2020, pp. 224 ss., en donde hace una crítica rotunda al

cuestiones de autoría en casos de codelincuencia imprudente por una línea mayoritaria de la jurisprudencia española. Sin embargo, la doctrina española no ha sido permeable en este ámbito a las argumentaciones de la doctrina alemana, y desde el inicio del tratamiento de la codelincuencia imprudente por la doctrina española se optó por cuestionar el concepto unitario de autor, como ya he dejado apuntado anteriormente.

La no distinción entre autor y partícipe en la imprudencia era una constante en la doctrina antigua alemana del s. XIX, dominada por dogmas causales y teorías subjetivas¹², de tal modo que consideraba que la participación por su propia esencia no podía ser imprudente y ello ayudado y secundado por el argumento legal, ya que no se contemplaba en la norma penal la participación imprudente. El finalismo dio el espaldarazo a estas concepciones decimonónicas y reforzó la tesis de que en el delito imprudente no se podía distinguir entre intervinientes, fijando su análisis en el delito doloso y reduciendo la explicación de la codelincuencia imprudente al simplismo de declarar que autor es todo el que infringe la norma de cuidado, que es como decir que autor de un delito doloso es todo aquel que actúe con dolo, afirmación tautológicamente inconcebible.

Al respecto, desde el estudio que he venido realizando a lo largo de mis investigaciones¹³ he defendido que:

1. *El delito imprudente por el hecho de serlo no conduce sin solución de continuidad y por derivación directa y automática a un obligado concepto unitario de autor.* Puede ser una opción normativa e interpretativa, que merece mayor elaboración que la sencilla y simple afirmación de haber infringido una norma de cuidado, como de hecho se ha procedido con el delito doloso. Ninguna de las argumentaciones que se han elaborado para justificar la posición unitaria en la imprudencia es determinante, sino más bien al contrario¹⁴. En primer lugar, la pretendida suficiencia de la simple concurrencia de los elementos de la imprudencia: la conclusión de que es autor imprudente todo aquel que infringe la norma de cuidado, en mi opinión, no supone más que una afirmación simplista y vacua¹⁵ desde la necesidad de configurar la autoría. Obviamente

concepto unitario de autor recogido en el CP austriaco que tilda de monstruo dogmático; no obstante, este autor guarda silencio sobre la aplicación de este monstruo dogmático al delito imprudente. Sobre el concepto unitario de autor y sus implicaciones en los casos de participación imprudente en un hecho doloso, vid. ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2020, § 24, nm 26 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte General I*, 2ª ed., 1997, § 24, nm 26 ss.

¹² Cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 3 ss.

¹³ Cfr. entre otros, ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, *passim*; LA MISMA, «Los criterios de autoría en el delito imprudente», *Revista TSJ y AP Aranzadi*, (21), 2002, pp. 12 ss.; LA MISMA, «Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (12), 2003, pp. 357 ss.; LA MISMA, «Reflexiones sobre la autoría imprudente», en LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75º aniversario*, 2018, pp. 223 ss.

¹⁴ Cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 48 ss.

¹⁵ Incluso también infringe normas de cuidado todo interviniente doloso y por ello no se ha sugerido que pueda ser solo y exclusivamente autor. En toda conducta dolosa hay una infracción de la norma de cuidado (impuesta por una norma de determinación) buscada de propósito y por ello mismo, desde otro enfoque, se exige como elemento de la imprudencia la ausencia de dolo (Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte General I*, 1996, p. 497, exponiendo las posiciones de KÜPER y HERZBERG. Este último sostiene que en el tipo doloso hay una infracción de la norma de cuidado por superarse con la acción el riesgo permitido, argumento con el que estoy de acuerdo). Y en este punto emerge, en mi opinión, precisamente con el injusto imprudente, la interconexión entre los requisitos de la parte objetiva y de la subjetiva del tipo, ya que debe existir como mínimo una infracción de la norma de cuidado en todo ilícito penal para imputar el resultado al tipo objetivo: la imputación objetiva, como elemento objetivo, es la que desarrolla e interpreta el alcance de la norma por la imprudencia cometida (elemento

para tildar una conducta de imprudente tiene que haber una infracción de la norma de cuidado, pero nada nos dice sobre el concepto de autor. Tampoco la redacción literal de los delitos imprudentes en el StGB, en el que se utiliza el término “causar” entendido en términos amplios ha sido un argumento determinante. Por último, el tenor de los preceptos reguladores de la participación en el StGB, como intenté demostrar, no ha resultado un argumento sin fisuras, ni indiscutible. Solo demuestra, en mi opinión, que la participación imprudente es claramente impune en la regulación alemana, lo que no se puede afirmar tajantemente de la regulación española; de ahí los esfuerzos interpretativos que suscita la cuestión y los esfuerzos también por evitar las lagunas de punibilidad a las que puede conducir una regulación como la alemana, que opta por castigar cualquier intervención imprudente como autoría.

2. No hay ningún elemento que conforme la estructura típica del delito imprudente que sea incompatible con plantear una delimitación entre autores y partícipes. Y tampoco se encuentra ningún elemento estructural de las formas de autoría o de participación que imposibilite la aceptación de todas estas figuras en la imprudencia.

En el delito imprudente no hay una finalidad en el sentido finalista de acción, pero ello no conduce a deducir necesariamente que no se puede distinguir entre autores y partícipes, ya que no es la finalidad ni mucho menos el único elemento que define el injusto; de lo contrario solo existirían tipos (injustos) dolosos. El tipo objetivo es fundamental para definir las acciones típicas y constituye el fundamento del injusto como desvalor de la acción y este se puede realizar con finalidad o sin ella. El finalismo adoptó al delito doloso como paradigma y en su estrechez de miras obstaculizó el desarrollo del delito imprudente. Se fijaron falsas conclusiones, de tal modo que los elementos subjetivos que formasen parte de estructuras conceptuales imposibilitaban su aplicación al delito imprudente. Desde estos planteamientos se ha negado la construcción de una coautoría imprudente, de una autoría mediata y de formas de participación, señalando que solo es posible la autoría directa y las autorías accesorias, yuxtapuestas o paralelas (*Nebentäterschaft*) y ello porque todas estas figuras (coautoría y participación) exigen un elemento subjetivo de acuerdo de voluntades o, en el caso de la autoría mediata, de un conocimiento (al menos mínimo) de la instrumentalización. Y también se ha refutado la aplicación del criterio delimitativo del dominio del hecho, que, como hijo del finalismo, se creó con una gran carga subjetiva.

Pues bien, en el delito imprudente caben todas las formas de autoría y de participación y ello sin prescindir del elemento del acuerdo de voluntades, que es un elemento preciso y determinante en la intervención y en la participación subjetiva frente a la participación objetiva en que no existe ese acuerdo. En la coautoría y en la participación subjetiva tiene que haber un acuerdo o conjunción de voluntades previos o simultáneos entre el autor y el inductor o cooperador imprudente¹⁶ o entre los diferentes coautores¹⁷. El acuerdo común no debe ser identificado con el dolo, dado que esto ha conducido a la negación del mismo en el campo de la intervención imprudente. El acuerdo como elemento subjetivo en la imprudencia tiene que adaptarse a las características de esta y por esa razón no puede ser un acuerdo que alcance la prosecución de un resultado ilícito; por el contrario, tiene que ceñirse a lo que es definidor de la estructura de la

subjetivo). Sobre la imprudencia como figura típica del delito, vid. ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2020, § 24, nm 3 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte General I*, 2ª ed., 1997, § 24, nm 3 ss.

¹⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3ª ed., 2016, pp. 289-290, nm. 46 ss.

¹⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, «La determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (42-3), 1989, pp. 898-899.

imprudencia, como lo es el acuerdo en realizar de manera consciente o inconsciente la infracción de la norma de cuidado. El acuerdo solo puede comprender la realización de la acción descuidada y cada uno de los sujetos intervinientes en ese proyecto común debe ser en todo caso consciente de que actúa junto con otros, debe tener conocimiento de la actuación de los demás que realizan el hecho con él¹⁸.

En el ámbito de la participación objetiva no existe el elemento del acuerdo común, pero ello no obsta para que conceptualmente exista participación imprudente o una codeterminación del hecho sin acuerdo, lo que no dará lugar en este caso a la coautoría al ser el acuerdo un elemento constitutivo de la misma, aunque no suficiente. En estos supuestos de codeterminación objetiva sin acuerdo, la autoría se convierte en yuxtapuesta o paralela y para el caso de la participación objetiva habrá «una participación accesorio, constituyendo uno de los posibles casos de concurrencia de imprudencias, en donde su actuación podrá servir para degradar la imprudencia del autor-agente o su responsabilidad penal a través de la aplicación de una atenuante analógica»¹⁹.

3. De los puntos anteriores se extrae un corolario: *se puede defender un concepto restrictivo de autor también para la imprudencia*. Afirmado lo cual, nos traslada al siguiente paso como es el de ocuparnos de criterios de delimitación entre autores y partícipes imprudentes. De los varios criterios que se han manejado, me ocuparé del criterio del dominio del hecho, cuya aplicabilidad, como no podía ser de otra manera, también se ha negado para el delito imprudente, al diseñarlo en sus orígenes con un intenso componente subjetivo como era la finalidad. El sujeto puede dirigir un hecho y configurar el futuro persiguiendo un fin fijado por su voluntad. Y efectivamente lo puede hacer, pero no se puede simplificar el universo cognitivo y conductual del ser humano a este exclusivo tipo de acciones. Hay otras formas de conducta en una persona que ni están tan programadas ni son tan reflexivas y que tienen que ser también categorizadas y analizadas desde parámetros delimitativos de la autoría y la participación.

La base de cualquier criterio delimitador de autoría tiene que ser de naturaleza objetiva y después se le pueden ir sumando elementos necesarios objetivo-subjetivos o subjetivos propios de las formas de autoría y de la participación o claramente subjetivos debido a la interconexión que existe entre todos los elementos que conforman el tipo. Uno de esos elementos interconectado con la parte objetiva es el subjetivo que será distinto en el delito doloso y en el delito imprudente. En el primero el sujeto es consciente casi a la perfección y con un alto conocimiento, aunque no sea pleno, de que realiza un hecho que reúne las características más apropiadas para alcanzar un fin elegido voluntariamente y por ello también es consciente de su pleno dominio, con lo que lo puede cambiar, modificar, remodelar atendiendo a las circunstancias concretas del proceso de ejecución elegido. En el segundo, en el delito imprudente, el sujeto no es consciente plenamente de las características que reúne su conducta, sin ninguna duda en la imprudencia inconsciente, y tampoco plenamente en la consciente en que el sujeto no tiene como objetivo producir el resultado, pese al grado de conciencia que tenga sobre el peligro que genera la actuación. El

¹⁸ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 580 ss., 596 ss.; Con mayor profundidad sobre el elemento del acuerdo, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 126 ss.; DURÁN SECO, *La coautoría en Derecho penal: aspectos esenciales*, 2003, pp. 369 ss.; BOLEA BARDÓN, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, pp. 31 ss., 377 ss.; GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, 2006, pp. 377 ss.

¹⁹ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002 pp. 596-597.

criterio del dominio del hecho no es un criterio subjetivo incompatible con la imprudencia²⁰, porque su sustancia es objetiva y escindible plenamente del dolo²¹, de la finalidad o de la voluntariedad. El aspecto subjetivo del dominio viene dado por su adaptación al tipo que el sujeto realice: doloso o imprudente²².

6. ¿La punición de la participación imprudente?

La sentencia comentada viene a afirmar que ya se siga un concepto unitario o un concepto restrictivo de autor para el delito imprudente a efectos prácticos no hay distinción alguna desde el aspecto punitivo de la regulación española, ya que no conlleva una diferencia en el castigo y por tanto en la pena²³. El interviniente que azuza a la conductora será para un concepto unitario un autor por determinación (*Bestimmungstäterschaft*) y para el concepto restrictivo será un partícipe, en este caso, como inductor (*Anstiftung*), pero, en efecto, en aplicación de la regulación del CP español van a recibir la misma pena. No obstante, aunque las consecuencias penológicas sean las mismas, no es baladí que se distinga entre autoría y participación, ya sea en el ámbito del delito doloso, en el que se ha admitido la distinción sin problemas, ya sea en el ámbito del delito imprudente, con todas las reticencias a las que se ha visto sometida esta afirmación. La no distinción entre intervinientes en el delito imprudente hunde sus raíces en la causalidad y en considerar que todo es causa del resultado, más tarde se refinó el discurso normativizándolo con la afirmación de que es autor imprudente aquel que infringe la norma de cuidado²⁴, como ya he indicado, pero ello es quedarse en una fase evolutiva de la dogmática penal para el delito imprudente en el primer caso muy primitiva y en el segundo muy anodina, ello produce desajustes aplicativos con trascendencia en los principios político-criminales como el de proporcionalidad y de responsabilidad por el hecho propio o autorresponsabilidad y el mantenimiento de una empobrecida argumentación dogmática para el delito imprudente.

²⁰ Vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 575; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, pp. 69-70; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002 pp. 518 ss.; DEL CASTILLO CODES, *La imprudencia: autoría y participación*, 2007, pp. 65 ss. En sentido crítico, DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2010, pp. 216 ss.

²¹ Como demostró ya a finales de los ochenta del siglo pasado, LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, (42-3), 1989, pp. 889-913, con su criterio de la determinación objetiva del hecho, al que se ha adherido gran parte de la doctrina.

²² Ya argumenté e intenté demostrar que el dolo no forma parte del dominio, sino del delito doloso, de tal modo que el interviniente doloso si quiere dominar tiene que elegir realizar la actuación que domina y con ello demuestra que su dolo ha abarcado el elemento objetivo de la autoría como un elemento más del tipo. Cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002 p. 528. En este sentido, cfr. la valoración crítica a mi exposición y desarrollo de DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2010, pp. 231 ss., que considera que no realizo ninguna distinción entre el elemento subjetivo del tipo, dolo e imprudencia, y el elemento subjetivo del dominio caracterizado este como conexión consciente de que se actúa en un determinado sentido. Al respecto, sin poder desarrollar mi argumentación, solo indicaré que en la imprudencia inconsciente el sujeto-autor determina objetivamente el hecho, pero normalmente este no se ha representado que con esa precisa infracción de la norma inserta en su proceder, lo haga. Por otro lado, existen elementos subjetivos, que le son propios a las figuras de la autoría o de la participación y consecuentemente son necesarios y exigidos, para que se afirme tal clase de autoría o de participación, pero ello no da lugar a incompatibilidades con la imprudencia, admitiéndose, como se ha expuesto, todas las formas de autoría y participación en el delito imprudente.

²³ Excepto en el supuesto de la complicidad, que la pena es un grado inferior a la del autor (art. 63 CP).

²⁴ Para un análisis de la doctrina alemana antigua, cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 3 ss.; también sobre los modelos de autoría en el delito imprudente, véase, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 8 ss.

Mi posición dista de la afirmación contenida en la sentencia, ya que sí encuentro razones terminológicas, dogmáticas, político-criminales y prácticas para decantarme por un concepto unitario o por un concepto restrictivo de autor, pese a que las consecuencias penológicas nos conduzcan al mismo lugar, lo que no debe disuadirnos de ofrecer una fundamentación dogmática elaborada y político-criminalmente justa, proporcional y eficaz. En primer lugar, me detendré en el lenguaje como transmisor de ideas, concepciones y conceptos. El lenguaje sirve, entre otras funciones, para asociar un significado a un término. Cuando el cerebro escucha del receptor a través del canal, que es la voz, un determinado término se activan las neuronas y se desarrollan relaciones sinápticas que generan relaciones semánticas; esto conduce a su vez a una estructuración automática de las relaciones que existen entre los conceptos (estructuras conceptuales)²⁵ y desde esta perspectiva la carga semántica del término autor y del término partícipe es bien distinta en cualquier contexto²⁶, y el Derecho penal no es ajeno a ello. El mensaje semántico de declarar a un sujeto como autor de los hechos no es el mismo que el declararle partícipe del mismo y paradójicamente se contraponen y se complementan, dando lugar a una relación jerárquica.

En segundo lugar, el concepto restrictivo de autor contiene dentro de su sistema o modelo el principio de accesoriadad, el cual rige las relaciones autor-partícipe, estableciendo una dependencia limitada entre ambas figuras sin traspasar los límites del principio de autorresponsabilidad, siendo, de este modo, el partícipe responsable de su propio hecho; pero para terminar de configurar su responsabilidad penal se debe tener en cuenta el hecho realizado por el autor, atendiendo a elementos como la tipicidad y la antijuridicidad (accesoriadad cualitativa) y al grado de ejecución alcanzado por el autor (accesoriadad cuantitativa). Este modelo de estructuración de la autoría y de la participación refuerza el elemento de la tipicidad y respeta en mayor medida el principio de legalidad²⁷. En el caso de la sentencia comentada el

²⁵ CÁMARA DE LA FUENTE, «La representación lingüística del conocimiento y su relevancia en la ingeniería lingüística», *Hipertext.net*, (2), 2004, pp. 1 ss. [en línea: <https://www.upf.edu/hipertextnet/numero-2/linguistica.html>] Consultado: 23-12-2021.

²⁶ Aunque el concepto unitario de autor se ha ocupado de diluir estas diferencias terminológicas, cfr. al respecto el riguroso y completo análisis de este concepto y las regulaciones que lo han acogido en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 47 ss.

²⁷ Un análisis del rechazo del principio de accesoriadad en el concepto unitario de autor y las razones para optar por un sistema restrictivo y accesorio de la participación se encuentra en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 117 ss. También sobre la cuestión, véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 350 ss., que ofrece un estudio sobre la accesoriadad y la participación imprudente, reparando en las teorías de fundamentación no accesorias y teorías de la fundamentación accesorias. Defiende la aplicación del principio de la accesoriadad en la participación imprudente, ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (9), 2002, p. 239. Este autor en su evolución posterior mantiene una concepción propia de la accesoriadad dentro de una reconstrucción teórica de la teoría de la codelinfluencia que denomina «sistema de responsabilidad por intervención», en el cual, sintéticamente y en mi opinión, la accesoriadad se caracteriza por la complementariedad entre las aportaciones de los intervinientes, acercándose a una operativa reproducida del principio de imputación recíproca en la coautoría (Cfr. ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp.131 ss.; EL MISMO, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 993 ss., en particular pp. 999 ss.); CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2005, p. 339; DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2010, pp.158 ss. Otra concepción de la accesoriadad se encuentra en el trabajo de MARTÍNEZ-BUJÁN, «La accesoriadad cualitativa de la participación», *Estudios Penales y Criminológicos*, (XL), 2020, pp. 855 ss. Este autor mantiene una construcción de la accesoriadad mínima y objetiva, por lo que el dolo y la imprudencia, que se incluyen en la norma personal de conducta, quedan fuera de las exigencias de la accesoriadad, y con este planteamiento se solucionan lagunas de punibilidad admitiendo una participación dolosa en un hecho imprudente y a la inversa, lo que no interfiere para que MARTÍNEZ-BUJÁN considere que la participación imprudente es impune en el CP español (p. 925). Sobre el principio de accesoriadad en profundidad, vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 1990, 2ª ed., 2015, *passim*.

partícipe induce teniendo en cuenta la conformación concreta del escenario y del potencial riesgo que encierra el mismo en el momento de la inducción, que es a la realización de un resultado lesivo materializado en unas lesiones y/o un homicidio como proyección de la progresión de este riesgo.

En tercer lugar, la cuestión de la punibilidad o no de la participación en la imprudencia solo es posible plantearla y llegar hasta este punto del camino si antes se ha asumido un concepto restrictivo de autor también para el delito imprudente²⁸. En la sentencia que se comenta se ha optado por la punición de la participación imprudente incluso desde las premisas de un concepto restrictivo de autor²⁹, y la temática no está exenta de debate, ya que la regulación legal que acoge el CP español es interpretable.

Desde la valoración del injusto, el menor desvalor subjetivo de la imprudencia representa un argumento de importancia para defender el castigo exclusivamente de conductas que sean de autoría. Entran aquí consideraciones político-criminales de necesidad y merecimiento de pena que se encuentran apoyadas en la interpretación de los preceptos legales y de la sistemática interna de la parte general de la regulación del CP, que conducen a una punición excepcional de la participación imprudente. Así se ha sostenido por una parte de la doctrina autorizada³⁰ que la opción correcta es la no punición de la participación imprudente, debido, sintéticamente, a que la participación es una causa de ampliación de la punibilidad, como son otras causas de extensión como la tentativa o los actos preparatorios punibles, que solo se castigan si concurre el dolo; por otro lado, el CP 1995 ha optado claramente por un sistema de *numerus clausus*: en su art. 12 CP, por lo que solo cabe castigar por imprudencia cuando expresamente lo contemple la norma y, por último, se mantiene por un sector doctrinal dentro de esta vertiente que la definición de las formas de participación en los preceptos legales requieren dolo, aunque no lo digan

²⁸ En cuanto a la cuestión de la punibilidad, la doctrina alemana excluye la punición de una intervención imprudente como participación imprudente con base en la regulación legal de los §§ 26 y 27 StGB, que exige que esta sea dolosa (Vid. ROXIN, *AT II, [PG II]*, 2003, § 26, nm 6 ss., 35 ss.). No obstante, ello no implica *eo ipso* según SCHÜNEMANN/GRECO, *Leipziger Kommentar*, 13ª ed., 2020, § 25, nm 244, que la causación imprudente de un resultado sea impune en los casos de que se favorezca la realización dolosa del delito por un tercero. Ponen el ejemplo ya muy conocido, para ilustrar sus palabras, del sujeto imprudente que deja su arma cargada colgada o en un rincón de un bar y es utilizada por un tercero que dispara dolosamente a su víctima. Consideran estos autores, comprendidos dentro de la doctrina mayoritaria, que en estos casos no se trata de una mera imprudencia y menos aún de una participación no punible (prohibición de regreso). Y añaden que es una premisa equivocada partir de los mismos puntos de vista de delimitación de la autoría y participación en un hecho doloso y en un hecho imprudente. Estos casos, en opinión de los citados autores, se deben solucionar como una parte de la imputación objetiva y aplicando el principio de confianza. No obstante, ya expuse a este respecto cómo la imputación objetiva no es la categoría válida para dar coherencia a un sistema de autoría y participación imprudente y que, además, los requisitos de las figuras de la autoría o de la participación son ajenos a la existencia de un hecho doloso o imprudente, de tal modo que una cooperación o una inducción no dejan de serlo porque el sujeto obre con imprudencia y no con dolo, Cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 501 ss.

²⁹ Hay que recordar que la jurisprudencia española no se ha alineado claramente a un sistema u otro de autoría (al igual que ocurre en la sentencia objeto de comentario), ni ha adoptado un criterio de distinción entre autores y partícipes imprudentes. Admite la participación imprudente, pero la terminología es confusa al hablar de autoría por inducción o coautoría por cooperación necesaria y castiga con base en el acuerdo común de voluntades y a la regulación legal española en la que a efectos de pena el inductor y el cooperador necesario merecen el mismo castigo (Vid. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp.419 ss., pp. 477 ss.).

³⁰ Entre otros, LUZÓN PEÑA, «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales. (Comentario a la sentencia TS 27-1-1984)», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1984, pp. 278 ss.; EL MISMO, *Curso PG I*, 1996, pp. 507 ss.; EL MISMO, *Lecciones de DP, PG*, 3ª ed., 2016, 290, nm. 48 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 283, n. 94; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, 1999, pp. 81 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 414 ss.

expresamente. Otra parte de la doctrina³¹, tan autorizada como la anterior³², defiende la posición contraria y expone que no hay argumentos decisivos para defender la no punición de la participación imprudente. Así, 1) del texto de la ley no se deriva ningún dato determinante para negar la punición de la participación imprudente ateniéndonos a las definiciones legales de la participación, que no están formuladas en términos subjetivistas, como sí ocurre en el StGB; 2) desde razones de ponderación del injusto, se afirma que la gravedad de este depende tanto de aspectos objetivos como subjetivos; 3) si se hace una interpretación sistemática de los preceptos de la parte general, se comprueba que la tentativa, que suele ser la categoría sistemática que mide el grado de subjetividad de una regulación, no está solo definida desde elementos subjetivos, y 4) por último, cuando existían las faltas en el CP se aludía a la punición de la participación dolosa en este tipo de ilícitos, que eran mucho más leves que la realización de los tipos imprudentes, con fines comparativos con la participación imprudente, en caso de haber favorecido la realización de un delito. Actualmente se puede considerar tal argumento haciendo la comparación con los delitos leves.

7. Conclusión

Como sostuve anteriormente³³ considero que la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente³⁴ es una opción político-criminal³⁵, cuando la regulación no es determinante. Es evidente que se ha producido y se sigue produciendo un cambio de paradigma propiciado e

³¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 2ª ed., 1971, p. 661; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, pp. 361-362; JORGE BARREIRO et al., «La imprudencia profesional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (1), 1993, pp. 249-250; GONZÁLEZ RUS, «Autoría única inmediata, autoría mediata, y coautoría», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (39), 1994, pp. 101-102; FEIJÓO SÁNCHEZ, «La imprudencia en el CP de 1995 (cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*)», *Cuadernos de Política Criminal*, 1997, pp. 327 ss.; EL MISMO, «Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación», *La Ley*, 2000-1, pp.1606 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 105 ss.; DIEZ RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (1), 1998, p. 40; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 400 ss.; HORVITZ, «Autoría y participación en el delito imprudente», *Revista de Estudios Jurídicos*, (10), 2008, pp. 152 ss.; DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2010, p. 316.

³² La tesis intermedia viene de la mano de MIR PUIG, *DP PG*, 5ª ed., 1998, p. 370; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 388 ss., nm 42 ss., proponiendo que se castigue la cooperación necesaria y la inducción, pero no así la complicidad. También mantiene una tesis intermedia CORCOY BIDASOLO, «Delincuencia imprudente y Código penal de 1995», *TSJ y AP Aranzadi*, (22), 1999, p.16, que propone castigar solo la inducción imprudente, como en el caso de la sentencia comentada, pero no la cooperación necesaria y la complicidad, al considerar que la cooperación y la complicidad son figuras de participación con menor injusto, que unido a la menor gravedad del injusto imprudente justificaría su impunidad.

³³ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, pp. 414 ss.

³⁴ Siguiendo un correcto análisis metodológico, la cuestión primera es la de la relevancia penal de la participación imprudente y su punibilidad, es decir, los límites de la responsabilidad por imprudencia en el ordenamiento jurídico-penal español. Posteriormente admitida esta, habrá que analizar el tratamiento de una participación imprudente en un hecho principal doloso o imprudente, que atañe a cuestiones como el principio de accesoriadad, la prohibición de regreso, el principio de autorresponsabilidad o el principio de confianza y que escapan al objeto de este trabajo.

³⁵ Vid. las consideraciones político-criminales de FEIJÓO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable», *LL*, (1), 2000, pp. 21 ss. (versión digital), defendiendo la existencia de favorecimientos imprudentes que son desde un punto de vista político-criminal merecedores de pena, precisamente, por ello, apunta que en regulaciones como la alemana en la que está prevista la participación dolosa exclusivamente, prefieren mantener un concepto unitario de autoría, para evitar lagunas de punibilidad en la intervención imprudente. En sentido similar, DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tesis doctoral Universidad Pablo de Olavide de Sevilla 2010, pp. 313 ss.

impulsado, como suele suceder, por la organización, estructuras y contexto sociales. La complejidad de las interrelaciones sociales en una sociedad adjetivada como del riesgo necesita de categorías del delito, que anteriormente tenían una aplicación relativa o residual; categorías como la imputación objetiva, la imprudencia, la posición de garante, la concurrencia de imprudencias, el principio de autorresponsabilidad, el principio de confianza, por señalar algunas, se presentan actualmente como elementos necesarios para dar una fundamentación dogmática, que explique la imposición de una pena a formas delictivas actuales mucho más sofisticadas. Ello ha conducido a su vez a que la concepción del injusto personal cambie³⁶ y no esté dominado por concepciones subjetivistas entroncadas en el finalismo, configurando un injusto típico en primer término objetivo (sin renunciar a la parte subjetiva, que presenta una vinculación innegable entre el sujeto y su hecho y define si el delito es doloso o imprudente), tornándose de carácter normativo, incluso cuando se trata de elementos subjetivos como el dolo y la imprudencia, que se han despojado de un enfoque ontológico, como estructuras lógico-reales, o psicológico.

Centrándonos en esta perspectiva objetiva del injusto, el inductor, crea un riesgo de generación de la idea delictiva en el autor desde su yo consciente e individual, por lo que está sabiendo lo que dice y a quien se lo dice, y cuando se inserta esta actuación en todo el contexto delictivo concreto se analiza, atendiendo a la interrelación con otros sujetos y sus conductas, si su participación ha sido además imprudente por no perseguir con su favorecimiento la producción de un resultado lesivo típico. Desde este enfoque objetivo del tipo filtrado a través del análisis de la imputación objetiva³⁷, ateniéndonos a los hechos enjuiciados en la sentencia, Rómulo con su frase está induciendo a crear un riesgo jurídico-penalmente relevante, al poner en peligro un bien jurídico de la manera que se ha tipificado y recogido en la norma, estando de acuerdo con la sentencia de que se trata de una inducción, pero como forma de participación y no de autoría. Una inducción que, si fuera dolosa, se castigaría sin ninguna duda. Y esta hubiera podido ser una posible fundamentación dogmática para llegar a la condena en este caso, ya que aplicando la teoría del consentimiento restringida, el inductor no tiene bases racionalmente fundadas para no considerar que uno de los resultados probables en esas circunstancias concretas pueden ser las lesiones o la muerte de una persona que está cogida al vehículo y se pone en marcha. Otra vía, para llegar a la condena, es considerar toda intervención imprudente como autoría, solución también aludida en la sentencia, sobre la cual ya me he posicionado en mis varios trabajos rechazándola, y la última vía para mantener una condena en este y otros supuestos es considerar la participación imprudente como forma de participación punible.

³⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret*, (3), 2014, pp. 2 ss., que se ocupa del concepto de injusto personal y las relaciones con la culpabilidad.

³⁷ La excesiva punibilidad por admitir la punición de la participación imprudente en un injusto personal de menor entidad que el dolo, como se contraargumenta, en mi opinión, no es tal, pues se consigue una aplicación materialmente justa de la participación imprudente y su punición, porque, primero, solo se castiga el delito imprudente en general en determinados delitos, aunque si se admite la participación imprudente, esta puede contribuir a un hecho principal doloso y por esta vía se expande su punición. Esta expansión no es absurda, como calificué anteriormente (ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, p. 416), ya que se está favoreciendo un hecho doloso, sobre todo, para los casos en que el favorecedor imprudente tenga una posición especial de protección frente al bien jurídico. Segundo, la participación imprudente debe cumplir los requisitos generales de toda participación: inducción y cooperación necesaria. Y tercero, la participación imprudente está sometida a los filtros de la imputación objetiva, que limita y criba la participación indicando los favorecimientos penalmente relevantes. En este último caso, vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable», *LL*, (1), 2000, 23 (versión digital).

He defendido la punibilidad de la participación imprudente en los contextos delictivos en los que había intervinientes con especiales responsabilidades y con posiciones de garante, ya fueran delitos de infracción de deber o de dominio³⁸. Con este trabajo doy un paso más y defendiendo la punición de la participación imprudente en cualquier caso en el contexto social actual.

La imprudencia representa un injusto personal de menor entidad³⁹, ello es evidente e indiscutible, pero esta premisa no es lo suficientemente determinante para afirmar que en el fenómeno delictivo imprudente solo se debe castigar cuando exista consumación y cuando el interviniente sea autor. Hay contextos peligrosos imprudentes de tal magnitud que merecen una respuesta penal y que de no hacerlo se llega al callejón sin salida de las lagunas de punibilidad⁴⁰. De ello es consciente el legislador cuando ha tipificado delitos de peligro en los que tiene cabida la imprudencia. Y para el caso de la participación, como ya he dejado apuntado anteriormente, del sistema del *numerus clausus*⁴¹ y de los preceptos que regulan la autoría y la participación no se extraen argumentos decisivos y claves para la no punición de la participación imprudente, más bien la regulación tiene una semántica anfíbológica. Por otro lado, si nos enfocamos en el concepto de participación, dejando a un lado esa parte subjetiva, que en ocasiones entorpece el análisis, cuando la participación adquiere las formas de la inducción y de cooperación necesaria, el legislador ha considerado que este tipo de favorecimientos tienen una gravedad consustancial y propia, por lo que merecen la misma pena que el autor, quedando fuera de esta equivalencia punitiva solo y exclusivamente la complicidad. Por lo que tenemos dos conclusiones: 1) la imprudencia es menos grave que el dolo; 2) la inducción y la cooperación necesaria son formas de intervención graves que merecen la misma pena que la del autor, desde un punto de vista puramente objetivo y neutral, tanto si la participación es dolosa como imprudente. Llegados a esta síntesis, considero que hay que legislar teniendo a la vista estas conclusiones e interconectarlas, siendo conscientes además de que entre bambalinas está en tensión por este enfrentamiento entre lo objetivo y lo subjetivo toda la estructura del injusto típico, pesando tanto la interpretación teleológica y los argumentos político-criminales, como la eficacia aplicativa de la regulación para darle mayor protagonismo en unos casos o en otros a elementos subjetivos u objetivos del tipo.

De *lege ferenda*, considero que se debe revisar la regulación de la participación en la parte general del CP. La polémica doctrinal (no tanto jurisprudencial, porque esta ha optado por el castigo de la participación imprudente, aunque sin apenas argumentación o a veces confusa, al hacerse eco

³⁸ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, p. 416; LA MISMA, «Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio», *InDret*, (3), 2019, p.35.

³⁹ La imprudencia es el mínimo ilícito subjetivo exigido para que una conducta tenga relevancia jurídica y el merecimiento de una sanción; por otro lado, la imprudencia es un elemento graduable, que no merece en todos los casos la sanción penal. Esta graduación manifiesta ostensiblemente que la imprudencia incluso realizada por el autor no debe tener siempre una respuesta penal. No toda autoría imprudente se convierte automáticamente en un delito. Hay otro elemento clave en esta ecuación y es la conducta objetivamente realizada dentro de un contexto delictivo, que, si es potencialmente lesiva, conlleva la puesta en peligro o lesión grave de un bien jurídico merecedor de protección penal.

⁴⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable» *LL*, (1), 2000, p. 21 (versión digital), siguiendo a SILVA, considera que un sistema restrictivo de autor con no punición de la participación imprudente conduce a situaciones diabólicas en su aplicación práctica, pues resulta harto difícil de creer que la jurisprudencia no castigue por inducción o cooperación necesaria, cuando no las conciben como figuras marginales y en supuestos catastróficos o con múltiples afectados.

⁴¹ Vid. HORVITZ, *Revista de Estudios Jurídicos*, (10), 2008, p. 153, que con rotundidad manifiesta que no existe motivo para que las reglas generales no sean comunes al delito doloso y al imprudente, porque de lo contrario no existiría un criterio claro para considerar qué reglas generales son aplicables al delito imprudente y cuáles no.

de la dicotomía en la doctrina) seguirá servida, mientras no se incluyan directrices legales claras. En una hipotética reforma de la participación se debería plasmar con claridad la opción legal decidida: si castigar o no castigar la participación imprudente. Como he dicho anteriormente, me inclino por su castigo, y con la misma pena que la del autor imprudente. No obstante, un sistema de flexibilización de la punición de la participación en el delito imprudente puede formar parte de esta opción regulativa, de tal modo que atendiendo al menor desvalor del injusto imprudente, a los partícipes en el mismo se les pudiese imponer una pena menor que la del autor y en el caso del cómplice imprudente por el principio de insignificancia se llegase a la impunidad penal, pudiendo, esta clase de favorecimientos, ser objeto de otro tipo de sanción por otra parte del ordenamiento jurídico. Además, se debe seguir manteniendo el sistema cerrado de punibilidad del delito imprudente, el cual, al estar presente como principio sistematizador en toda la regulación penal de la imprudencia, limita el castigo de la autoría imprudente y ofrece seguridad jurídica; y ello aunque las opciones de castigar la participación imprudente se incrementen, porque también es posible la participación imprudente en un delito doloso.

En el caso de la sentencia comentada, el inductor realiza una conducta integrada en un contexto que es del que debemos partir: induce a una conductora a poner el vehículo en marcha con una persona agarrada a la ventanilla; está incitando de este modo a un tercero a que ponga en marcha un foco de riesgo potencialmente peligroso. Las probabilidades de lesión o muerte son muy altas en este contexto concreto y la frase del inductor se inserta en él mismo, por lo que el inductor imprudente (incluso con dolo eventual) realiza un hecho grave que merece una sanción penal. Por último, esta sanción penal se podía haber matizado en el caso concreto evaluando la culpabilidad de los intervinientes en el hecho: rondaban los dieciocho años de edad, no solo porque en el caso de nuestro protagonista, Rómulo, este hubiera ingerido sustancias estupefacientes, sino por la propia capacidad «de aprehender la totalidad del contenido (social) del comportamiento»⁴², que se sostiene que no es la misma en un joven⁴³ que en un adulto, ya que el cerebro (la corteza prefrontal) termina de desarrollarse entre los 25 a 30 años. Esta parte del cerebro es el área responsable de ciertas habilidades como planificar, establecer prioridades y controlar impulsos, por ello un adolescente, por regla general, es más propenso a participar en comportamientos arriesgados sin haber reflexionado sobre las consecuencias de su toma de decisiones. No obstante, estas cuestiones ya entran de lleno en el ámbito de las neurociencias.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2014, p. 3.

⁴³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2014, p. 3, mantiene «que la dañosidad social o lesividad del hecho de un joven y la del hecho de un adulto son distintas» por su distinta capacidad de aprehender la totalidad del injusto y esta distinta capacidad afecta a la medida del injusto, siendo así que el injusto no culpable es menos injusto que el injusto culpable.

La influencia de la conducta de la víctima en la atribución de la responsabilidad penal

Comentario a la STS 265/2021, de 24 de marzo

Jesús Becerra
Universidad Pompeu Fabra
jesus.becerra@upf.edu

1. Introducción

En las páginas que siguen analizaremos la STS 265/2021, Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1105)¹ y asimismo haremos también una somera revisión de las resoluciones de instancia que conocieron previamente del asunto (SAP Madrid 151/2020, Sección 26^a, de 2 de marzo [ECLI: ES:APM:2020:3677]²; y su apelación, resuelta por STSJ Madrid 257/2020, Sección 1^a, de 23 de septiembre [ECLI:ES:TSJM:2020:9720]³). En esta sentencia, nuestro Máximo Tribunal tiene ocasión de pronunciarse (entre otros temas), sobre lo que este mismo cuestiona (e inmediatamente descarta) como «...un caso de autopuesta voluntaria en una situación de la que se derivara [un] resultado lesivo...». El Tribunal Supremo concluyó que en este caso en concreto, la conducta de la víctima no tiene relevancia a efectos de excluir (o atenuar) la responsabilidad penal del autor. Para llegar a esta solución, se sirve de una parte importante de sus propios precedentes jurisprudenciales a este respecto.

De la lectura de esta sentencia, a *priori* nos parece que se pierde —por una omisión en ahondar en ciertos matices— una interesante oportunidad para apreciar criterios de imputación jurídico-penal que teniendo verdaderamente en cuenta toda una serie de variables (entre las que se encuentra evidentemente la conducta de la víctima), introduzcan criterios acordes con garantías constitucionales básicas y limitadoras del *ius puniendi* —inherentes a cualquier individuo sometido a la persecución penal⁴—. Por el contrario, entendemos que se incurre en una interpretación analógica *contraria a reo* al utilizar como referente la solución a supuestos similares, prácticamente todos ellos análogos entre sí, que carecen del elemento diferenciador de este caso en concreto: la existencia de una “segunda víctima” que es la que realiza la conducta autolesiva y es *distinta* a la que se dirige la conducta lesiva inicial del autor. Es decir, examinaremos la resolución *in commento* e intentaremos dilucidar si en efecto —desde una

¹ Ponente: Ángel Luis Hurtado Adrián.

² Ponente: María Teresa Arconada Viguera.

³ Ponente: Celso Rodríguez Padrón.

⁴ Así, por muchos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2^a ed., 2010 pp. 604-606. Dice por ejemplo (p. 605): «...estimo que la elaboración categorial y sistemática de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia el complejo de fines (legitimadores) del Derecho penal...».

perspectiva de dogmática jurídico-penal—, estamos ante una *víctima* y, asimismo, si nos encontramos delante de lo que puede denominarse como *autor* a efectos jurídico-penales⁵.

2. Antecedentes: los hechos del caso y su calificación jurídica

Las sentencias de instancia y la resolución del Tribunal Supremo coinciden esencialmente (respecto de sus antecedentes de hecho) en afirmar la existencia de una pareja sentimental (“Elías” y “Antonia”, según la versión de la STS que puede encontrarse en la base de datos de Aranzadi⁶), que convivía desde enero de 2018 en un inmueble ubicado en el segundo piso de una vivienda multifamiliar. Elías y Antonia subarrendaban una habitación a una tercera persona (llamada “Berta” en la mencionada versión).

Sostiene la sentencia que entre las 17 y 18 horas del día 12 de agosto de 2018, Berta llegó al piso, se dirigió a su habitación y se encontró con Elías, que estaba en el salón. Necesariamente tuvieron que haberse visto (y cruzar alguna palabra) porque, según se refiere, el salón era el lugar de paso para ingresar en la habitación de Berta. Se dice además que Berta salió en un par de ocasiones de la habitación para posteriormente retirarse a descansar en la misma. Se afirma asimismo que entre las 21.30 y las 22 horas, Antonia ingresó al inmueble y encontró a Elías (que permanecía en el salón) con síntomas evidentes de encontrarse bajo los efectos del alcohol. Inmediatamente se dirigió a su habitación (compartida con la pareja), seguida de Elías. Es en ese momento cuando se inicia una discusión entre ambos, motivada por la intención de Antonia de dar término a la relación. Elías reacciona con violencia ante este comentario, golpeándose la cabeza con objetos contundentes en un par de ocasiones, al tiempo que le pedía que *no le dejara y que se mataría por ella*. Acto seguido se dirigió a la terraza del inmueble, cogió un recipiente lleno de un líquido inflamable y se lo roció por el cuerpo (no se aportan detalles adicionales de este extremo), mientras dirigía frases a Antonia como *«si me mato yo, tú te vienes conmigo»*⁷. Dicho esto, volvió a la habitación compartida y posteriormente se dirigió al salón (seguido de Antonia, presumimos). Allí encontró un mechero y se prendió fuego y, ardiendo, en la puerta del salón (entendemos, bloqueando la salida del inmueble), cogió a Antonia del brazo y se dirigió a ella diciéndole frases como *«si no me ayudas no te dejo salir»* y *«tú no sales de acá»*. La mujer logró zafarse y escapar del inmueble totalmente ilesa.

Entretanto, Berta, que como hemos dicho permanecía en su habitación, salió del dormitorio (al salón, que era el espacio —como dijimos— directamente comunicado con su dormitorio), ante el reclamo de ayuda por parte de Antonia. Desconocemos si Berta pudo ver a Antonia antes y durante su salida del piso. No obstante, lo presumimos, porque se dice expresamente que acudió al llamado de ésta y pudo ver a Elías mientras ardía en llamas (no se describe si ya el incendio se había extendido al salón del inmueble). Interpretamos que Elías bloqueaba su paso a la salida por permanecer, como dijimos, en la puerta del salón y por tanto en la vía de escape. Ante esta situación, Berta volvió a su habitación y salió a la terraza del piso a pedir auxilio. Cuando vio que

⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., 2001, pp. 20 s.

⁶ Ref. RJ\2021\1697.

⁷ En la sentencia del tribunal de juicio se afirma que en el plenario Antonia negó que Elías hubiese proferido tales afirmaciones cuando así lo afirmó en la instrucción. Se aduce que se otorgó mayor credibilidad a lo sostenido por Antonia en la instrucción. Cfr. SAP Madrid 151/2020, Sección 26ª, de 2 de marzo (ECLI: ES:APM:2020:3677), FJ 2º.

las llamas salían por la ventana del salón del inmueble, saltó al vacío. No se especifica cuánto tiempo permaneció Berta en la terraza del inmueble antes de saltar.

La sentencia del tribunal de juicio señala que Elías declaró en el plenario que en el momento en que se prendió fuego *no era consciente* de que Berta se encontraba en el piso. Este extremo no es valorado y no se incorpora a los hechos. En la misma decisión también se afirma que, a preguntas del abogado defensor en el acto de juicio, Antonia afirmó creer que Berta *pudo haber salido de la casa* (entendemos por la puerta principal). La resolución menciona que esta declaración contradice lo afirmado por Antonia en la instrucción, donde expresó que Berta *no tenía escapatoria*. Señala expresamente además que no da crédito a la segunda versión aportada por Antonia en el plenario por no ser coincidente con lo que ha declarado Berta a lo largo del procedimiento. Por último, se detalla que Berta afirmó en su declaración, que al ver las llamas salir por la ventana del salón, intentó bajar al piso inferior descolgándose por la terraza «...y es cuando cae a la calle»⁸.

Como hemos mencionado, Antonia no sufrió lesiones. Por el contrario, Berta sobrevivió a la caída (desde una altura de dos pisos) pero resultó gravemente lesionada. No se señala la entidad de las lesiones de Elías (que necesariamente debe de haber sobrevivido y que incluso parece haber declarado en el plenario), ni tampoco el detalle de la magnitud ni la duración del incendio en el inmueble, aunque en la sentencia de apelación se afirma que consta en autos un informe técnico elaborado por funcionarios de la policía judicial en el que se hace constar que las estancias del inmueble en cuestión eran propicias para la propagación del fuego⁹.

Los hechos descritos fueron calificados como un delito de incendio (art. 351 CP) y dos delitos de tentativa de homicidio (art. 138 CP) en perjuicio de Antonia y Berta. La condena inicial implicó la imposición, entre otros particulares, de una pena en su conjunto de diecisiete años de prisión. En particular, la conducta típica dirigida en contra de Berta determinó la imposición de una pena en primera instancia de siete años de prisión. La decisión fue confirmada en segunda instancia y el TS la redujo a cinco años y un día de prisión, en atención al principio de proporcionalidad¹⁰.

3. La motivación de la sentencia: el resultado lesivo de la (segunda) víctima es atribuible al autor a título de dolo (eventual) de homicidio

Con base en una serie de sentencias que se remontan incluso al año 1991, la STS objeto de análisis —en lo que respecta a las graves lesiones sufridas por Berta en su caída desde la terraza del inmueble— niega la atipicidad de la conducta del autor o, lo que es lo mismo, que este resultado dañoso sea atribuible a la propia conducta de esta víctima¹¹. Se parte de la cuestión central en la aplicación práctica de toda esta problemática, esto es la posibilidad cierta de que el autor ostente una posición de superioridad frente a la víctima que impida su actuar autorresponsable y por tanto libre¹². Desde esta perspectiva, la doctrina considera que estamos ante un supuesto en que

⁸ Todos estos extremos constan en SAP Madrid 151/2020, Sección 26ª, de 2 de marzo (ECLI: ES:APM:2020:3677), FJ 2º.

⁹ STSJ Madrid 257/2020, Sección 1ª, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2020:9720), FJ 3º.

¹⁰ STS 265/2021, Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1105), FFJJ 3º, 4º.

¹¹ STS 265/2021, Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1105), FJ 1º.

¹² Cfr. JAKOBS, «15. La organización de la autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», (trad. Cancio Meliá), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 410: «...hay autolesión en todos aquellos casos en los que la competencia de la víctima en cuanto a su autoprotección no se genera antes de que se fundamente la competencia

la víctima está siendo instrumentalizada y por tanto, que *mediatamente* la conducta es objetivamente imputable en este caso al autor del incendio¹³.

Así pues, la sentencia asevera que estaríamos ante un supuesto típico, con base en lo sostenido principalmente por la STS 449/2009, Penal, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2697)¹⁴. En esta decisión se niega la imputación del resultado a la conducta de la víctima porque el consentimiento de esta «...no puede en modo alguno considerarse válido, ya que el hecho declarado probado proclama que la víctima actuó forzada» (FJ 4º). También, en el mismo sentido: «A esta conclusión habría que llegarse de mantenerse que a la víctima no le será imputable el resultado cuando no puede considerarse que lo consiente con voluntad válida, por libre y consciente» (FJ 4º). Se utilizan por tanto, para descartar la responsabilidad de la víctima (y por tanto la atipicidad de la conducta del autor), los criterios del consentimiento que —en este caso en concreto— más que a los criterios contenidos en el tipo penal del homicidio a solicitud de la víctima del art. 143 CP («...petición expresa, seria e inequívoca [de la víctima]...») puestos de manifiesto y apoyados por una parte de la doctrina a este respecto¹⁵, parecen remitirnos a las reglas del consentimiento válido del art. 1265 del Código Civil («Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»).

A tal tendencia se opone otro sector de la doctrina especializada, que predica una aplicación analógica de categorías dogmático-penales como el estado de necesidad exculpante y/o una especie de “cuasi-justificación” con base en los criterios para determinar el estado de necesidad justificante: en este sentido, por una parte, entiende un sector de la doctrina que a mayor exigibilidad menor será el ámbito de autoorganización del titular del bien jurídico (por mayor anormalidad motivacional) y por tanto su esfera de responsabilidad también será menor. Asimismo, según otra (sub)tendencia, debe determinarse la existencia de una situación de necesidad acompañada de la preceptiva ponderación de intereses a efectos de considerar ámbitos de tipicidad o atipicidad¹⁶.

Respecto de este grupo de casos en concreto, nos parece adecuado acudir a criterios de *no exigibilidad* del titular del bien jurídico que no ve otra salida que la autolesión o autopuesta en peligro ante la coacción típica a la que está siendo sometido¹⁷. En este sentido, estaríamos

de los demás partícipes; en ese caso, es la víctima misma la que decide acerca de si se realiza el comportamiento. El autor mediato responde de la decisión que toma desde una posición de superioridad».

¹³ Así, por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., 2001, pp. 349 ss. También FEIJÓO SÁNCHEZ, «Actuación de la víctima e imputación objetiva (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 2000, pp. 277 ss.

¹⁴ Ponente: Luciano Varela Castro.

¹⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., 2001, pp. 358 ss., 362 ss. Alude a la discusión doctrinal en Alemania en el que un grupo de autores recurren a las reglas del consentimiento como criterio para determinar si la víctima es o no autorresponsable. Utilizan como referente el § 216 del Código penal alemán, equivalente a la disposición ut supra citada. También GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58), 2005, pp. 735 ss.

¹⁶ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., 2001, pp. 362 ss. También, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, (5), 2000, p. 313 ss., que se inclina por considerar la existencia de una especie de situación de necesidad «...en la que la única salida racional que le queda al titular de los bienes jurídicos es autolesionarse o autoponerse en peligro».

¹⁷ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, Lección 24, nm. 18 ss.

hablando de situaciones extremas que podrían producir conductas en la víctima equivalentes a las que tienen cabida en la causa de exclusión de la culpabilidad denominada miedo insuperable del art. 20.6º CP¹⁸: la existencia de una situación límite que obligue a la realización de una conducta generadora de autolesión. La instrumentalización propia de la autoría mediata se concreta entonces en la ausencia de libertad, esto es en el hecho de que la *única opción* que permita salir del conflicto generado por la conducta típica del autor, sea para la víctima la afectación de los propios bienes jurídicos¹⁹.

La aplicación analógica de estos criterios a la conducta de la víctima, tiene que tener muy en cuenta las particulares características de un sujeto procesal que no goza de las garantías constitucionales del investigado-acusado en el proceso (principalmente el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y, por tanto, el criterio valorativo *in dubio pro reo*). En este sentido, es necesario cuestionarse si cabe acudir a criterios de *hombre medio* para determinar la existencia de una situación de *no exigibilidad* en el titular del bien jurídico afectado o si es posible añadir un *plus* diferenciador²⁰. Asimismo, cabría exigir además la *plena prueba* a la parte acusadora de la existencia de una situación coactiva *sin salida*, conforme al conocido estándar “más allá de toda duda razonable”, en tanto y en cuanto la existencia de un resquicio que permita otras opciones permitiría atribuir el resultado a la propia conducta de la víctima²¹.

Así pues, volviendo al supuesto que nos ocupa, nos llama la atención que apenas se aluda a una diferencia esencial entre este caso y los que son usados para fundamentar la decisión: la existencia de una “segunda víctima”. En aquéllos, se parte de la existencia de un único titular de bienes jurídicos que es afectado inmediatamente por el autor de los hechos. Así, por ejemplo, la muy citada STS, Penal, de 8 de noviembre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:8054)²², que condenó entre otros delitos por lesiones imprudentes al conductor de un camión que recogió a una mujer que hacía autostop en la carretera y poco después empezó de forma insistente a realizarle proposiciones con claro índole sexual. La víctima se negó rotundamente y le pidió al conductor que detuviera el vehículo o se lanzaría de él en marcha. En virtud de que el acusado no detuvo el vehículo, la chica se lanzó del mismo lesionándose gravemente al ser arrollada por las ruedas traseras del camión.

Mucho más similares en cuanto al supuesto de hecho que nos ocupa, el resto de sentencias citadas enjuician la conducta de un autor que ejerce una conducta típica previa sobre una víctima en inmuebles ubicados a cierta altura, que ante la ausencia de otras expectativas, decide tirarse al vacío desde la ventana de una habitación o desde una terraza.

Así, por ejemplo:

- STS 869/2015, Penal, de 28 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5756), Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, «...en el transcurso de dicha discusión el procesado (...) roció

¹⁸ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, Lección 24, nm. 18 ss.

¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, § 62, pp. 720 s.

²⁰ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, Lección 24, nm. 25 ss.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, «Editorial. El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución», *InDret*, (1), 2020.

²² Ponente: Joaquín Delgado García. Véase en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., 2001, pp. 29 s.

whisky sobre Milagros y el sofá donde ésta se encontraba sentada pero que también cayó en los enseres que estaban alrededor y a continuación, con un encendedor, prendió fuego en el sofá, originándose entonces de manera rápida un gran incendio en el mismo. (...) El procesado ante la intensidad del fuego se dirigió a la puerta de salida de la vivienda, mientras que Milagros, que no pudo atravesarlo, hubo de salir hasta una terraza existente en dicho salón y cercana a la zona donde se inició el fuego en la que permaneció durante un tiempo esperando a que la rescataran, hasta que no pudo más debido a que inhalaba mucho humo, arrojándose al vacío desde la citada terraza». A consecuencia de la caída la víctima sufrió lesiones graves. La resolución apreció la existencia de un delito de incendio y otro asesinato en grado de tentativa.

- ATS 1168/2012, Penal, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2012:7459A), Ponente Joaquín Giménez García, que inadmite un recurso de casación presentado en contra de la SAP Madrid 76/2011, Sección 4ª, de 20 de junio (ECLI:ES:APM:2011:7854), Ponente Mario Pestana Pérez, que condenó a dos sujetos que se introdujeron en casa de su antigua arrendadora en contra de su voluntad y «...tras cerrar la puerta de la casa con llave, los acusados colocaron contra la pared a la Sra. Caridad y Serafin la agarró por el cuello con fuerza hasta dificultarle la respiración. Acto seguido la introdujeron a la fuerza en el cuarto de baño, lugar donde Caridad llegó a forcejear con sus agresores y a perder después momentáneamente el conocimiento a causa de la fuerte presión en el cuello a la que era sometida por los acusados. (...) A continuación, uno de los acusados le dijo a la Sra. Caridad “ahora te vas a enterar, pendeja, te vamos a matar”. Y situada la citada mujer presionada contra el lavabo por la fuerza que desplegaban los acusados, éstos le quitaron parte de la ropa que vestía y la dejaron semidesnuda, reiterando expresiones referidas a su muerte, concretamente que la iban a ahogar en la bañera. Atemorizada, con miedo a que la agredieran sexualmente y después la mataran, Caridad manifestó a los acusados que estaba embarazada -extremo que era cierto-, que no le hicieran daño y que se llevaran lo que quisieran. Después de quitarle el bolso y el teléfono móvil, ambos acusados llevaron a la mencionada mujer a la habitación que habían ocupado los días previos, y allí le exigieron que les proporcionase el número secreto de las tarjetas. (...). Tras lo anterior, los acusados forzaron el candado de la puerta de la habitación de Caridad y le preguntaron a ésta por el lugar donde tenía el dinero. Mientras Serafin la tenía agarrada, el otro acusado cogió y exhibió unas tijeras y una cinta, mientras le dirigían a Caridad expresiones como “ahora te vas a enterar, pendeja”, así como exigencias de que les dijera dónde estaba el dinero y las joyas. (...) El estado psicológico de miedo que provocaron los acusados en la Sra. Caridad, miedo a que la violaran y mataran, determinó que Caridad se lanzara súbitamente por la ventana de la habitación y se precipitase a la calle». A consecuencia de la caída la víctima sufrió lesiones graves. La Audiencia Provincial condenó a ambos autores por la comisión de un delito de detenciones ilegales (art. 163.1 CP) en concurso medial con un delito de robo con violencia e intimidación (arts. 237, 242.1.2 CP) y les atribuyó la caída de la víctima desde la terraza a título del tipo básico de lesiones (147.1 CP).
- STS 353/2011, Penal, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3334), Ponente Luciano Varela Castro y STS 449/2009, Penal, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2697), Ponente Luciano Varela Castro. En ambas decisiones se relata que la víctima era agredida sexualmente y aprovechó un descuido del autor de los hechos para abalanzarse al vacío por la ventana de la habitación en la que estaba teniendo lugar la comisión del delito contra la libertad sexual. En el mismo sentido que los casos anteriores, la víctima sufrió lesiones graves a

consecuencia de la caída. En ambos casos el autor fue condenado por la comisión de un delito de violación (arts. 178, 179 CP) y de lesiones (del tipo básico en el primer supuesto –art. 147.1–, agravadas del art. 150 en el segundo).

- Por último, la STS 444/2007, Penal, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3654), Ponente Siro Francisco García Pérez, sanciona por la comisión de aborto, detenciones ilegales, coacciones y homicidio, a un sujeto que mantenía bajo amenazas y constantes maltratos y vejaciones por largos períodos de tiempo a su pareja (embarazada) encerrada en el inmueble en el que convivían, sin posibilidad alguna de salir. Para ello se había asegurado de quitarle a la víctima las llaves del inmueble y su documentación (ambos eran de origen extranjero no comunitario): *«...atemorizada porque su esposo pudiera acabar con su vida y la del feto que portaba en sí, quiso poner fin a la situación, escapándose del domicilio, sin que viera mas (sic.) posibilidades para ello, que la de hacerlo por alguna de las ventanas, lo que intentó en un instante en que [el autor] la dejó sola, colocándose sobre el alfeizar de la ventana del W.C. para, desde allí, alcanzar algún otro lugar del que escapar, pero debido al peso de ella y de (sic.) su avanzado estado de gestación (ocho meses) cayó, falleciendo como consecuencia de la caída a la calle, tanto Silvia como el bebé que portaba».*

Como puede evidenciarse, las decisiones que son usadas como referente de la que nos ocupa, contienen en su relato fáctico un elemento común que les hace diferir sustancialmente de ésta. En todos y cada uno de los casos el objeto primigenio de ataque es la propia víctima que salta al vacío. En la sentencia objeto de análisis la víctima tiene cierto margen de maniobra como para considerar que el resultado dañoso pueda serle atribuido desde el punto de vista del tipo objetivo a su esfera de autoorganización.

4. Conclusiones

La STS 265/2021, Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1105), contiene un interesante resumen de los criterios jurisprudenciales de los últimos veinticinco años respecto del tratamiento de la denominada autorresponsabilidad de la víctima en delitos de resultado. El caso en concreto introduce además una variable de “víctima adicional” que nos lleva a reflexionar respecto de la posibilidad de que exista en casos con estas particularidades cierto margen de maniobra que debería ser apreciado por el aplicador del derecho a efectos de eximir (por atipicidad) o atenuar la responsabilidad con base en criterios de competencia derivada de la propia autoorganización. Nos llama la atención además el mayor desvalor de acción de los supuestos jurisprudenciales que son utilizados como fundamento de la decisión y por tanto la comparación en este sentido es inevitable: nos parece que tales diferencias tendrían que llevar al juzgador a conclusiones diversas, acordes con garantías constitucionales de toda persona sometida al proceso penal como la presunción de inocencia.

Sobre las conductas de motivación penalmente relevantes: la inducción y la complicidad psíquica*

Comentario a la STS 487/2019, de 15 de octubre

Oriol Martínez Sanromà
Universidad Pompeu Fabra
martinsanro@gmail.com

1. Introducción

La resolución objeto del presente comentario constituye una interesante muestra del tratamiento jurisprudencial de la denominada participación psíquica. Bajo esta expresión se reúnen todas aquellas formas de intervención delictiva caracterizadas por la influencia al autor del delito. El limitado número de pronunciamientos judiciales en España sobre la inducción y, todavía más, sobre la complicidad psíquica justifican el análisis de una sentencia pese a que hayan transcurrido más de dos años desde su publicación. Ciertamente, aunque estas dos formas de participación constituyen dos puntos paradigmáticos de cualquier explicación didáctica de la teoría jurídica del delito, su trascendencia práctica dista de presentar la misma importancia. De la resolución se extraen una serie de hitos argumentales importantes para el desarrollo dogmático del problema, cuyo análisis permite, además, introducir críticamente el tratamiento jurídico-penal de la motivación al delito.

La sentencia del Tribunal Supremo STS 487/2019, Penal, de 15 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3313)¹, estima el recurso presentado por una señora condenada en instancia como inductora de cinco delitos de asesinato en grado de tentativa. Los argumentos esbozados en la resolución descubren un dato esencial para entender la estructura de la participación psíquica en opinión de la doctrina mayoritaria: una condena por inducción solo es posible cuando el receptor del influjo no está resuelto todavía a cometer el delito. En este comentario se presentan una serie de ideas alternativas que, en contra de la línea dominante, rebajan la importancia de esta tesis central. A los efectos de desarrollar estas consideraciones, se presenta al inicio y de manera sucinta el esquema de la participación psíquica, desarrollando mínimamente las particularidades de sus dos principales manifestaciones (inducción y complicidad psíquica) (2). Seguidamente, se exponen de forma altamente descriptiva los argumentos esgrimidos en la sentencia para anular la condena de la recurrente (3). A modo de conclusión, se presenta una valoración final, analizando el problema del *omnimodo facturus* desde una perspectiva alternativa y anunciando unas bases mínimas para mejorar el abordaje jurídico-penal de la motivación al delito (4).

* Este trabajo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033.

¹ Ponente: Antonio del Moral García.

2. La participación psíquica: formas penalmente relevantes de influir al autor del delito

La dogmática de la participación delictiva ha asumido como una constante invariable que interviene en el delito quien *determina* o *refuerza* a su autor. "Inducción" y "complicidad psíquica" son las figuras en que se subsumen, respectivamente, estas dos formas de influencia motivacional. Sobre esta premisa, por inductor se define a aquel sujeto que origina la resolución delictiva (o, según algunos autores, el dolo) del autor del hecho a través de un influjo psíquico². A este primer resultado debe sumarse un segundo, a saber, el inicio de la ejecución del hecho principal por parte de la persona psíquicamente influenciada³. Es opinión pacífica que la simple producción del primer resultado solo puede ser constitutiva de una "tentativa de inducción"⁴, cuya incriminación en el Código penal español ha sido objeto de un intenso debate⁵. La doctrina también alcanza unanimidad a la hora de indicar que este primer resultado no puede originarse en caso de que la persona receptora del influjo ya estuviera previamente resuelta a cometer el delito objeto de la comunicación. Esta salvedad se estructura a través de la doctrina del *omnimodo* o *alias facturus*: no puede inducirse a una persona que, de cualquier modo, hubiera cometido el delito⁶.

En este sentido, la figura del *omnimodo facturus* constituye, según la doctrina dominante, el "horizonte motivacional" [*Motivationshorizont*]⁷ a partir del cual se cierra el espacio de la inducción para abrirse la opción de la complicidad psíquica. Al respecto, se tiende a asumir que a una persona ya resuelta delictivamente solo se la puede reforzar en su propósito criminal, pero no determinarla o inducirla⁸. Ello abre la vía, como decía, a la complicidad psíquica, una forma de participación altamente desconocida en nuestro país (incluso entre los teóricos) pero de cierto recorrido en el Derecho penal alemán⁹. Así pues, su manualística al uso clasifica la complicidad según el medio utilizado, o bien "físico" [*physische Beihilfe*], o bien "psíquico" [*psychische Beihilfe*]¹⁰. Más allá del sentido de esta distinción, en el ámbito de la complicidad psíquica se incluyen, por

² MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 413 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 2015, 9ª ed., p. 472; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «En los límites de la inducción», *InDret*, (2), 2012, p. 4; GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, p. 437; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 364, § 27/97; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, p. 823.

³ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 740; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 383 ss.

⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 280 ss.

⁵ Para una panorámica general sobre el problema desde una óptica actual, véase ALASTUEY DOBÓN, «La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (21), 2019, pp. 85 ss.

⁶ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 741; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*, 1982, p. 214; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 414; BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1989, p. 1106; BLEI, *AT*, 18ª ed., 1983, p. 283; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349.

⁷ SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 8 ss.

⁸ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1095; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 657; SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm 17 ss.; HOYER, «§ 26», *SK-StGB*, 9ª ed., nm. 7; HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 14; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349; SATZGER, «Der "omnimodo facturus" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *Juristische Ausbildung*, (10), 2017, p. 1174; MURMANN, «§ 27», *SSW-StGB*, 2009, nm. 5.

⁹ Sin perjuicio, claro está, de las ricas aportaciones de algunos autores españoles. Principalmente, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 313 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 27 ss.

¹⁰ MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 376, § 129; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355. Sobre la evolución histórica de esta distinción, véase PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 9 ss.

un lado, los supuestos de aportación de consejos técnicos y, por el otro, los de refuerzo de la resolución delictiva¹¹. En ambos casos, parece que lo que fundamenta el carácter psíquico de la aportación del cómplice es que esta se desarrolla en la "mente del autor", generando un "resultado psíquico"¹². Con independencia de esta salvedad y dejando de lado los casos de asesoramiento, los de refuerzo son los que mayores paralelismos presentan con la inducción. A su vez, ambas fórmulas constituyen dos manifestaciones de un problema fundamental: la responsabilidad que merece quien motiva a otro a cometer un delito.

3. Sentencia del Tribunal Supremo 487/2019, de 15 de octubre de 2019

3.1. El caso planteado

La sentencia que ocupa el presente comentario resuelve el recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 2 de noviembre de 2018. En esta resolución se condenaba a *A* como inductora de los cinco delitos de asesinato intentados por *B*. Según los hechos probados, el día 12 de octubre de 2011, *B* introdujo en el rellano de la escalera del domicilio que habitaban *C* y *D* una botella con gasolina y un trapo mecánico impregnado de combustible. Con la intención de matar a los citados moradores, *B* prendió fuego al trapo, desencadenando un incendio que obligó a los ocupantes de la vivienda a intentar saltar por la ventana para salvar su vida. Antes de que pudieran hacerlo, sin embargo, fueron rescatados por los bomberos. Según la Audiencia Provincial, *B* realizó el acto cumpliendo el "encargo" de *A* y el hijo de esta —*E*—. Este extremo se infiere de las amenazas que la citada profirió a las víctimas en una ocasión anterior, en las que indicaba que su hijo les incendiaría su casa cuando saliera de prisión.

3.2. Los argumentos de la sentencia

El Tribunal Supremo anula la condena de *A* por vulneración del principio de presunción de inocencia. A juicio de la resolución, *A* fue condenada como inductora sin la suficiente carga probatoria que acreditase su participación (psíquica) en los hechos. De esta forma, para la Audiencia Provincial de Cádiz, la simple existencia de una amenaza previa con un contenido (parcialmente) equivalente al suceso finalmente acaecido constituyó una razón de peso para entender que la recurrente indujo a *B* (probablemente, a través de su hijo *E*)¹³ a cometer un delito de asesinato. Sin embargo, el Tribunal Supremo indica con buen criterio que «no basta esa asimetría entre la amenaza y lo acaecido para concluir que fue esta recurrente la que con sus propuestas hizo nacer en su hijo el propósito criminal» pues «hay hipótesis alternativas que no pueden descartarse y que gozan de un nivel similar de probabilidad», de lo que se infiere que la «deducción de la Sala es lógica, pero no es concluyente»¹⁴.

¹¹ Sobre el encaje de la fórmula "reforzar la resolución" en el término "ayudar", véase BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 125

¹² FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 172 ss.

¹³ El hijo de la recurrente se encontraba en rebeldía cuando se dictó la sentencia condenatoria, lo que complicó el esclarecimiento de lo sucedido. Sin embargo, la idea que se desprende de los hechos probados y el razonamiento del Tribunal Supremo es que *A* (la madre) indujo a *E* (el hijo) quien indujo a *B* (el amigo) a cometer el delito. Ello implica un problema de inducción en cadena, cuya solución dista de ser pacífica entre nuestra doctrina. En este comentario no se abordará la cuestión por alejarse de los argumentos utilizados en la sentencia. En todo caso, sobre el particular, véase GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 293 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 124 ss.

¹⁴ FJº Tercero.

Entre estas "hipótesis alternativas", a la que más peso otorga la sentencia analizada es a la posibilidad de que el hijo ya estuviera resuelto a cometer este mismo delito con anterioridad a un posible contacto con su madre. Para validar esta idea, la resolución detalla un séquito de indicios de los que se desprende esta previa resolución. En este sentido, se indica que el hijo ya presentaba una honda enemistad con las víctimas y que incluso había proferido amenazas vinculadas a los hechos que se acabaron por realizar (p.ej., «voy a ir por gasolina y os quemó vivos»). De estas ideas infiere el Tribunal Supremo la hipótesis de que las amenazas articuladas por A fueran el simple anuncio de una decisión previamente tomada por E y no el aviso de un futuro acto instigador sobre este último sujeto. Pero incluso de haber existido este encargo, la equivalencia entre el "delito propuesto" por la presunta inductora y el "delito proyectado" por el eventual inducido en consonancia con un mismo plan delictivo (incendiar la vivienda de C y D para matarlos) no permitiría hablar de inducción¹⁵. En todo caso, aplicando la doctrina del *omnimodo facturus* y constando esta hipótesis alternativa, el Tribunal Supremo descarta la condena por inducción siguiendo la línea dogmática dominante¹⁶.

Sin embargo, tal y como se ha indicado en el apartado 2, la inducción no es la única vía para canalizar la relevancia penal de una influencia motivacional. Frente a un *omnimodo facturus*, todavía cabe, según la doctrina mayoritaria, la posibilidad de validar la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución. A esta eventualidad dedica sus esfuerzos la sentencia en los últimos fundamentos jurídicos. Así pues, el Tribunal Supremo se pregunta si «sería factible reconducir la actitud de la acusada que puede estimarse probada (no hizo surgir el propósito criminal, pero sí al menos tuvo conocimiento de lo que se proponía hacer su hijo y mostró una cierta solidaridad o connivencia con ese proyecto, así como un apoyo no material pero sí al menos anímico, e incluso provocó un reforzamiento o ayuda a mantener un dolo que ya había aparecido), podría dar vida a algún tipo de responsabilidad penal por cooperación espiritual». A estos efectos, la sentencia recuerda que «la complicidad exige algún tipo de aporte aunque sea inmaterial (cooperación psíquica)» no bastando «con conocer el propósito del culpable (lo que podría dar lugar a otro tipo de responsabilidad: omisión del deber de denunciar delitos (...))» ni «una complicidad espiritual por omisión (no haber hecho desistir de su propósito) si antes no se identifica una posición de garante (art. 11 CP) que aquí ni está delimitada ni se entrevé».

En este punto de la resolución, el Tribunal Supremo hace acopio de un conjunto de indicios probatorios que demuestran que la vinculación de la madre con los hechos acaecidos fue de simple connivencia o conocimiento, pero no de "contribución espiritual". Así pues, se indica que las propias amenazas imputadas a la recurrente no pueden acreditarse con la suficiente fuerza, pues solo fueron mencionadas levemente durante la fase de instrucción y se alegaron de forma no totalmente coincidente por parte de las víctimas. Asimismo, de las conversaciones telefónicas entre la recurrente y los demás acusados no se extrae ninguna conducta favorecedora en términos inmateriales. A este respecto, el Tribunal indica que en la conversación se escucha a la madre hablando con su hijo con un "tono enérgico" y con "voz elevada", pero «de ahí a inferir una

¹⁵ Se trata del supuesto en el que el influjo psíquico no modifica la previa resolución de su receptor (como sí sucedería en caso de que se indujera a cometer ese mismo delito sobre personas distintas a C y D). Sobre esto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 21. Con base en estas ideas, la sentencia plantea la posibilidad de castigar a la recurrente como inductora, no de un asesinato, sino de un incendio. Se trata de un caso de "infrainducción" o "inducción a menos" [*Abstiftung*] que «no es verdadera inducción: si el autor es 'instigado' a la comisión de un hecho menos grave del que ya pensaba llevar a cabo como *omnimodo facturus* (...) no habrá inducción, pues el dolo de llevar a cabo el hecho más grave ya incluye el dolo de llevar a cabo el hecho más leve (...) estamos ante una disminución del riesgo» (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, [2], 2012, pp. 21 s.)

¹⁶ FJº Quinto.

situación tal de dominio despótico que no pueda concebirse que el hijo realizase la acción por la que está procesado, sin un previo mandato de su madre, hay una distancia que la presunción de inocencia no permite salvar, ni siquiera con el auxilio de los otros datos blandidos por la sentencia». En el FJ único de la segunda sentencia, el Tribunal Supremo indica explícitamente que «[n]o está acreditada la intervención directa o indirecta de [A] en los hechos enjuiciados, más allá de una eventual y posible complacencia con ellos».

4. Una mirada crítica

4.1. El papel protagónico del *omnimodo facturus*

La diferencia entre complicidad psíquica e inducción se estructura, conforme a la doctrina dominante, a través del *omnimodo facturus*. El esquema es, en apariencia, bastante simple: en un momento "pre-resolutivo" solo cabe motivar al autor en forma de "determinación" o "inducción". En cambio, en un momento "post-resolutivo" solo es posible "reforzar" la voluntad del sujeto. A esta idea se acoge la sentencia para descartar la condena de la recurrente: el hijo ya disponía del "dolo" antes de que su madre hubiera podido efectuar cualquier tipo de influencia (aunque esta no se acabe de deducir de la prueba practicada). Esta manera de entender la línea divisoria entre estas dos formas de participación lleva asentada en la dogmática jurídico-penal desde tiempos remotos¹⁷. No obstante, existen convincentes argumentos para desechar la validez de esta idea. Aquí solo pueden esbozarse, pero pueden servir al lector para visualizar una forma alternativa de entender el tratamiento jurídico-penal de las influencias motivacionales.

Ya para empezar, la equiparación de la "resolución delictiva" con el "dolo" del autor puede provocar ciertas incoherencias estructurales. En efecto, el "dolo" entendido como conocimiento (y, según se defiende, voluntad) de la realización de los elementos del tipo solo puede "aparecer" de forma concomitante a la realización de la conducta típica¹⁸. Antes de este momento, todo estado subjetivo no puede tener la consideración de "dolo". Por lo tanto, resulta sorprendente que la sentencia indique que la madre habría podido "reforzar" un "dolo que ya había aparecido", pues dicha constatación solo podría haberse efectuado en el momento en el que el hijo iniciara la comisión delictiva. Pero incluso salvando este problema, falta por validar la posibilidad de fijar un "momento fijo" en el tiempo en el que poder hablar en los términos que defiende la doctrina del *omnimodo facturus* (al sujeto no se le puede determinar, pero sí reforzar). El hecho de que una "intención de resultado" [*Erfolgabsicht*]¹⁹, en tanto que voluntad encaminada a la futura comisión de un delito, esté sujeta a constantes variaciones y reconsideraciones es una realidad en el complejo proceso psicológico de "formación de una voluntad". Que de este último pueda desprenderse un momento concreto a partir del cual entender que existe una voluntad de cometer un delito en el futuro es, dada la intrincada evolución de un *iter criminis* subjetivo, algo muy dudoso.

¹⁷ Sobre el origen de la doctrina del *omnimodo facturus*, véase por todos BOCK, «Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen — zum Begriff des „alias“ oder „omnimodo facturus“», *Juristische Rundschau*, (4), 2008, pp. 144 ss.

¹⁸ STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», *GS-Armens Kaufmann*, 1989, pp. 528 s.; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 270; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, 1995, p. 65. Las ideas vienen a rechazar el denominado "dogma de la identidad" [Identitätsdogma], común en la dogmática de la tentativa y según el cual la "resolución delictiva" debe equipararse al "dolo". De allí que se hable de la tentativa como un «tipo penal incongruente por exceso subjetivo» (MIR PUIG, PG, 9ª ed., 2011, p. 236).

¹⁹ DOLD, *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 71 ss.

Al hilo de esta última consideración, algunos autores alemanes han defendido que la figura del *alias facturus* debe perder la cualidad de punto de referencia para la incriminación de las conductas de participación psíquica²⁰. Según esta perspectiva, en determinados casos, seguiría siendo posible "determinar" o "inducir" a un sujeto previamente resuelto psicológicamente a cometer un delito. Por lo general, estas ideas están presididas por el entendimiento de que no es posible concretar una "decisión de actuar" antes del momento del inicio de la tentativa. En palabras de SCHILD, «[u]na "decisión" no es una preponderancia de los motivos posibles sobre los opuestos, sino la realización de un motivo (o varios, que luego se median en una unidad que, a pesar de todas las diferencias, se armoniza finalmente como una relación determinada) en la acción»²¹. Por lo tanto, antes de la realización de la conducta típica siempre será posible otorgar al autor del delito un "motivo determinante" (inducción), pues la preponderancia de los "motivos" que han guiado efectivamente la conducta delictiva solo podrá demostrarse en el momento en el que esta última se ejecute. Para PUPPE, esto se efectuará cuando la persona de detrás logre dominar a la de delante a través de la suscripción de un "pacto de injusto" [*Unrechtspakt*]²²; para STEEN, cuando el influenciador dé al influenciado un "motivo que guía la acción" [*handlungsleitenden Motivs*]²³; para KREUZBERG, cuando la influencia realizada consiga proyectar un "requerimiento de acción sancionado" en forma de amenaza o promesa de recompensa²⁴.

De todas estas ideas se extrae que la diferencia cuantitativa entre inducción y complicidad psíquica no es el momento temporal en el que se efectúa la influencia motivacional. Por el contrario, es la "cualidad" o el "peso" que esta influencia presenta en el desarrollo de la voluntad delictiva de la persona de delante, lo que debe fundamentar la elección de uno u otro marco penológico (o bien inducción, o bien complicidad). De esta manera, según estas construcciones teóricas, si la madre hubiera efectuado un encargo (p.ej., a través de una promesa económica o mediante una orden valiéndose de su ascendencia moral), pese a estar el hijo "psicológicamente resuelto" a cometer el delito, podría haber sido castigada como inductora. Esto último, de demostrarse que el "motivo" por el que el hijo realizó el delito fue, precisamente, el que le aportó la madre.

Finalmente, incluso de poder identificar un momento fijo en el *iter criminis* subjetivo en el que poder hablar de una "resolución delictiva", resulta controvertido que un "refuerzo" posterior de dicha voluntad deba ser relevante para el Derecho penal. Si de cualquier modo lo hubiera hecho, toda forma de estabilización posterior es superflua; y si resultase efectiva (piénsese en un influjo que evita un desistimiento inminente), significa que la persona de delante de cualquier modo *no* lo hubiera hecho. Y, entonces, no habría lugar para la complicidad psíquica, sino solo para la inducción. Con esto dicho, si verdaderamente existe un momento temporal en el que pueda confirmarse que alguien hubiera cometido el delito de todos modos (p.ej., *A* le promete un pago monetario a *B* en caso de que cometa un atentado terrorista con explosivos; *B* justo se encontraba

²⁰ Principalmente, entre otros, PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, pp. 101 ss.; STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 160 ss.; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 565.

²¹ SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 8, remarcando que dicha decisión «solo surge con y en el acto».

²² PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, pp. 112 ss.

²³ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 209.

²⁴ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 565. La idea del "requerimiento sancionador" la extrae de autores previos, entre otros, AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten», *FS-Schroeder*, 2006, pp. 151 ss.; NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 167 ss.

preparando una bomba que iba a hacer explotar el día siguiente en un centro comercial), toda influencia posterior debe considerarse redundante. Entonces, la figura del *omnimodo facturus* no debería utilizarse para diferenciar la "inducción" (motivación con la pena del autor) de la "complicidad psíquica" (motivación con una pena menor en grado), sino las influencias motivacionales relevantes de las irrelevantes.

En resumen: desde una perspectiva psicológica, toda "resolución delictiva" es susceptible de ser "determinada" a través de una conducta motivadora merecedora de la pena del inductor. Esto último, porque la "decisión" de realizar el hecho solo puede constatarse en el momento en el que se ejecuta la acción típica. Es entonces cuando pueden visualizarse los "motivos" (principales y secundarios) que llevaron al autor a cometer el delito. Pero incluso de poder identificar virtualmente un momento previo a la ejecución en el que el sujeto alcanzara un grado de convicción delictiva tal que permitiera afirmar que "hubiera realizado el delito de cualquier modo" (la "decisión firme como una roca" de la que habla críticamente cierto sector doctrinal)²⁵, entonces, toda influencia posterior debe resultar penalmente irrelevante por superflua. De este conglomerado de ideas alternativas se desprende que la figura del *omnimodo facturus* no necesariamente debe servir como fundamento para una graduación cuantitativa entre las diversas formas de influencias motivacionales.

4.2. El tratamiento jurídico-penal de la motivación al delito: esbozo de una alternativa

La anulación de la sentencia de la Audiencia en lo que la condena de la recurrente se refiere debe valorarse como satisfactoria; no así, sin embargo, los motivos que la fundamentaron. En este sentido, considero que la resolución no debería haberse centrado en la figura del *omnimodo facturus* para descartar una condena por inducción. Por el contrario, al Tribunal Supremo le bastaban sus últimos fundamentos jurídicos para llegar a la misma conclusión absolutoria. Estos vienen a remarcar un elemento central del presente supuesto de hecho: no existió conducta motivadora alguna que pudiera ser objeto de un análisis de relevancia jurídico-penal. Ciertamente, la Audiencia Provincial infirió la existencia de un "encargo" de una prueba demasiado frágil que impedía afirmar con total seguridad que la madre había motivado al hijo (y este, a su vez, al ejecutor) con algún tipo de influencia. El razonamiento de la sentencia condenatoria da fe de uno de los mayores peligros existentes a la hora de castigar con base en "aportes psíquicos", a saber, la existencia de un fuerte sesgo retrospectivo. Este último puede implicar que se consideren como penalmente relevantes algunas conductas por el simple hecho de detonar en términos lógicos un determinado estado resolutivo: el hijo hizo *x* y la madre dijo que este haría *x*, por lo tanto, la madre influyó al hijo a hacer *x*. Le asiste la razón al Tribunal Supremo cuando descarta este peligroso argumento. Sin embargo, no se entiende cómo la sentencia, abogando por esta línea argumental, se pregunta a su vez por el estado resolutivo del hijo. Dicha constatación constituía, en atención al caso concreto, un extremo totalmente irrelevante: sin "encargo" u otra conducta motivadora no había posibilidad, ya de entrada, de valorar influjo alguno.

El hecho de que la resolución se centre en la figura del *omnimodo facturus* da cuenta de que la doctrina y la jurisprudencia todavía no ha reparado en la posibilidad de reconducir estas dos

²⁵ ROXIN, *PG*, t. II, 1ª ed., 2014, p. 229. La doctrina, a los efectos de validar la figura del *alias facturus*, tiende a exigir siempre una resolución todavía no definitiva que deje "espacio" a posteriores influencias motivacionales. Sin embargo, esto parece desvirtuar el propio sentido del *omnimodo facturus* ("de cualquier modo lo hubiera hecho"). Además, en este "espacio" siempre podrá haber una "influencia determinante" en forma de inducción, en tanto que "motivo" preponderante a la hora de "decidirse por el injusto".

formas de participación (inducción y complicidad psíquica) a un denominador común centrado en la motivación al delito. A mi parecer, analizar la previa existencia de una resolución delictiva con base en la teoría del *alias facturus* no es más que una manera de intentar establecer una graduación cuantitativa entre las diversas influencias motivacionales que puede recibir el autor. No obstante, este nivel analítico es posterior a otro mucho más importante, a saber, el de la motivación jurídico-penalmente desaprobada o no permitida como fundamento de una responsabilidad común de todas las "participaciones psíquicas". De esta forma, el establecimiento de los espacios de prohibición en los que enmarcar las conductas motivadoras que suponen un riesgo penalmente intolerable es una operación previa a todas las demás. Esta valoración debe constituir, a su vez, un desarrollo de la moderna teoría de la intervención delictiva entendida como una forma de contribución mancomunada en la construcción de un hecho antijurídico²⁶. Solo después puede repararse en la cuantificación de esta conducta motivadora desaprobada según los dos márgenes penológicos dispuestos por la legislación: pena del autor o del inductor y pena del cómplice inferior en grado.

Con base en las anteriores consideraciones, son tres las preguntas que deben plantearse de modo sucesivo: (1) por qué y qué conductas motivadoras desaprueba el Derecho penal, (2) en qué medida la motivación al delito puede entenderse como una forma de intervención en el hecho antijurídico y (3) qué pena *in concreto* merece esta contribución motivacional previamente desaprobada. La teoría del *omnimodo facturus* solo puede operar en el tercer nivel, esto es, a la hora de determinar la pena que merece la influencia motivacional, o bien la del inductor, o bien la del cómplice. Sin embargo, por lo indicado en el anterior apartado, existen razones de peso para rechazar la viabilidad de esta figura para señalar el *quantum* de pena aplicable en cada caso. Faltan, por lo tanto, criterios alternativos que permitan al intérprete discernir entre "motivaciones graves" (inducción) y "motivaciones leves o no tan graves" (complicidad) sin necesidad de atender al oscuro y vacilante ámbito de la resolución delictiva. Siguiendo, solo a modo de ejemplo, la teoría de PUPPE, si verdaderamente hubiera existido un "encargo" por parte de la madre, a esta se la podría haber castigado como inductora de validar la concurrencia de un "pacto de injusto" (el hijo, con independencia de su previa inclinación delictiva, se "sometió" a las órdenes de su madre en una relación de dominio).

Pero no solo faltan criterios de cuantificación más seguros. El propio establecimiento de los espacios de prohibición, operación previa a la determinación del *quantum* de pena, sigue estando sujeto a las mismas inseguridades. En efecto, son muchas las conductas que tienen la capacidad, en términos estrictamente causal-psicológicos, de originar posibles resultados mentales. Aunque la resolución objeto del análisis hace acopio de una serie de criterios a los efectos de construir este marco de desaprobación²⁷, no considero que los mismos sean suficientes como para poder configurar unos espacios de libertad más seguros a partir de los cuales poder rubricar un aporte "psíquico" o motivacional como penalmente relevante²⁸. Al respecto, desconozco si el

²⁶ Véase, por todos, ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 993 ss.

²⁷ En el FJº Tercero se indica que «[e]l mero conocimiento anterior de la voluntad criminal de un tercero es insuficiente para afirmar la inducción. Ni siquiera sería suficiente una desnuda solidaridad o un silencio aprobador; o una anuencia interior no exteriorizada de forma suficientemente enérgica como para poder atribuirle una relevancia al menos concluyente».

²⁸ A estos efectos, la referencia a un "dominio despótico" de la madre con respecto al hijo, que se aproxima a la idea de "ascendencia moral" como criterio de desaprobación de una conducta motivadora (sobre ello, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 682 ss.), puede constituir un indicador de la peligrosidad de la conducta.

Tribunal Supremo, en caso de haber identificado algún tipo de "influencia" más allá de la conversación en "tono enérgico, con voz elevada" a la que hace referencia (piénsese, p.ej., en un simple "hijo, estos vecinos merecen la muerte" o "mátalos, hazlo por mí"), hubiera tenido menos reparos en confirmar la condena de la recurrente (o, en todo caso, en rebajarla a una condena por complicidad en atención a los argumentos vertidos sobre la figura del *omnimodo faciturs*). En este sentido, considero que la resolución ha perdido la oportunidad de señalar con más firmeza aquellos elementos que pudieran habilitar al intérprete a construir un juicio de peligrosidad (motivacional). Este último debe partir en todo momento de la idea de que, en una sociedad que reconoce la libertad comunicativa de sus participantes y su autorresponsabilidad, no toda conducta idónea en términos fácticos para generar un resultado psíquico debe ser objeto de prohibición. Entonces, la pregunta todavía por responder que plantea este breve comentario reza así: ¿qué conductas (motivadoras) deben prohibirse?, ¿cuáles deben ser los criterios para determinar el merecimiento de pena de las influencias motivacionales?